

THĒMIS

Revista de Derecho



Manuel de la Puente y Lavalle • Luis Díez-Picazo • Fernando de Trazegnies
José Juan Haro • Anthony T. Kronman • Rodolfo Sacco • E. Allan Farnsworth
Freddy Escobar • Pier Giuseppe Monateri • Leysser L. León • Lon L. Fuller
William R. Perdue Jr. • Randy E. Barnett • Carlos J. Zelada • Andrés Roemer
Juan Luis Hernández Gazzo • Gianina Gotuzzo • Ugo Mattei • Gaspar Ariño
Juan Carlos Cassagne • George L. Priest • Günther Jakobs • Pablo de la Flor
Javier Díez Canseco • James Curtis Struble • William W. Monning
José Oscátegui • Javier de Belaunde L. de R. • Alfredo Bullard

INDICE

Página	Artículo Autor
7	CONTRATO Y LIBERTAD CONTRACTUAL Luis Díez-Picazo y Ponce de León
15	EL CONTRATO EN GENERAL Rodolfo Sacco
23	EL CÓDIGO CIVIL DE 1984: ¿VEJEZ PREMATURA O PREMATURA DECLARACIÓN DE VEJEZ? REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL PAPEL DEL CONTRATO EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN ORDEN SOCIAL LIBRE Fernando de Trazegnies Granda
37	REFORMULANDO LA NOCIÓN DE CONTRATO: HACIA UNA VISIÓN ANTAGÓNICA DEL CONTRATO Pier Giuseppe Monateri
47	UNA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL Randy E. Barnett
81	REPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y ACUERDOS PRELIMINARES: FAIR DEALING Y FRACASO EN LAS NEGOCIACIONES E. Allan Farnsworth
127	LA BUENA FE EN LA NEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS: APUNTES COMPARATÍSTICOS SOBRE EL ARTÍCULO 1362 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y SU PRESUNTO PAPEL COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Leysser L. León
153	APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR INEFICACIA CONTRACTUAL (El caso del artículo 207 del Código Civil peruano) Freddy Escobar Rozas
161	ERROR, DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN Y DERECHO DE CONTRATOS Anthony T. Kronman
183	¿PERICULUM EST DUBITABILIS? ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL PAPEL DEL RIESGO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA José Juan Haro Seijas
205	EL CONTRATO DE GARANTÍA Manuel de la Puente y Lavalle

- 209 **EL VALOR DE LA CONFIANZA EN LOS DAÑOS CONTRACTUALES:
PRIMERA PARTE**
Lon L. Fuller, William R. Perdue, Jr.
- 235 **RESPONSABILIDAD DEL ESTRUCTURADOR EN LAS OFERTAS PÚBLICAS
PRIMARIAS DE VALORES: LIMITACIONES Y DUE DILIGENCE DEFENSE**
Juan Luis Hernández Gazzo, Gianina Gotuzzo Oliva
- 249 **ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL NÚCLEO DURO DE LOS
DERECHOS HUMANOS**
Carlos J. Zelada
- 271 **LIBERTAD Y POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE CULTURA**
Andrés Roemer
- 287 **"CUANTO MÁS GLOBALIZACIÓN TENGAMOS MÁS IMPORTANTE SERÁ
EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO"**
Entrevista a George L. Priest
- 293 **DESPUÉS DE LA MAREA VIENE LA CALMA: INTERROGANTES EN TORNO
A LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ**
Entrevista a Gaspar Ariño y Juan Carlos Cassagne
- 297 **"EL DERECHO PENAL NO PUEDE RESOLVER LOS PROBLEMAS DE LA
SOCIEDAD"**
Entrevista a Günther Jakobs
- 301 **"NO EXISTE MISTERIO DEL CAPITAL ALGUNO" El otro análisis económico
del Derecho**
Entrevista a Ugo Mattei
- 307 **MESA REDONDA: REALIDAD O MITO: EN LA BÚSQUEDA DE LOS
VERDADEROS ALCANCES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO**
- 323 **LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL PERÚ: SU IMPACTO SOBRE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**
Reseña por Javier de Belaunde L. de R.
- 326 **SISTEMA DE TITULACIÓN DE LA PROPIEDAD Un análisis de su realidad
organizativa**
Reseña por Alfredo Bullard González
- 329 **CRÉDITOS**

* La numeración de las páginas es coincidente con la de la revista en su versión impresa, más no en su versión electrónica.

CONTRATO Y LIBERTAD CONTRACTUAL *

Luis Díez-Picazo y Ponce de León **

La contratación se ha convertido en un mecanismo de interacción social imprescindible en la vida moderna, pero, por lo mismo, su función a través del tiempo ha ido sufriendo alteraciones en relación a la forma de concebirla. El presente artículo pretende mostrarnos esta evolución y, desde la visión del profesor Díez-Picazo, acercarnos al entendimiento de esta institución.

* La presente ponencia fue originalmente publicada en la compilación del Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 1998. Agradecemos al doctor Luis Díez-Picazo por la cesión especial para el presente número.

** Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con una tradición secular, el instituto del contrato constituye uno de los pilares básicos del orden económico de nuestra civilización y es el cauce a través del cual se realiza la función económica básica de intercambio y de distribución de toda clase de bienes y servicios entre los individuos y los grupos sociales. Por contrato los bienes cambian de manos (se compra y se vende; se adquiere y se transmite); se establecen derechos de utilización limitada de cosas de otro (por ejemplo, arrendamiento); se realizan las actividades financieras y de crédito (préstamos en el más amplio sentido de la palabra) y los servicios, gratuitos o retributivos, que, en nuestro sistema jurídico, partiendo del esquema de la libertad personal, una vez desaparecidas las formas de servidumbre o de esclavitud, son objeto de contratación (contratos de trabajo, de mandato, de gestión, de arrendamiento de servicios, etc.).

En cuanto a la reglamentación de intereses, trata de regular, entre dos o más personas, unas relaciones jurídicas que muchas veces son duraderas, el contrato es una previsión del futuro que los contratantes realizan en el uso de su libertad, de su iniciativa y de su autonomía privada. Por ello, es un puente tendido hacia el futuro a través del cual los contratantes habrán de transitar y habrán de hacerlo de acuerdo con las reglas que ellos mismos se han dado.

2. EL CONTRATO COMO FUENTE DE CREACIÓN DEL BENEFICIO

En el sistema de economía capitalista, regido por la ley de obtención del máximo beneficio, el contrato es el cauce jurídico de obtención de este beneficio: el contrato o, si se prefiere, el conjunto de contratos que dentro del marco de una actividad profesional o empresarial se realice. Cada contrato puede producir un beneficio y el conjunto de contratos un beneficio promediado. Es obvio que el beneficio se obtiene cuando el precio o contraprestación que se obtiene por una cosa o por un servicio excede del costo de esa cosa o de ese servicio, incluyendo en el costo los elementos adicionales o auxiliares que es preciso poner en pie para hacer posible la ejecución de la prestación.

Al mismo tiempo que fuente de beneficios, el contrato puede ser causa de producción de pérdidas. En nuestro Derecho la idea de pérdida en sentido económico, se encuentra contemplada únicamente en el contrato de sociedad, pero no necesita ser discutido que todo contrato puede ser causa de pérdidas.

3. LA LIBERTAD CONTRACTUAL

En una época como la nuestra en la cual el liberalismo (entendido como liberalismo económico) ha resurgido con un extraordinario vigor por obra y gracia de convenios y tratados internacionales de diferentes tipos, dominando las organizaciones supranacionales y convirtiéndose en el espíritu que impregna la economía global y mundializada: en una época en que la llamada *lex-mercatoria* cobra especial fuerza y se convierte en factor dominante de los textos que pretenden fundar un Derecho uniforme; pero en que, al mismo tiempo, suenan las señales de alarma, en forma de voces airadas que propugnan la defensa a ultranza del Estado de bienestar, las conquistas sociales y se escuchan llamamientos a una cruzada antiliberal; en esta época, no me parece impertinente poner al día nuestras ideas sobre el tema de la libertad contractual, en la medida en que ella es la institución central por la que corren, han de correr o dejan de correr los mencionados impulsos.

Comenzaré esta reflexión con un acarreo de materiales o de citas que han sido muy arbitrariamente seleccionadas, aunque nos pueden permitir encontrar las pistas de algunos de los temas sobre los que hay que tomar partido.

La primera cita será de mi maestro Federico de Castro, que dedicó a este tema sus dos últimos trabajos: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" (La defensa de la competencia, el orden público, la protección del consumidor), publicado en el Anuario de Derecho Civil en el número correspondiente a octubre de 1982, y "Leyes imperativas, autonomía de la voluntad y usos de ley uniforme", publicado en el Anuario de Derecho Civil en diciembre de 1985. De Castro, inspirado en la tradición del humanismo cristiano y preocupado siempre por la defensa de la persona frente a las grandes organizaciones, sean Estados, sindicatos o corporaciones transnacionales, escribía hace más de diez años una dura crítica de lo que expresamente llamaba concepción liberal del contrato con estas palabras:

"La concepción liberal de autonomía de la voluntad hizo pensar, y todavía hoy hay quien así lo piensa, que ella supone entregar a los particulares una 'reserva de casa', una 'zona protegida', en la que el Estado no tiene otra cosa que hacer que dejar hacer. Mas, aunque sea de modo inconsciente, al irse perdiendo el respeto a los dogmas liberales, no pudo menos que sentirse que, si ello es así, los poderes públicos no podrían intervenir para nada en esa zona prohibida, en tanto no se toque a la esfera de lo público. Cuando se pide el auxilio de las autoridades, para que se haga cumplir

lo prometido en un contrato, poniendo así al servicio de los particulares el aparato estatal, se ha salido de la zona prohibida. Cuando el Estado, en sus códigos, se compromete a dar fuerza de ley a los contratos, lo hace arrogándose una actividad pública (Administración de Justicia) y entonces ya no puede actuar de un modo indiscriminado.

Normalmente, por el contrario, tiene que discriminar. No puede imponer algo que implique un resultado contrario a la justicia o a la moral. Así, se atribuye a los jueces un poder de censura, que les permite desproteger los contratos contrarios a las buenas costumbres o al orden público y que abre camino una nueva concepción del orden público. La concepción liberal del contrato entra también en crisis en los movimientos de reacción frente al uso exagerado y abusivo de ciertas figuras, como las condiciones generales de los negocios, en el tráfico mercantil, en daño de consumidores”.

La segunda cita es de Ludwig Raiser que en la posguerra de 1945 fue Rector de la Universidad de Göttingen y que en 1958 escribió un trabajo sobre la libertad contractual, publicado en aquel año. Recordaba Raiser que la dogmática civilista considera que la autonomía privada es un principio connatural a la estructura del Derecho civil en cuanto que permite al particular autoreglamentar sus propias relaciones. La dogmática civilista considera la libertad contractual como un componente basilar de la autonomía a fin de que se constituyan entre los sujetos relaciones fundadas sobre el acuerdo. En virtud de la autonomía privada, el particular debe poder decidir con autonomía si, cuándo y cómo constituir cualquier relación que tenga por objeto una prestación y qué contenido darle, así como modificar o extinguir las relaciones preexistentes. Desde el punto de vista jurídico –añade Raiser– dos hechos son relevantes. En primer lugar, el ordenamiento, por lo menos en línea de principio, renuncia a entrometerse en las relaciones privadas con mandatos propios y, además, reconoce como jurídicamente vinculantes los acuerdos creados por las partes, atribuyéndoles su tutela jurisdiccional. Hay que preguntarse si ello es debido a que el ordenamiento jurídico considera el procedimiento que conduce al acuerdo como una garantía de corrección de lo pactado, en línea con los valores fundamentales del ordenamiento, o si bien es porque quiere mantenerse neutral respecto de los valores y los objetivos perseguidos por los contratantes. En uno y en otro caso sería erróneo suponer que, por debilidad, la libertad contractual se tolera o acepta como una especie de fenómeno natural pre o extrajurídico.

La tercera cita es de un libro de Néstor De Buen “La decadencia del contrato”, publicado en México, en 1965.

Néstor De Buen arranca con unas palabras de su padre, don Demófilo De Buen, sobre el “desengaño del contrato” que son las siguientes:

“¿Llevará el *desengaño del contrato* a desechar su concepto como inútil o pernicioso? ¿Exigirá la reducción de su ámbito? ¿Impondrá un nuevo concepto de tal instituto? ¿Seguirá considerándolo como la manifestación más genuina de la autonomía de la voluntad? ¿Es sólo, tal desengaño, un fenómeno transitorio y morboso?”

Néstor De Buen quiere dar respuesta a tales interrogantes y, después de un largo estudio, extrae unas conclusiones que no esconden su gusto por la socialización o decididamente por el socialismo.

“La decadencia del contrato constituye un hecho incontrovertible. No cabe emplear, en contra de esa realidad, el argumento de que el contrato constituye un continente que acepta múltiples contenidos. Etimológica y jurídicamente el contrato es, sobre todas las cosas, un acuerdo espontáneo de voluntades, y donde no existe ese acuerdo, no puede hablarse de contrato.

Se explica esta decadencia en función de que el *sustratum* para la vida del contrato, se ha disgregado. El liberalismo, como fenómeno político, económico y jurídico, está dejando su lugar a una tendencia social que exige su propio lenguaje jurídico. De ahí que sea sorprendente encontrar en las legislaciones socialistas, una terminología totalmente inadecuada.

¿Cuál será el destino del contrato? Radbruch ha dicho que todo régimen social, cualquiera sea la tendencia en que se sustente, deja un margen, en ocasiones muy reducido, al juego de la libertad de los hombres. El contrato, figura predominantemente liberal, deberá vivir en este ámbito pequeño que la sociedad actual deja a la libertad humana. Después de haber sido considerado, inclusive, como el actor creador del Estado, cuando en el siglo XVIII Juan Jacobo Rousseau dio forma a la figura de contrato social, el contrato se ha visto convertido, y lo será aún más, según el paso del tiempo, en un modesto instrumento del derecho y, tal vez, en un futuro inmediato, solamente en una reliquia histórica”.

De estos textos, por lo demás muy distintos entre sí, surgen preguntas inquietantes. ¿Cuál es el futuro del contrato? ¿Se trata de una reserva de caza, según las palabras de De Castro o de un campo en el que el Estado renuncia a entrometerse según la expresión de Raiser? ¿Cómo se explica que se atribuya fuerza de ley a los contratos y se entregue a los contratantes la tutela jurisdiccional? Y si el Estado tiene algo que decir,

porque así lo exigen los valores fundamentales del ordenamiento—como dice Raiser— o la justicia y la moral—como decía De Castro—, ¿a quién debe entregarse el poder de intervención para definir los valores fundamentales o las ideas sobre la justicia y la moral si es que hay que hacerlo? ¿Debe ser el Parlamento, en la medida en que constituye la representación popular, quien lo haga por vía de una ley? Y, en este caso, ¿existe algún límite constitucional al poder de intervención? ¿Pueden los gobiernos decir alguna palabra en esta materia por vía de los reglamentos? Y dentro de las mismas coordenadas y por cerrar la vieja división de los poderes, ¿por qué de ordinario se acostumbra a entregar a la administración de las intervenciones estatales en las reservas de caza de los jueces?

Comenzaré mi reflexión en busca de respuesta a las interrogantes enunciadas partiendo de una idea expuesta por Roppo (“Il Contrato”, Bolonia 1977). Con la Revolución Francesa y con el advenimiento de los códigos civiles, la libertad contractual fue, en el estricto sentido de la palabra, una *libertad*. Como señala el autor citado, la libertad contractual significó ante todo la abolición de los vínculos que ataban al individuo a los grupos y a las corporaciones o a las relaciones de *status*, recordando la vieja fórmula o ley de Maine, según la cual el entero proceso de desarrollo de las sociedades humanas se puede describir como un proceso del *status* al contrato. Fórmula con la que se quería expresar la idea de que mientras en las sociedades antiguas las relaciones entre los hombres venían determinadas, en amplia medida, por la pertenencia de cada persona a un orden o grupo y por la posición ocupada por éstos, en las sociedades modernas, según Maine, las relaciones tienden a ser el fruto de la libre elección de los interesados, de su iniciativa individual y de su autonomía. Libertad contractual significa, por consiguiente, liberación de los vínculos que en la sociedad antigua—dice Roppo— convierten al individuo en prisionero de una red de incapacidades legales que impiden la plena expansión de su iniciativa y de su potencialidad productiva y configuran una ordenación económico-social cerrada y escasamente dinámica. Libertad contractual significaba pues la restitución al individuo, una vez consagrado el principio de igualdad de todos los individuos, de la abstracta posibilidad de determinar por sí mismo su propio destino en el mundo del tráfico y de las relaciones jurídicas y, junto a ello, la fundación de un sistema en que la multiplicidad de las iniciativas libres debería hacer el mundo más dinámico, más abierto a las innovaciones. Significa, por tanto, el paso a una forma superior de sociedad. Convendrá saber si la libertad contractual conserva hoy algo de esta antigua formulación.

Debe destacarse que, aunque el concepto de contrato tenga indiscutibles raíces romanas, no se constituye

definitivamente, sino en el momento en que aportan nuevos materiales las corrientes del pensamiento del *ius naturalismo* que son las que quedarán plasmadas en la Revolución Francesa y en los códigos civiles.

4. CONTRATO Y PROPIEDAD

Para comprender el puesto del contrato entre las instituciones políticas y las líneas de su evolución no es impertinente señalar la conexión que inicialmente existió entre contrato y propiedad. Es característica y bien conocida la clasificación sistemática en el Código de Napoleón que lo sitúa entre los diversos modos de adquirir la propiedad, de suerte que la institución del contrato adopta una posición subordinada respecto de la propiedad. En esta consideración legislativa adopta sólo un papel instrumental en relación a la propiedad que es el instituto central. Es uno de los instrumentos de adquirir y transferir la propiedad.

En la segunda mitad del siglo XVIII, J. Domat, arrancando del presupuesto ideológico de que los hombres pueden predicar una serie de cualidades según su colocación social (porque no se había llegado todavía a los tiempos en que ni se había realizado la unificación formal del sujeto jurídico), lleva a cabo una reconstrucción racional del sistema de Derecho privado a través de la figura del contrato, de manera que en la obra de Domat, el contrato y no la propiedad es la categoría unificadora de todo el sistema del Derecho privado. Sin embargo, Domat no puede dejar de observar que por la vía de los contratos se conectan las personas a las cosas y las cosas a las personas.

La conexión entre el contrato y la propiedad se observa con claridad si no se pierde de vista que las finalidades políticas en la Francia post-revolucionaria y en la España liberal era lo que puede llamarse la revelación y la movilización de la propiedad territorial que se produce, por una parte, al suprimir los derechos feudales y las vinculaciones y, por otra, al tratar de colocar en el mercado la propiedad inmobiliaria, de suerte que se ha podido decir que el contrato jugó el papel central de transferencia de la riqueza de las clases derrotadas a la nueva clase emergente.

5. EL PUESTO CENTRAL DEL CONTRATO

Sin embargo, pasado ese momento histórico, el contrato cobra el puesto central. No es sólo el instrumento de traslación de la propiedad, sino que es, él mismo, la fuente de la razón y del beneficio a través del cual las categorías emprendedoras pueden introducirse en los más variados negocios (el comercio mayorista, el comercio minorista, los transportes, los seguros, los negocios de banca, etc.). Los empresarios saben muy bien que su mayor riqueza es lo que hoy se llaman “carteras de contratos”.

El siglo XIX vivió, sin duda, el esplendor de la primera política liberal en materia de contratos. Como señaló M. Weber, a los códigos civiles se les pedía sobre todo la seguridad de que los negocios emprendidos se realizarían tal como los habían realizados los emprendedores.

A esta optimista concepción liberal de los contratos corresponden (reflejándola) las palabras de Manuel A. Martínez en la discusión parlamentaria del Código civil, respondiendo a las objeciones en punto a si el Código había recogido sólo los contratos tradicionales. Las palabras son estas:

“He condenado siempre con energía el empeño de aprisionar la libertad humana en unas cuantas reglas preestablecidas en la ley. Son válidas y dignas de respeto cuantas combinaciones invente el interés privado con tal que no sean contrarias a la moral y buenas costumbres, quepan o no en las clasificaciones siempre estrechas e insuficientes del legislador. Lo de menos es que los pactos y estipulaciones de los ciudadanos estén de antemano clasificados y tengan un nombre técnico en el Código. No hay quien pueda prever todas las combinaciones que es capaz de crear el ingenio humano estimulado por el aguijón de la necesidad y del interés. En nuestro tiempo se han descubierto formas de asociación antes desconocidas, contratos mercantiles y manifestaciones del crédito ignoradas por nuestros abuelos y aun por nuestros padres. ¿Y hemos de rechazarlos porque en los códigos falte el nombre de bautismo o porque no se acomoden a sus clasificaciones artificiosas, interventoras y arbitrarias? No. La tutela del Estado no puede llegar hasta obligar a los ciudadanos a que en sus convenciones no se salgan del patrón que les ofrezca la ley. En buena hora que ésta modere los contratos ya conocidos y estudiados, pero respetando siempre las modificaciones que libremente pacten los contratantes, así como las nuevas combinaciones que su razón les sugiera, siempre que en su esencia sean lícitas y honestas”.

En el mismo sentido se puede recordar la afirmación de un juez inglés, Sir George Hessel, que en la motivación de una sentencia de 1875 afirmó “si hay algo que el interés público reclama más que cualquier cosa, es que los hombres maduros y conscientes deben tener la máxima libertad de contratar y que sus contratos deben ser hechos respetar por los tribunales”.

6. LAS TRANSFORMACIONES DE LA DOGMÁTICA CONTRACTUAL

El mundo idílico y optimista no podía durar y, casi desde sus inicios, el siglo XX vivió una serie de avatares que fueron produciendo importantes transformaciones en la institución y en su dogmática: las guerras, en especial

las dos grandes guerras del siglo, las luchas sociales, revoluciones y crisis económicas, siempre recurrentes, fueron incidiendo de forma muy importante. Como ha señalado W. Friedmann, antes de la Primera Guerra Mundial se observaba estrictamente la regla de la absoluta fidelidad a lo contratado y la imposibilidad absoluta sobrevenida, material o legal, era el único medio de liberarse de las obligaciones contractuales. La Gran Guerra, la gran inflación alemana de 1922 y la gran crisis de 1929 fueron abriendo las primeras brechas. Es característico y sintomático que la teoría francesa de la imprevisión elaborada primero en los contratos administrativos en el famoso asunto del gas de Burdeos sea precisamente de 1916. Imprevisión en el Derecho francés, frustración en el Derecho inglés, cláusula *rebus sic stantibus* o base del negocio abrieron el camino para que, en caso de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que hacen excesivamente onerosas las obligaciones contractuales, los tribunales puedan en ocasiones liberar a los contratantes del contrato excesivamente oneroso y en otras, incluso, proceder a una revisión de los términos del contrato.

Mas los efectos sociales de las transformaciones no se detienen en este punto. El antes citado W. Friedmann, que las ha estudiado con detenimiento, coloca al lado de los trastornos económicos y sociales el proceso generalizado de concentración de la industria y de los negocios que corresponden a un proceso de urbanización y de estandarización de la vida social y la implantación del ahora denominado Estado de bienestar con un conjunto de políticas social-demócratas o, en otros casos, la completa socialización de la economía.

La primera de las causas que Friedmann citaba como origen de las transformaciones de la institución contractual para el generalizado proceso de concentración del capital en la industria y en los negocios es un hecho bien conocido, que a lo largo del presente siglo ha ido dando lugar a los gigantes transnacionales, que constituyen entidades todopoderosas. El hecho de que una gran parte de la economía se encuentre en manos de este tipo de empresas ha producido consecuencias muy notorias. La primera de ellas fueron los pactos y contratos a través de los cuales se establece y se signa el fenómeno de las uniones de empresa, cartel, *trust* y prácticas que tienden a limitar o a desfigurar la libre concurrencia. Aparecieron de este modo las llamadas leyes *antitrust* recogidas en los años 50 en los artículos 85 y siguientes del Tratado de Roma y hoy consagradas como uno de los principios del mercado europeo. La libertad de concurrencia es libertad de contratación sí, pero no a través de contratos que puedan llegar a desfigurar la libertad de mercado. La figura del abuso de posición

dominante constituye una de las más claras muestras de ello. En el mismo sentido, cuando el proceso de concentración conduce al monopolio, se sintió la necesidad de establecer la obligación de contratar de los monopolistas, la interdicción de que estos introduzcan discriminaciones y la de permitir que los servicios, cuando se refieren a bienes vitales, se presten en condiciones que puedan ser accesibles a todos.

El citado proceso de concentración económica y el creciente poderío de las grandes empresas produjo muy tempranamente la figura de los llamados contratos de adhesión y de las condiciones generales de contratación. La mayor parte de los contratos que gobiernan nuestra vida diaria son absolutamente uniformes. Los transportes, los seguros, los servicios bancarios, los suministros de electricidad o de gas y tantas otras actividades están gobernadas por este tipo de reglamentación, de suerte que los juristas de Derecho civil desde comienzos de siglo cuestionaron si nos encontrábamos con auténticos contratos o si existía un poder reglamentario de las empresas o qué cosa pasaba. Y algunas voces se alzaron para sostener que, tras haberse efectuado la evolución de Maine desde el *status* al contrato, se volvía otra vez del contrato al *status*. No pudo nunca discutirse la legitimidad de las intervenciones de este tipo de contratación, bien a través de la necesaria aprobación administrativa de los clausulados, como ocurrió en el mundo de los seguros, o bien a través de invenciones judiciales que impidieran cuando menos los más llamativos excesos como pueden ser las cláusulas de absoluta limitación de la responsabilidad u otras parecidas. En el momento actual parece haberse llegado en este punto a un compromiso. Los legisladores no rechazan este tipo de contratación, pero permiten las intervenciones públicas a través, sobre todo, de la nulidad de las cláusulas abusivas. Subsiste, sin embargo, el problema dogmático relativo a si en esta forma de operar existe o no verdadero contrato, sobre todo si se adoptan las tradicionales premisas de la más absoluta voluntad y libertad de los contratantes.

Las tensiones sociales y las luchas entre empresas y sindicatos fueron produciendo la aparición de los llamados convenios colectivos, que lentamente fueron sustituyendo a los contratos individuales entre patronos y obreros y, que desde el punto de vista de una teoría del contrato, plantean también arduos problemas en la medida en que obligan a quienes no han sido parte en ellos y que son, respecto de ellos, genuinos terceros.

Finalmente, existieron razones de política social y para lograr un bienestar general, se adoptó el sistema de condiciones contractuales imperativamente fijadas por la ley, como en el caso de los contratos de trabajo o en otros casos especialmente vinculados a la economía

de escasez, la conversión del Estado y de las Administraciones públicas en contratantes, los sistemas de cupos y de precios tasados, las políticas de abastecimiento controlados y lo que, en su momento, fueron llamados contratos impuestos o contratos forzosos. Tantas agresiones y procedentes de tantas direcciones obligaban a pensar que del viejo paradigma del contrato quedaba poca cosa.

7. LA NUEVA EXPANSIÓN DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Los años inmediatamente anteriores a éste, como años de relativa bonanza, aunque salpicados de crisis económicas de todos conocidas, parecen haber ido empujando una ola de desregulación, con una nueva expansión de la libertad contractual.

En la concepción tradicional, la libertad contractual y el poder de autonomía privada tenían su fuente en la ley, entendida ésta al modo *roussonian*. Si la libertad contractual y la autonomía privada derivan de la ley, no puede discutirse el poder de la ley para restringirla o, en ocasiones, para anularla, por lo cual, es legítima la pregunta en torno a si existe hoy en día un fundamento *supra* legal, más precisamente constitucional, de la libertad contractual. Enseguida hay que responder que en la Constitución Española no es fácil dar respuesta a esta duda, pues ninguno de los preceptos institucionales parecen referirse a esta cuestión. Es curioso que una Constitución que ha garantizado la propiedad privada, la familia, las fundaciones e incluso las sucesiones por causa de muerte, concediendo un anclaje constitucional a un buen número de instituciones de derecho privado, no haya dicho nada sobre la cuestión que nos ocupa. Además, en la Constitución, los elementos procedentes de la concepción liberal se encuentran muy modulados por otros que proceden de concepciones social-democráticas. Aunque la pregunta tiene que quedar siempre abierta, mi opinión personal es que la libertad contractual presenta un fuerte anclaje en la Constitución. Ante todo, me parece que el reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad impone la referida libertad, porque sólo se reconoce la dignidad de la persona si se permite autorregular su marco de intereses. Al mismo tiempo me parece también que el marco de libertad de mercado que en la Constitución se consagra en el artículo 37, está al mismo tiempo imponiendo un sistema de libertad contractual. Por lo demás, un sistema legislativo que coartara la libertad contractual más allá de lo que puede denominarse en el sentido del artículo 53 de la Constitución su contenido esencial, como sería el caso de una economía prácticamente estatizada o intervenida, es constitucionalmente inadmisibles.

Fuera de ello, hay que reconocer algún margen al legislador para adoptar medidas legislativas que puedan proscribir determinados tipos contractuales o establecer regímenes imperativos en otros. En este punto, la única discusión es si existe o no una reserva de ley.

En la evolución que en las páginas anteriores hemos tratado de describir, existen como dos planos o dos estratos, uno en el que se sitúa la tozuda realidad de los hechos y otro en el que hay que colocar la teorización que respecto de ellos llevan a cabo los juristas. La realidad está constituida por los conflictos económicos y sociales que imponen, cuando es necesario, nuevas modalidades en la circulación de bienes y de servicios. Como antes he dicho, la actual es una época de relativa bonanza en la que la mayor parte de las causas que produjeron las anomalías, parecen haber desaparecido, aunque nunca existe la seguridad de que en una y otra forma retornen. En el debate teórico, sin embargo, subsisten los problemas. Se trata de un debate muy condicionado por una peculiar forma de entender la institución contractual que arranca de los postulados del voluntarismo. El contrato se definió como voluntad, seguramente porque en los *ius naturalistas* existe un influjo notorio de la escolástica tardía, pero, es cierto que se definió como voluntad, para lo cual por lo demás existía algún apoyo en viejos textos romanos, como el *in idem placitum vel consensus*. Se podía haber hablado de libertad o de poder de decisión, pero el acento se colocó en la voluntad (acuerdo de voluntades, autonomía de la voluntad, etc.) lo que de algún modo distorsionó las perspectivas. Siempre me ha parecido que por una parte andaban las enunciaciones o proclamaciones de principios y, por otra, se movían las regulaciones concretas en que aquellos principios se proyectaban o, al revés, de lo que aquellos principios eran reflejo. La llamada doctrina de los vicios del consentimiento contractual, contemplada a la luz del dogma de la perfecta voluntad, ha sido siempre muy difícil de explicar. Ha de ser siempre muy difícil de explicar el artículo 1.265 del Código civil que limita a cuatro las causas de nulidad por vicios de consentimiento, el error, la violencia, la intimidación o el dolo, cuando desde el punto de vista de un dogma de perfecta voluntad, tales causas tendrían que ampliarse. Pero, incluso manteniéndose en esas cuatro causas, desde el punto de vista del dogma de la voluntad ha sido siempre imposible explicar que sólo invalide el contrato el error sustancial y no los demás errores, que, al producir un conocimiento distorsionado, impiden la verdadera volición; que el dolo sólo produce una nulidad si es grave y no incidental y que no lo produce si ha sido empleado por las dos partes contratantes, como señala el artículo 1.270 o que el área de la violencia o de la intimidación resulte también restringida por leyes y más aún por la jurisprudencia. ¿Es que esos contratos que

la ley no invalida fueron, en efecto, celebrados con plena y perfecta voluntad? La respuesta lógica tendría que ser negativa y llevar a la idea de que, aunque el ordenamiento proteja la espontaneidad y la libertad de los contratantes en el momento de la celebración del contrato, sólo en muy contados casos accede a una pretensión de desvinculación y lo hace básicamente por entender no que fue celebrado sin perfecta voluntad, sino más bien, que en la vinculación existía un punto de injusticia, pero que es preciso también proteger a la otra parte contratante decidiendo de qué modo participó en la injusticia de la vinculación. La discusión ha sido la misma, si las cosas se miran despacio, en la tensión entre los voluntaristas y declaracionistas que se proyectó sobre todo en el establecimiento de los criterios hermenéuticos. Lógicamente resulta imposible saber por qué se adoptan criterios de interpretación objetiva, como la interpretación usual, la interpretación *contra stipulatorem* o la interpretación que tienda a conservar el negocio y a dotarle de mayor eficacia, porque si el contrato es voluntad, sólo los llamados criterios de interpretación subjetiva deberían mantenerse. Así, en el conjunto de los artículos 1.281-1.289 del Código civil tendríamos que suprimir gran número de ellos, cosa que a ninguno de nosotros se nos ocurre. Por esta razón, las tendencias modernas se sitúan más bien en la línea de restar los mágicos componentes voluntaristas al contrato, como por lo demás siempre hicieron los escritores anglosajones.

De esta suerte, el contrato parece más bien como una operación económica de distribución y de circulación de bienes y servicios surgida de la iniciativa privada en la que los interesados arreglan autónomamente sus propios intereses. Esto explica alguna de las más llamativas tendencias del Derecho moderno o Derecho más reciente, como lo plasmado en el Código de Comercio Unificado de Estados Unidos, en las reglas del Convenio de Viena de venta internacional de mercaderías, en los principios de los contratos comerciales internacionales elaborados por Unidroit y en muchos otros de los textos que en la actualidad están en trance de elaboración como pasos hacia un Derecho uniforme en esta materia. Todos estos textos se inspiran en la idea de que es preferible facilitar la contratación o, por decirlo mejor, facilitar la conclusión que entre las partes existe un contrato antes que decidir que el contrato no ha llegado a existir o que es nulo, porque se considera en la práctica que es preferible que los implicados en el asunto ejerciten acciones contractuales y eventualmente acciones de incumplimiento contractual a que ejecuten acciones de nulidad con las inevitables secuelas de acciones de restitución de lo indebido o de enriquecimiento sin causa, que muchas veces resultan imposibles, sobre todo cuando se trata de contratos que han sido ejecutados.

Este principio de facilitación de la contratación de acuerdo con la buena fe, preside algunas de las reglas ahora implantadas en materia de formación del contrato en casos en que no existe perfecta concordancia entre oferta y aceptación. Por ejemplo, porque el aceptante al aceptar ha introducido elementos no sustanciales que amplían aquellos que estaban contenidos en la oferta, especialmente si el oferente ha guardado silencio en este punto; o porque surgen las llamadas batallas de formularios en que oferta y aceptación se cruzan suscribiendo formularios impresos con cláusulas distintas y entre sí contradictorias. En estos casos, doctrina y jurisprudencia parecen hoy unánimes en que es preferible considerar

el contrato celebrado y resolver después el problema de la exacta determinación del contenido contractual, antes que sostener que el contrato nunca existió o que resultó inválido, lo que puede ser mucho más problemático y mucho más costoso. En el mismo sentido se sitúa lo que se puede llamar la restricción del área de las nulidades. Cuando se estudian los antes citados Principios sobre los contratos internacionales se comprueba, por ejemplo, que la intimidación sólo se toma en consideración si es injustificada; que la imposibilidad originaria no es causa de nulidad; o que se consideran válidos los acuerdos sin necesidad de penetrar en la existencia del requisito de la causa o *consideration* en sentido anglosajón.

EL CONTRATO EN GENERAL * ¹

Rodolfo Sacco **

Tanto nuestro Código Civil como el Código Civil Italiano se caracterizan por presentar gran influencia de diferentes doctrinas jurídicas. Estas doctrinas pueden, incluso, llegar a contradecirse mutuamente. Este es uno de los muchos ejemplos que utiliza el autor en su afán de comprensión sobre los múltiples obstáculos que se le presentan al legislador durante el proceso de creación y vida de la norma jurídica.

Al respecto, el autor hace un análisis acerca del papel del legislador en la construcción de la regulación de los contratos. Llega a la conclusión de que los legisladores, al crear normas, toman decisiones entre varias alternativas posibles, pero estas decisiones están condicionadas por sus receptores y por el ámbito en que tendrán aplicación. En ese sentido, la interpretación juega un papel de vital importancia en la construcción de tal regulación, de modo que, las reglas cambian constantemente sin necesidad de expedir nuevas leyes.

* La presente ponencia fue publicada originalmente en el primer volumen de las actas del congreso I cinquant'anni del Codice civile, celebrado en Milán del 4 al 6 de junio de 1992, con el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán. Milán: Giuffrè. 1993. pp. 205-215. Bajo el título "Il contratto in generale". La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa de Rodolfo Sacco. La traducción fue realizada por Leysser L. León. Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura italianas en la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Doctorando en Derecho Civil de la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). A quien agradecemos por habernos cedido la presente ponencia para su publicación.

¹ Nota del traductor: La tercera sesión del congreso milanés por los cincuenta años del Código Civil italiano, dedicada a las obligaciones y a los contratos, fue presidida por el decano de los civilistas italianos, y miembro de la Accademia dei Lincei, Angelo Falzea (nacido en 1914), profesor emérito de la Universidad de Mesina.

** Profesor emérito de la Universidad de Turín. Miembro de la Accademia dei Lincei.

“El Código Civil ha nacido”. De ello nos daban noticia, cuando era universitario de segundo año, estudiosos que nada hacían para corregir la imagen del legislador que yo bien podía crear en mi inexperiencia: la imagen de un personaje omnipotente que escoge, entre un universo de soluciones posibles, entre un número ilimitado de soluciones posibles, aquellas que le sugiere su espíritu, y que crea normas destinadas a vivir uno, dos, diez, cien años, hasta que un “reglicidio” es cometido por un nuevo código.

El Código precedente había durado sesenta y siete años. ¿Cuánto tiempo iba a durar el nuevo? Quien le tenía cariño, le auguraba larga vida. No todos tenían familiaridad con aquella regla según la cual los cambios de la sociedad humana son siempre y fatalmente más rápidos, de modo que los instrumentos creados para reflejarla o para gobernarla –tal cual ocurre con otras condiciones– están destinados a tener una vida más breve.

Pero han pasado cincuenta años, y el Código se ha mantenido; yo he envejecido –no por ello, para mi pesar, he mejorado, pero sí he adquirido experiencia–, y he llegado a saber que el Código no vive un siglo, no vive un año, no vive ni un solo día, porque desde el momento mismo en que entra en vigor, el Código es triturado por la obra de los intérpretes que le imprimen –sin un solo momento de pausa– continuos, minúsculos cambios, los cuales, en un lapso temporal medio o largo, devienen en mutaciones totales.

Justiniano, Napoleón, el legislador italiano de 1865. La obra de Justiniano no pasa a mejor vida la noche anterior al 1 de enero de 1900. El derecho alemán de la última noche del año 1899 ya no tenía nada en común con el derecho romano del momento en que entró en vigor el *Corpus iuris*. En Francia, el Code Napoléon no era el mismo al momento de la entrada en vigor el Código Civil italiano de 1865. El Código Civil italiano de 1865 tampoco era el mismo al momento de entrada en vigor del Código de 1942. Y este último código, continuamente atormentado y recreado, este código que muere a cada instante, para revivir también a cada instante, en la creación del intérprete, no ha sido creado por un legislador omnipotente.

El legislador escoge. Si así no fuera, serían inexplicables las discusiones y tensiones surgidas en la Comisión encargada de elaborar las fórmulas del código; sería inexplicable el hecho de que los que han llegado después puedan leer, hoy, actas de debates, de consideraciones efectuadas a altísimo nivel, todas las cuales revelan opciones conscientes entre varias soluciones posibles. Sin embargo –hay que ser claros al respecto–, el ámbito en que operan

tales opciones es un ámbito marginal; las decisiones de fondo ya han sido tomadas, por una serie de condicionamientos que no se reducen a los puros precedentes legislativos.

En 1942, cuando nos anunciaban, en un aula que pocos días después iba a ser destruida por un bombardeo aéreo, que “el código ha nacido, el legislador ha actuado”, no negaban que el legislador tuviese interlocutores: nos hacían verlo mientras dialogaba con sus equivalentes, es decir, con otros legisladores; nos hacían verlo mientras dialogaba con el *bürgerliches Gesetzbuch*, mientras dialogaba con el Code Napoléon (aun cuando el diálogo con este último se había enfriado un poco). Nos hacían ver al legislador, por lo tanto, mientras trataba con otros iguales a él; pero lo que no nos hacían apreciar era una escena jurídica plena, donde figuraran, delante del telón, todos los personajes del diálogo jurídico, a saber: el legislador –¡desde luego!–, pero también el juez, también el teórico y, quizá, puesto que hablo de 1942, puesto que hablo del interlocutor de aquel que elabora una fórmula legislativa, será más verídico que yo diga: el legislador, el teórico, el juez y, finalmente, el editor, que es el cuarto personaje en el cuarteto de los creadores del derecho, de los operadores de la norma jurídica.

El legislador tiene, pues, sus interlocutores, y estos interlocutores lo condicionan. El legislador tiene varias tareas: por un lado, escoge la solución operacional (hay que establecer, por ejemplo, si la prescripción debe durar veinte años o treinta años, y el legislador escoge, con un acto sapiencial); por otro lado, tiene la tarea adicional de formular la regla operacional de la mejor manera, de la manera más económica. El legislador debe evitar fijar una regla para el lunes y otra, igual, para el martes, y otra regla igual para el miércoles, y otra regla igual para cada día de la semana; debe saber realizar una labor de síntesis, y crear una sola regla que prescindiera del nombre del día de la semana. El legislador debe saber dar una definición a la que sea capaz de atenerse. Si ha fijado un punto, el legislador debe saber no contradecirlo. Y si tiene en mente algo concebible y claro para todos, el legislador debe saber indicar con precisión la definición de tal idea, en lugar de apartarse de la misma.

El legislador no sólo regula: él también crea la estructura formal y lingüística de la regla, la estructura lógica de la regla. Y esta tarea no es de importancia menor que la inicialmente indicada, por lo menos en la escala de las tareas que se asignaba, a sí mismo, el legislador de 1942.

El legislador vive en un mundo donde opera la norma jurídica, y donde la fijación de esta norma (como norma

operacional) y la formulación de esta norma (como construcción lógica del imperativo) no se agotan jamás en un único momento. Por otro lado, será difícil que el legislador invente algo completamente distinto a lo que han dicho los demás, y él, además, no estará a la altura de la tarea si no tiene en cuenta las soluciones que resultan ser las más actualizadas.

Si tal es la situación, el proceder del legislador se encuentra casi unívocamente condicionado. El mérito del legislador es, cómo no, el de saber prever, el saber qué decir, el de comprender, entre todas las cosas que hoy se dicen, cuáles son las que ostentan una flama que les asegurará vitalidad, cuáles pueden ser utilizadas en un discurso coherente, sin incurrir en contradicciones. Sin embargo, un legislador que interpreta el resultado del pensamiento de aquellos que lo han precedido en la misma posición, cumple funciones que son más propias de un notario que de un registrador. Nosotros podemos repasar la obra del legislador de 1942 para preguntarnos cómo cumplió dicha tarea notarial, la cual era mucho más acentuada en aquel momento, dado que en la Italia de entonces tenían presencia modelos de diversa proveniencia. Italia es un país que no rechaza la imitación, es un país que tiende a la imitación, y que puede recurrir, por lo tanto, a modelos de diversa proveniencia, y escoger entre modelos diversos; es un país que hubo de recibir, en abundancia, y sin oponer resistencias, modelos de proveniencia francesa, desde inicios del siglo XIX, hasta una fecha que podemos establecer, convencionalmente, en 1880, y que después comenzó a obtener beneficios de modelos de proveniencia alemana.

A los franceses, el italiano les había solicitado modelos legales y, luego, modelos científicos. La que habrá de dejar un legado a los italianos es, sobre todo, la ley francesa.

De los alemanes, en cambio, y más que de todos los demás, el italiano recibe modelos científicos; modelos que suscitan en Italia un entusiasmo no menor que el generado en los países escandinavos, en Rusia, en Hungría y en muchos países balcánicos, y que el posteriormente desencadenado –esta vez debido, en gran medida, a la mediación italiana– en los países de lengua castellana.

Aquel notario de 1942, se disponía, entonces, a “rogar” un acto en el cual iban a figurar las conquistas

del pensamiento jurídico italiano logradas hasta aquella fecha; sin embargo –tarea insólita para un notario–, él podía escoger entre dos diversas versiones, y podía conceder una parte más grande al legado francés o conceder una parte más grande al legado alemán. Y lo que se hizo, al final, ha sido interpretado de diverso modo, quizá sin una buena distinción de los *genera* que el legislador absorbió de una parte y de la otra.

El Código Civil italiano de 1942 (que me toca ver limitado a los artículos 1321 a 1469)¹¹ se mantiene fiel, en lo sustancial, a la regla operacional francesa: la propiedad se transmite mediante un contrato justificado por la causa, sin necesidad de entrega ulterior, sin necesidad de publicidad ulterior. Este episodio legislativo debería ser suficiente para aclarar en qué medida el Código de 1942 perpetúa lo señalado en el Código de 1865, tributario, a su vez, del modelo napoleónico.

Si nos apartamos de los artículos 1321 a 1469, apreciamos que se perpetúa, así mismo, la prohibición del pacto sucesorio; que la repetición del pago indebido es admitida fuera de toda condición de error; que se regula la acción subrogatoria; que la responsabilidad delictual no presupone la violación de un derecho. Si tuviera tiempo, podría brindar un gran número de referencias adicionales. Hasta hoy, pues, las soluciones del Código siguen siendo las soluciones francesas. Lo distinto es el modo en que se han formulado tales soluciones.

Tuvo que enfrentar la desconfianza de sus colegas, ciertamente, el primer jurista italiano que habló de “prestación en lugar de cumplimiento”¹². Como resulta claro, no es difícil retraducir del italiano al alemán tal expresión: *Leistung an Erfüllungs Staat*. Pero en el Código de quiebras, que permanece fiel a la tradición del país, se habla de “dación en pago”¹³, que era la expresión del Código Civil de 1865, y que permite apreciar a todos su paralelismo, de tipo gemelar, con la expresión *dation en paiement*¹⁴. Ya no se hablará más, por otro lado, de la “nulidad” como categoría equivalente a la “invalidez”, subdividida en “nulidad absoluta” y “nulidad relativa”. A partir de entonces, se hablará de “invalidez”, la cual se descompone en dos figuras: la “nulidad” (ex “nulidad absoluta”) y “anulabilidad” (ex “nulidad relativa”). Y ya no se dirá que “la obligación de dar hace al acreedor propietario”; se dirá, en cambio, que el contrato

¹¹ Nota del traductor: Los artículos 1321 a 1469 del Código Civil italiano contienen el régimen del contrato en general, fuente directa de la normativa correspondiente del Código Civil peruano vigente.

¹² Nota del traductor: *Prestazione in luogo di adempimento*, en el original.

¹³ Nota del traductor: *Dazione in pagamento*, en el original.

¹⁴ Nota del traductor: De la cual deriva, como es evidente, la expresión “dación en pago”, preferida por el legislador peruano: Libro VI, Las Obligaciones; Sección Segunda, Efectos de las Obligaciones; Título II, Pago; Capítulo Sexto, Dación en pago (artículos 1265 y 1266).

constituye, regula, extingue relaciones jurídicas patrimoniales, y que, en particular, transfiere la propiedad^{vi}. Todas estas expresiones son fáciles de traducir en alemán; presentan dificultades, por el contrario, y a pesar de su carácter elemental, para quien pretenda traducirlas al francés.

En el sentimiento italiano, el sentido de la sucesión temporal entre la influencia francesa y la influencia alemana se había transformado en una escala axiológica, en virtud de la cual, el modelo alemán resultaba ser el modelo del progreso, si se le comparaba con el modelo francés. Y la libertad del notario que redactaba el Código Civil, desde este punto de vista, estaba unívocamente condicionada por la valoración del ambiente del círculo, del club de los juristas italianos.

Lo que hace el legislador italiano es exponer en lenguaje “germanizante” la tradición operacional francesa, ya legitimada en Italia a través del Código Civil de 1865. Es un legislador que merece que su obra sea ponderada, y la valoraremos por el modo en que aquél supo expresar los resultados que se habían logrado previamente; la valoraremos, igualmente, por el modo en que él supo mostrar apertura frente a los resultados que se iban perfilando, en perspectiva. No suscitan problemas los resultados definitivamente adquiridos. Sí surgen problemas, en cambio, del modo en que la regla ha sido formulada, y también hay problemas que tienen que ver con lo que está por arribar; el legislador, por lo demás, todavía no es, a plenitud, el dueño de la escena.

Con los artículos 1321 a 1469, el legislador nos traza una figura del contrato. El legislador regula la materia de los “vicios de la voluntad”. El legislador regula aquella parte de la autonomía privada –y es la parte principal– que está basada en los actos *inter vivos*.

La primera dificultad que se presenta es que el legislador no va más allá de los umbrales propios de la experiencia de su época. Mediante el artículo 1321^{vii}, el legislador identifica el contrato con el acuerdo; en el artículo

1325^{viii}, sin embargo, el legislador hace del acuerdo uno de los cuatro constituyentes del contrato. No es posible –lógicamente– que, si el contrato es el acuerdo, el acuerdo sea, luego, uno de los cuatro constituyentes del contrato; no es posible que una entidad coincida con un objeto real o concebido, y que sea, al mismo tiempo, uno de los varios constituyentes de tal objeto.

Quien se ocupa del contrato tiene que vérselas, tarde o temprano, con una pluralidad de ideas sobre el contrato y, más aún, con una pluralidad de genotipos ideales del contrato, de los cuales le será difícil apartarse.

¡Cuántos episodios –episodios curiosos, inclusive– se pueden narrar en relación con aquellos contactos, con aquellos encuentros escenificados en el gran salón por donde deambulan todas las figuras jurídicas, todos los diversos genotipos del contrato!

En una famosa obra, Gilmore ha celebrado la “muerte” del *contract*. Y un colega nuestro –meritoriamente– ha puesto a nuestro alcance tales páginas, traduciéndolas bajo el título italiano de *La morte del contratto*^{ix}.

¿Por qué Gilmore dice que el *contract* ha muerto? Él dice que el *contract* ha muerto porque los jueces estadounidenses, a partir del decenio 1920-1930, conceden una acción a quien ha recibido una fianza gratuita, o a quien ha recibido una promesa que en Italia llamaríamos *espromissione gratuita*^x. Según los harto conocidos principios del *common law*, una promesa gratuita, una promesa no acompañada de –y no fundada en– una *consideration* no puede fundar una acción *on contract*. Tal es la razón por la que el *contract* ha muerto.

En cambio, un jurista de Europa continental bien puede decir a Gilmore: “no te doy las condolencias por la muerte de tu *contract*, porque en el momento en que tu *contract* ha muerto, ha nacido nuestro contrato”.

En aquel gran salón hay otros encuentros curiosos que son posibles. El Instituto Unidroit promueve la

^{vi} Nota del traductor: La aguda observación del autor grafica la incoherencia del proceder del legislador peruano, quien mantuvo un régimen afrancesado de las obligaciones en general (incluida la tripartición en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer), y copió, al mismo tiempo, el régimen italiano sobre el contrato en general.

^{vii} Nota del traductor: Código Civil italiano de 1942: “1321. Noción. El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas”.

La norma citada ha servido de modelo para el artículo 1351 de nuestro Código Civil: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

^{viii} Nota del traductor: Código Civil italiano de 1942: “1325. Indicación de los requisitos. Los requisitos del contrato son:

- 1) El acuerdo de las partes;
- 2) La causa;
- 3) El objeto;
- 4) La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad”.

^{ix} Nota del traductor: GILMORE, Grant. “The death of contract”. Columbus: Ohio State University Press. 1974. La versión italiana –“La morte del contratto”. Milán: Giuffrè. 1988– ha sido traducida por Andrea Fusaro, y está precedida por un ensayo, “Il contratto tra passato e avvenire”, de Guido Alpa.

^x Nota del traductor: “Promesa gratuita”. La referencia es a la jurisprudencia estadounidense del *promissory estoppel*.

uniformización a escala planetaria del derecho privado, principalmente, del derecho de los contratos, y solicita a René David, a Popesco, a Schmitthof, la predisposición de los primeros artículos de un código de comercio que sea planetario. Las labores continuarán, con nobles intenciones, y con gran capacidad de realización, a cargo de las personas que sucederán a las primeras que se encuentran comprometidas en la obra. Los tres estudiosos que he nombrado son tres grandes comparatistas. René David ha escrito en su idioma, que es el francés, una obra sobre *les contrats en droit anglais*. Sin embargo, trabajando en dos idiomas (francés e inglés), él y los demás han escrito la primera palabra del Código, que en inglés suena *contract* y en el texto francés suena *contrat*, sin pensar qué es lo que pasaría si la ley cayera en manos de un juez que tuviera que juzgar si un acuerdo relativo a una transferencia de propiedad, si un acuerdo gratuito, si un contrato del tipo comodato o depósito, es un *contract* o un *contrat*.

En aquel salón, los encuentros son frecuentes, y el legislador de 1942 no ha tomado las precauciones necesarias para que ellos no se produzcan al interior de la propia casa de los italianos.

Pienso en los artículos 1321, 1325 y 1333. En el 1321 el contrato es un acuerdo; en el 1333, una declaración unilateral seguida de la nada es un contrato^{xii}. El jurista siempre puede decir, naturalmente, que la nada es algo real: una declaración tácita; sin embargo, “declaración tácita” es una expresión mentirosa: si queremos, podemos adoptarla, porque sirve para crear un puente entre un artículo que habla de “acuerdo” y un artículo que pone delante del telón una figura que es – claramente– una declaración unilateral.

El legislador ilustra una idea con una definición; al mismo tiempo, desdice una idea mediante una regla operacional (también expresada por medio de palabras y, por lo tanto, también dirigida a los conceptos). Y nosotros estamos observando al legislador de 1942 en el momento en que afronta el panorama de las ideas jurídicas que lo circundan y que lo conciernen. En dos ocasiones el legislador no escoge: no escoge frente a aquellos grandes genotipos del contrato.

El legislador afronta problemas operacionales. Tiene suerte con la idea de la irrevocabilidad de la oferta. Esta idea había declinado en el transcurso del siglo XIX. En Italia, un autor como Gabba decía que la regla de la

revocabilidad era la regla conveniente para un pueblo de pícaros, mientras que la regla de la irrevocabilidad es la conveniente para una nación de personas serias. Sólo que esta idea de la irrevocabilidad de la oferta, que causa furor en Francia en la segunda mitad del siglo XIX, y que en el mismo momento causa furor en Alemania (y que, por ello, es recogida en el Código Civil alemán, porque éste se redacta cuando la idea estaba establecida), tarda en arribar a Italia. Por dicha razón, el Código Civil de 1942 registrará la victoria del principio de la libre revocabilidad de la oferta. ¿Fue un retraso? Quizás. ¿Fue acaso un error? Quizás. *Felix error*, en todo caso. Existen países que reconocen el principio de la revocabilidad. En los países del common law habría sido difícil elaborar una tesis de la irrevocabilidad de la oferta. Y el mundo del *common law* llega a la cita de la segunda posguerra manteniéndose fiel, entonces, a la idea de la revocabilidad, la cual vuelve a difundirse en el planeta gracias al nuevo prestigio adquirido por el derecho inglés y estadounidense. Así pues, Italia se encuentra afortunadamente, y felizmente, del lado de la parte vencedora; la Convención de Viena demostrará que la regla que cuenta con el favor de la historia, y en cuya dirección sopla el viento en popa, es la regla de la revocabilidad.

El legislador se cimienta con los vicios de la voluntad. El error, el dolo, la violencia, aparecen reunidos, por vez primera, en *Lo codi*, aquella epítome provenzal de 1147, tan poco estudiada en nuestras Facultades, pero que anticipa en mucho, curiosamente, a la dogmática alemana del siglo XIX, y que ya contiene el término *negoci*, así como su doctrina *in nuce*.

El año 1147, los tres reyes magos que portan la libertad psicológica para el contratante, es decir, los remedios para el error, el dolo y la violencia, ya figuran juntos, y perdurarán. Se mantienen así en el Code Napoléon, y se mantienen así en el BGB.

El Código Civil de 1942 da pequeños pasos hacia adelante. Protege al incapaz natural, protege a quien ha celebrado el contrato condicionado por una situación de peligro, protege a quien ha celebrado el contrato condicionado por una situación de necesidad. Una vez más, el notario no inventa nada. Él se limita a dar fe de lo que le sugería una jurisprudencia francesa, que se había transformado en jurisprudencia italiana, en materia de situación de peligro; a dar fe de las extensiones de las que habían sido objeto las reglas relativas al incapaz de derecho; a dar fe de las sugerencias que le transmitían

^{xii} Nota del traductor: Código Civil italiano de 1942: “1333. Contrato con obligación para el solo oferente.- La oferta dirigida para la celebración de un contrato en el que sólo se deriven obligaciones para el oferente es irrevocable desde el momento en que llega a conocimiento de la parte a la que está destinada.

El destinatario puede rechazar la oferta dentro del plazo requerido por la naturaleza de la operación o por los usos. En ausencia de dicho rechazo, el contrato se tiene por celebrado”.

todos los *microcodificadores*, todos aquellos *microlegisladores* de los que hemos hablado al inicio de la presente ponencia.

El legislador da fe (pero sabe dar fe, sabe captar los nuevos estímulos), y extiende, de manera significativa, la protección de la libertad del contratante, y lo hace en la dirección justa, porque a partir de entonces, las medidas que se dirigen a proteger al contratante contra la falta de discernimiento, contra la falta de meditación, contra los condicionamientos provenientes del exterior, no harán otra cosa que multiplicarse, condicionándose de una manera altamente significativa que la doctrina, en cierto momento, tendrá que ocuparse de ilustrar.

Es así como han venido apareciendo las normas contra la propaganda subliminal, las normas contra el abuso de posición dominante, contra el abuso de oligopolio; las normas sobre la venta “casa por casa”, las cuales operan, técnicamente, como un instrumento diferente de la anulabilidad, pero que, desde el punto de vista del interés protegido, protegen al contratante contra una sorpresa, que es una especie de figura hermana menor respecto de la incapacidad (es una incapacidad de un solo instante, pero siempre incapacidad).

El legislador de 1942 da un paso adelante en comparación con sus grandes interlocutores –los demás códigos–, y se inserta en la línea evolutiva justa, que será confirmada en las décadas venideras. Es un notario atento... ¿ha sido lo mismo, empero, en todos los casos?

En el derecho romano, los actos son muchos: los distintos contratos, sí, pero también la *traditio*, pero también –hasta cierto momento histórico– la *mancipatio*. El Code Napoléon reduce las cosas e ilustra un único acto bilateral: el contrato.

En el contrato confluye todo, especialmente, el acto traslativo de propiedad. Existe el contrato, y no hay más. La generalidad misma de esta categoría hace que sea menos urgente, en Francia, la edificación de una doctrina que pueda paragonarse a la doctrina del “negocio”, que triunfará en Alemania.

En 1865, el único acto bilateral será el contrato; en 1942, el único acto bilateral seguirá siendo el contrato: hijo primogénito e hijo único, aparentemente, procreado por la figura de los actos negociales bilaterales *inter vivos*.

Pero ¿es cierto que el contrato –categoría primogénita– es también una categoría única?

Las relaciones de hecho preexisten al año 1942. La sociedad de hecho estaba muy difundida en aquel entonces. Y el legislador de 1942 escribe en letras claras que pretende erradicar la sociedad de hecho. El solo silencio del legislador es suficiente para acabar con una regla, pero el legislador de 1942 hace algo más y dice, en voz alta, que quiere eliminarla. Bastan pocos años para que el derecho se imponga sobre el código: la sociedad de hecho se muestra en toda su pompa, entonces, al observador del fenómeno jurídico. Pero ¿acaso existe sólo la sociedad de hecho en nuestro ordenamiento? Existe, ciertamente, la relación de trabajo de hecho. Pero ¿qué otras relaciones de hecho son acalladas por el código, aunque estén vivas en la práctica, y sean reconocidas por la justicia que opera en el mundo jurídico?

Ese modo de aceptación del contrato que está previsto en el artículo 1327^{xii}, nos muestra suficientemente las posibilidades implícitas del acto simple, de tipo no-negocial, no-declarativo. Y la vida cotidiana ha hecho muy evidente para todos, antes de la reforma del derecho de familia, la sociedad de gananciales tácita entre los cónyuges, que es una relación de hecho. La vida campestre nos revela la *collatio agrorum rusticorum*, que el Código no prevé, pero que es también un contrato de hecho.

El legislador ha demostrado, entonces, no saber verlo todo.

Y hay algo más, de mayor generalidad aun, que el legislador tampoco ha visto, a pesar de que no le faltaban las indicaciones, a pesar de que existían personas que trabajaron en la redacción del Código que habían vivido, en carne propia, significativas aventuras de la transformación jurídica.

¡El principio de la apariencia! Puede decirse que la jurisprudencia, en la rama civil, inaugura su función creativa en Italia (función que, obviamente, es posterior al momento de la unificación de las Corti di Cassazione) dando vida a esta figura: es decir, a la regla general de apariencia. Aquel que, con culpa, crea una situación equívoca de apariencia, no puede oponer el verdadero estado de cosas al tercero que de buena fe, y sin culpa,

^{xii} Nota del traductor: Código Civil italiano: “1327. Ejecución antes de la respuesta del aceptante.- Cuando a pedido del oferente, o por la naturaleza de la operación según los usos, la prestación debe ejecutarse sin una respuesta previa, el contrato se tiene por celebrado en el momento y en el lugar en que ha tenido inicio la ejecución.

El aceptante debe dar pronto aviso de la ejecución iniciada a la otra parte y, en caso de omisión, está obligado al resarcimiento del daño”.

Esta norma ha sido copiada, si bien imperfectamente, en el Código Civil peruano: “Artículo 1380.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios”.

hubiere creído en tal situación de apariencia. Esta es una regla jurisprudencial; quizás la primera, en orden temporal, en la vida del derecho italiano; su aparición es tan extraña que la doctrina, a partir de entonces, cuando ha hablado de apariencia, lo ha hecho para analizar el “concepto” de apariencia, y ha evitado así, en alguna medida, hablar de la regla positiva; ello se debe a que la doctrina, hasta hace poco tiempo, sabía que era estéril – ella misma– si replicaba frontalmente una creación jurisprudencial; además, no estaba entrenada para presentar la creación jurisprudencial en el plano en que se acostumbraban presentar creaciones legislativas o (mucho más frecuentemente) doctorales-legislativas.

En 1942, la doctrina de la apariencia ya había echado raíces profundas. Tal evolución había sido propiciada por un personaje que se puede identificar con nombre y apellido: Mariano D’Amelio, primer presidente de la Corte di Cassazione, autor de dicha solución, que él hubo de ilustrar en importantes obras doctrinales (no en libros^{xiii}, porque la doctrina no sólo está hecha de libros).

Mediante su silencio, el Código realiza el “reglicidio” de la apariencia. Pero el problema, el conflicto, se vuelve a presentar a la suprema Corte di Cassazione. Los personajes del conflicto van armados: la doctrina está armada, el Código está armado, y también el juez dispone de un arma: la expresión “Como esta Corte ha resuelto numerosas veces”^{xiv}. El discurso prosigue, entonces. La argumentación guarda silencio sobre un detalle: que entre la situación anterior y el caso presente ha entrado en vigor un código civil. El Código no dice nada, por cierto, sobre la regla de la apariencia, y en dicho aspecto se le podía considerar ausente; el único dueño de casa en esta oportunidad, por lo tanto, iba a ser el juez.

La figura primogénita: el contrato mediante declaraciones, el contrato “negocio”. Las figuras hermanas menores: la relación de hecho, la apariencia. Un legislador que no ha previsto. ¿Hemos de reprobarlo por ello? No se reprueba una decisión de ayer con el saber de hoy.

^{xiii} Nota del traductor: La referencia es a D’AMELIO, Mariano. “Sull’apparenza del diritto”. En: *Monitore dei tribunali*. 1934. p. 521 y siguientes; “L’apparenza del diritto nella giurisprudenza francese”. En: *Monitore dei tribunali*. 1934. p. 641 y siguientes; voz “Apparenza del diritto”. En: *Nuovo Digesto italiano*. Vol. I. Ed. Torinese. 1937. p. 550 y siguientes.

^{xiv} Nota del traductor: “Come questa Corte ha numerose volte deciso”, en el original. En algunos países de habla castellana se emplea la expresión, más breve, “es jurisprudencia de esta Corte” o “de este Tribunal”.

EL CÓDIGO CIVIL DE 1984: ¿VEJEZ PREMATURA O PREMATURA DECLARACIÓN DE VEJEZ? REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL PAPEL DEL CONTRATO EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN ORDEN SOCIAL LIBRE

Fernando de Trazegnies Granda*

El autor hace un interesante e ilustrador análisis acerca del papel de la regulación de los contratos en el ordenamiento civil peruano partiendo de la idea según la cual éstos constituyen un instrumento más del Derecho para satisfacer las necesidades individuales y colectivas de las personas dentro de una sociedad libre. De esta manera, considera que la regulación de los contratos no es por sí misma determinante para considerar al ordenamiento como uno anacrónico, sino que se debe formar a los operadores del derecho para que utilicen sus instituciones de tal modo que sean compatibles con la economía de mercado que pretendemos instaurar en el país.

* Miembro del Comité Consultivo de THEMIS - Revista de Derecho. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Una vieja historia sufí cuenta que el Mullah Nasrudin era un hombre muy especial. En su pueblo lo tenían por tonto; pero sucede que para los sufíes el sabio pasa muchas veces por tonto y por eso llaman a su enseñanza “sabiduría de los idiotas”. Sucedió un día que Nasrudin se paseaba por el pueblo en su burro, pero estaba sentado mirando el anca en vez de sentarse en dirección a la cabeza del animal. La gente comenzó a reírse y él preguntó de qué se burlaban. Hombre, le dijeron, ¿pero no te das cuenta de que estás sentado mirando atrás? Nasrudin volteó a ver cómo efectivamente la cabeza del burro estaba a sus espaldas, consideró atentamente la situación y luego se echó a reír también, comentando: “pero qué tonto es este burro... ¡cómo no se ha dado cuenta de que está al revés!”.

A veces, cuando escucho decir que el Código Civil de 1984 ha envejecido demasiado rápidamente, me pregunto si es el Código el que ha envejecido o si somos nosotros, los juristas de veinte años después, quienes no sabemos o no queremos hacerlo vivir de acuerdo con los tiempos: no es tan claro si la culpa de la descolocación está en el Código o en los Nasrudines juristas.

II. EL CONTRATO Y LA SOCIEDAD LIBRE

La pregunta es particularmente relevante cuando nos referimos al régimen jurídico contractual porque éste es uno de los principales elementos de construcción de una sociedad libre, ya que constituye la expresión misma de esa libertad individual que está –o debiera estar– en el origen del acuerdo social.

Una sociedad libre y moderna no toma como base a la sociedad y desde ahí parte para construir una noción de hombre sino, por el contrario, parte del hombre mismo, de usted, de mí, de cada una de las personas que nos rodean consideradas en tanto que cada una de ellas es el asiento de la libertad. En última instancia y sin perjuicio de la importancia enorme de la interacción social para el desarrollo del individuo, no cabe duda de que el hombre es una unidad en sí mismo: nacemos solos y morimos solos. Podemos acercar enormemente la intimidad de dos personas pero ello no quita que ambas son dos personas distintas y que cada una de ellas se reconoce como tal dentro de la relación.

Esas personas individuales y concretas que componen la abstracción que llamamos humanidad se caracterizan por la capacidad de actuar por su cuenta, por la capacidad de escoger aun cuando no fuera sino mentalmente. La vida es movimiento, es decisión, es cambio. El hombre que carece en forma absoluta de

movimiento, de acción, de decisión, ya no es un hombre: es un cadáver. La muerte es el fin de toda acción. Y no se trata de una acción cualquiera, no se trata de una acción mecánica como la que se produce en los cuerpos inertes, sino de una acción libre que le permite ir definiéndose a sí mismo. Por eso, no es que el hombre tenga libertad sino que es libertad.

Evidentemente esa libertad a la que nos referimos no es una entelequia ni una utopía ilusa, no es la posibilidad de decidir cualquier cosa sino de decidir entre las alternativas que nos ofrece la realidad: es una libertad situada. Pero notemos que la situación establece los parámetros entre los que se puede escoger pero no determina mecánicamente lo que va a suceder. Siempre, aun dentro de alternativas muy apretadas, el hombre escoge. Nuestras conductas no se producen como meras consecuencias ciegas de la relación entre causa y efecto sino que en todo momento interviene la libertad que decidirá cuál será nuestra próxima situación dentro de lo posible.

III. LA CONCEPCIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

El contrato, dice el artículo 1351 de nuestro vituperado Código de 1984 es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Esto significa que el contrato es el instrumento de la opción en el plano patrimonial, es el canal de la libertad de acción a la que antes me he referido. Esta opción libremente convenida se convierte así en ley entre las partes ya que crea un orden jurídico *ad hoc*, que es producto de la conjugación de dos o más libertades. De ahí que la autonomía de la voluntad sea la piedra angular y la esencia del contrato: un contrato impuesto no es un contrato; tan simple como eso.

El Código de 1984 reconoce esta naturaleza esencialmente libre del contrato privilegiando su carácter consensual. Es así como el Código garantiza la autonomía de la voluntad estableciendo que las partes determinan libremente el contenido del contrato (artículo 1354). Obviamente, la ley, en razón del interés general, puede prohibir que se pacten determinadas prestaciones. Por ejemplo, puede y debe prohibir el contrato de los servicios de un asesino a sueldo. Pero prohibir no es anular la libertad sino encauzarla: ni aún la ley puede obligar a suscribir un contrato; apenas puede impedir que se suscriba. De este predominio de la voluntad libre y concertada como elemento formativo del contrato se deriva que las disposiciones de la ley en esta materia tengan en principio que ser simplemente supletorias de la voluntad de las partes (artículo 1356), considerándose que las leyes imperativas son verdaderamente excepcionales.

Por otra parte, dentro de la concepción moderna del Derecho que reposa cada vez más en formalidades lógicas antes que materiales, el Código reduce casi a una excepción la necesidad de que la expresión del acuerdo revista una forma material específica. En principio, el contrato se perfecciona simplemente con lo que es su elemento esencial: el consentimiento de las partes. No importa la forma material a través de la cual éste se exprese (artículo 1352). En otras palabras, para transferir la posesión de un bien inmueble ya no hace falta revolcarse en el suelo y cortar ramas dentro del predio como en la época romana sino que basta que pueda probarse de cualquier manera que hubo consentimiento, es decir, que dos voluntades libres coincidieron en establecer entre ellas un cierto sistema de derechos y obligaciones. La forma es solamente *ad probationem* y no *ad solemnitatem* como en los antiguos contratos romanos y aún los medievales.

Este respeto por la voluntad de las partes conlleva que no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones (artículo 1359) ya que es solamente la libertad entendida como una opción racional, integral y coherente que da lugar al nacimiento del contrato y, por tanto, crea las obligaciones recíprocas.

Consecuente con esta teoría liberal del contrato, el Código dispone también que sus estipulaciones deben interpretarse de acuerdo a la buena fe y a la voluntad de las partes (artículo 1362). Y para que la interpretación responda a la regla antedicha, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (artículo 1361), es decir, hay que ceñirse a las palabras o sistema de significaciones mediante las cuales se expresa la voluntad concordada. Y además se presume que esa declaración expresada responde a la voluntad de las partes, salvo que quien alegue lo contrario pruebe que no hay tal correspondencia (artículo 1361). Una vez más, lo que prevalece es la voluntad libre de las partes.

Estos son los principios generales que establece el Código de 1984 en materia de contratos. Cuando hablamos de principios generales queremos decir los principios básicos, la quintaesencia de la doctrina del contrato. Como puede apreciarse, el contrato ha sido concebido por los legisladores de 1984 como una expresión de la llamada autonomía de la voluntad o libertad contractual que permite a los individuos ir diseñando su entorno social a través de ciertos actos de ejercicio de la libertad personal que llamamos contratos y que van determinando sus obligaciones y derechos en el plano de las relaciones privadas.

Me parece innecesario entrar en una discusión sobre si la autonomía nace de una delegación del poder

jurídico o si tiene su origen en el Derecho Natural que consagra ciertos derechos subjetivos del ser humano anteriores y superiores al Estado.

Creo que no cabe la menor duda –y es parte de nuestra experiencia cotidiana– que solamente tenemos los derechos que nos son reconocidos por el orden jurídico dentro del que vivimos. Pero eso no significa que el orden jurídico impuesto por el Estado pueda ser evaluado al margen de los objetivos que ese Estado se propone realizar y del modelo de sociedad que los hombres quieren darse a sí mismos. En otras palabras, el orden jurídico no puede ser juzgado en abstracto, desde el interior de una cápsula académica a la que llamamos Derecho, sino que tiene que ser apreciado dentro de un contexto más amplio que incluye una visión política y económica de la sociedad. Desde ese punto de vista, el Estado no puede imponer cualquier orden jurídico sino uno que sea coherente con los ideales que la comunidad de los hombres que forman ese Estado quiere realizar. Y a partir de ahí, surge una orientación clara a la tarea legislativa y a la judicial para actuar con coherencia dentro del modelo escogido.

Es por ello que no se puede tomar partido por la libertad contractual o por la intervención del Estado, como si se tratara de posiciones finales y opuestas. En primer lugar, tenemos que definir el tipo de sociedad en el que queremos vivir. Y a partir de ahí construiremos el Derecho contractual sobre la base de una mayor o menor libertad contractual, de una mayor o menor intervención del Estado, según la opción política y económica que hayamos asumido socialmente.

Por tanto, si creemos que el hombre tiene una libertad esencial –mejor aún, que el hombre es libertad– los derechos que nos otorgue el Estado a través de la ley y de las decisiones judiciales tienen que ser conformes con esa libertad básica y deben orientarse a promoverla y a protegerla, incluyendo una protección contra sí misma. Es decir, si adoptamos los principios filosóficos que conducen a una sociedad liberal y a una economía de mercado, el orden jurídico no puede, bajo el pretexto de que la obligatoriedad del contrato proviene de la ley, interferir en la formación de la voluntad de las partes, distorsionar la forma como los contratantes perciben sus ventajas y costos y sustituirse a las partes en interpretaciones derivadas presuntamente no de lo que realmente quisieron y expresaron las partes sino de lo que debían haber querido para que el contrato fuera justo o equitativo.

Esta posición político-jurídico-social no implica tampoco que el Estado se aparte totalmente de la regulación de los contratos. La libertad, para que pueda subsistir como tal, debe organizarse en un orden. Y el Estado interviene precisamente para garantizar ese

orden, es decir, para garantizar la libertad misma. Esto lo puede llevar a prohibir ciertas conductas, más raramente lo puede llevar a obligar otras. Pero siempre con la mira no de realizar fines ajenos y superiores al individuo sino de permitir que el individuo pueda lograr mejor sus propios fines y metas, ejercer de manera más plena su propia libertad. Aun cuando parezca una paradoja –pero es una paradoja que está en el corazón del pensamiento liberal y que constituye su entraña– la libertad no puede ser limitada sino en nombre de la propia libertad.

La discusión entre el positivismo y el iusnaturalismo – con la intervención de varios otros “ismos” intermedios o paralelos– ha sido utilizada (sobre todo, en los medios académicos jurídicos) sea para defender la libertad, sea para defender el dirigismo o intervencionismo del Estado en el contrato. Sin embargo, me parece irrelevante: no importa si es la ley quien consagra la autonomía de la voluntad o si ésta procede de un Derecho Natural o hasta Divino; sea como fuere y cualquiera que sea el fundamento de su legitimidad, la autonomía de la voluntad preside nuestro sistema contractual.

IV. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Sin embargo, dado que el contrato vive en el interior de una sociedad organizada bajo la forma de un Estado, no cabe duda que el orden estatal, si bien establece una suerte de ínsulas de normatividad propia que llamamos contratos, no puede ser totalmente ajeno a sus regulaciones y de alguna manera tiene que gobernar el archipiélago. Es en este sentido, que el Estado no puede dejar de tener presencia de una forma u otra dentro de este espacio eminentemente privado. Por ello, afirmada la doctrina de la autonomía de la voluntad como elemento central de la contratación, es importante examinar esas formas excepcionales por las cuales el Estado interviene en razón de intereses y valores de carácter social que sobrepasan la voluntad de las partes.

1. Los contratos celebrados por los particulares con el Estado

Quizá debamos comenzar por los contratos que celebran los particulares con el Estado.

En principio, los contratos con el Estado se rigen exactamente por los mismos principios que los contratos entre particulares. El Código Civil no contiene un régimen especial de contratos con el Estado; y si bien el Derecho Administrativo tiene alguna participación en esta materia, ella se limita –o debería limitarse– a las condiciones administrativas en las que se forma la voluntad de esa parte que llamamos Estado,

pero sin interferir en la creación ni en la ejecución de la voluntad contractual. Apenas el artículo 63 de la Constitución establece, prosiguiendo la tradición de la doctrina Calvo, que en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática; pero permite una excepción de la jurisdicción nacional para los contratos de carácter financiero. A renglón seguido, la misma Constitución abre más la puerta jurisdiccional cuando establece que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor, así como también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Sin embargo, el Código de 1984 introduce una novedad en esta materia con los llamados “contratos-ley”. El artículo 1357 crea ciertos contratos especiales que combinan el poder de la ley con el poder de la voluntad de los contratantes. En realidad, casi podríamos decir que se trata más bien de “leyes-contrato” porque, aunque la materia de estos pactos corresponde exclusivamente al derecho de imperio de los Estados (como todo lo relativo a la tributación), el Código permite que, si existe autorización legal sustentada en razones de interés social, nacional o público, el Estado pueda someter tales materias también al régimen contractual, dejando al Estado sólo como contratante y otorgando consecuentemente a este contrato todas las garantías del Derecho contractual. En otras palabras, lo que era materia de una ley y que, por tanto, podía ser modificado por otra ley posterior, se convierte en material contractual y así el Estado se autolimita contractualmente y ya no puede intervenir imperativamente por cuanto las leyes no se aplican retroactivamente a los contratos anteriormente celebrados. Este tipo de pacto es particularmente útil para otorgar la estabilidad tributaria que requiere una gran inversión.

La Constitución de 1993 ha ratificado la legalidad de estos contratos introduciendo además una aclaración esencial a este régimen de contratos ley al resaltar el hecho de que si bien están basados en una ley, tienen también la naturaleza de contratos. En ese sentido, dice expresamente la Constitución con relación a quienes gozan de esos beneficios contractualmente, las normas anteriores que los benefician no pueden ser derogadas por otra disposición legislativa, como ocurriría con cualquier ley; su naturaleza contractual les otorga la garantía contra toda modificación por leyes y otras disposiciones que contempla el primer párrafo de ese mismo artículo constitucional.

2. La intervención directa del Estado en los contratos entre particulares

En principio, una intervención directa del Estado en los contratos está excluida dentro del ordenamiento jurídico peruano: tanto la Constitución como el Código protegen lo que alguna vez se llamó –a mi juicio, en forma enfermizamente religiosa– la “santidad de los contratos”.

El artículo 62 de la Constitución es muy claro al decir que los particulares pueden pactar válidamente en ejercicio de la libertad a la que tienen derecho y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Sin embargo, esta libertad contractual no significa que las partes puedan pactar cualquier cosa ya que existen siempre los límites del orden público y las buenas costumbres.

La misma Constitución de 1993, cuando establece la garantía de la libertad de contratar, la califica con la frase “según las normas vigentes al tiempo del contrato”. El artículo 1354 del Código Civil, al referirse a esa misma libertad, la limita en el sentido de que el pacto no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Sin embargo, estas restricciones, si están fundadas precisamente en las necesidades organizativas de un orden social libre, no pueden ser objetadas en nombre de la libertad contractual: como decía Kant, las restricciones a la libertad para asegurar la libertad no son restricciones sino formas de liberar la libertad de los estragos que pueda causarse a sí misma debido a una práctica desordenada.

La regla del artículo 1354 ha dado lugar a jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de que no sólo la formación del contrato debe ceñirse a lo dispuesto por las reglas vigentes al tiempo del contrato sino que, como consecuencia de ello, sus cláusulas deben también interpretarse posteriormente de acuerdo a tales normas vigentes en ese entonces (Casación 1132-2002. Lima, 31 Enero de 2003). De esta forma, la Corte Suprema ha confirmado que los contratos no pueden estar sujetos a intervenciones legales del Estado que se produzcan durante su ejecución, ni aun por la vía de la interpretación.

La norma más discutible del Código Civil en este sentido es el artículo 1355 que dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Sin embargo, si la analizamos dentro del contexto de las normas del

Código en materia de contratos, queda claro que se trata de una autorización de carácter excepcional, es decir, que sólo funciona en situaciones extraordinarias: las situaciones ordinarias están regidas por los principios generales de la concepción del contrato en nuestro Código y que se basan en un respeto de la autonomía de la voluntad.

3. La intervención indirecta del Estado

Ahora bien, como vemos, el Código Civil de 1984 no permite en forma general una intervención del Estado en los contratos, ya sea para crear obligaciones, modificarlas o extinguirlas. Por consiguiente, las intervenciones explícitas no son posibles legalmente, salvo en casos muy excepcionales. Pero existen formas de que la intervención estatal se produzca en forma encubierta, con resultados muy efectivos.

Para ello, el Estado no recurrirá a ningún medio jurídico para modificar la voluntad de las partes plasmada en el texto del contrato sino que procederá a atacarla o a debilitarla mediante un rodeo.

Como es obvio, el Estado tiene una capacidad de acción persuasiva y disuasiva muy grande a través del inmenso poder que puede ejercer sobre el ciudadano, particularmente en países como el nuestro donde las instituciones funcionan en forma muy politizada y las presiones del Gobierno pueden ser muy efectivas porque las protestas y respuestas jurídicas del sector privado contra ellas tienen muchas dificultades para enfrentar con éxito tal presión política.

Es así como no se puede modificar los contratos leyes que otorgan estabilidad tributaria a ciertas empresas al amparo de lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución y del artículo 1357 del Código Civil. Sin embargo, el Estado puede recurrir a múltiples mecanismos para hacer la vida imposible de esas empresas y, de esa manera, por cansancio, obligarlas a negociar una modificación del contrato ley.

Evidentemente, uno de los métodos más efectivos es someter a la empresa a un acoso de inspecciones estatales, sean éstas tributarias, ambientales o sobre el cumplimiento de un sinnúmero de reglamentos menores. Otro método, menos agresivo pero igualmente muy efectivo, es el que pudiéramos llamar de “resistencia pasiva”: las dependencias del Estado demoran infinitamente todos los trámites regulares, hacen muy lentos los procedimientos para otorgar autorizaciones de aspectos específicos y, en general, irritan a la empresa privada escudándose en un burocratismo condenable, pero aparentemente inocente por cuanto pasa como un mal endémico dentro de la organización estatal.

A todo ello debe agregarse otro tipo de intervenciones políticas que no provienen necesariamente del Gobierno sino que conforman el Estado en sentido amplio, desde el Congreso o desde la opinión pública. Estas acciones apelan también a la técnica de promover el cansancio, utilizando los medios informativos a su alcance para llevar a cabo la tarea de demolición paulatina de la moral privada. Recientemente, hemos visto el nacimiento de una nueva técnica que consiste en levantar pobladores, pueblos enteros, comunidades campesinas y otros actores locales para realizar una campaña que haga la vida imposible a una empresa que tiene que enfrentarse día a día con manifestaciones callejeras, bloqueo de las carreteras que llevan a su lugar de explotación, pintas y amenazas del tipo terrorista y hasta declaraciones de las autoridades locales y regionales.

4. Intervencionismo judicial

Paralelamente a las amenazas de intervencionismo político, encontramos algunas instituciones del Derecho Civil—unas tradicionales y otras innovadoras— que abren una rendija al intervencionismo judicial, perforando el hermetismo de la autonomía de la voluntad.

a. La lesión

Quizá la primera que debemos tratar por la antigüedad de su existencia dentro de los sistemas jurídicos romanistas es la lesión.

Esta institución, como la conocemos ahora, es una acción rescisoria, es decir, declara que el contrato no tiene efecto por vicio en su nacimiento. Y, según hemos visto, el nacimiento del contrato se produce con el acuerdo de voluntades. Por consiguiente, la lesión se funda en un vicio en el acuerdo mismo que lo invalida. Ese vicio tan grave como para llevar a que se considere que no hubo verdadero acuerdo de voluntades consiste en una desproporción económica entre las prestaciones recíprocas pactadas.

En realidad, la lesión equivale a un vicio de la voluntad; pero no es un vicio en el plano del ser sino en el plano del deber ser. No es que, como en el caso del dolo o del error o de la intimidación, esa voluntad no existía. En el caso de la lesión, la voluntad existía pero no debiera haber existido.

La lesión es una institución que viene desde muy antiguo, desde el Derecho romano. En Roma se concedía la posibilidad de invocar la lesión solamente en los contratos de compraventa de predios rústicos y urbanos y solamente al vendedor. El Derecho medieval español amplía la acción de lesión otorgándosela también al comprador. El Código Napoleón, en cambio,

fiel a la tradición romanista y dado que toma al propietario como la piedra angular de la sociedad, regresa a la lesión exclusivamente como protección a ese vendedor propietario que podía ser engañado por el comprador comerciante. Nuestros Códigos Civiles de 1852 y de 1936 (artículo 1439) conservaron esta versión estrictamente limitada de la lesión. Sin embargo, el Código de 1984 la amplió a todos los contratos, concedió la acción a cualquiera de las partes contratantes e introdujo un elemento de subjetividad propio del Derecho alemán en el sentido de que hay que agregar a la desproporción el requisito de que ésta hubiera tenido lugar aprovechándose la necesidad de la contraparte.

En verdad, podríamos decir que la lesión no solamente es una institución antigua sino que pertenece más a la antigüedad que a nuestro tiempo. En otras palabras, es una subsistencia patógena dentro del Derecho moderno de una institución que se justificaba dentro de un contexto económico-social fundamentalmente diferente.

Este carácter anacrónico salta a la vista si se tiene en cuenta que para establecer que una prestación es tantas veces mayor que la otra es preciso tener un precio objetivo de cada una de ellas. Sin embargo, en la sociedad de mercado, por definición, no existen precios establecidos: no hay precios definidos oficialmente por el Gobierno u otras instituciones, como tampoco hay un “precio justo” al que normalmente tengan que referirse los comerciantes. En la sociedad de mercado, el precio se fija por los contratantes en cada contrato. Y todo vendedor trata de colocar el precio más alto posible que permita el mercado, es decir, con el único límite que no ahuyente a los compradores y los induzca a buscar el producto de la competencia. De manera que el tope del precio dentro de la sociedad moderna no está dado por un elemento moral ni legal sino por la competencia.

¿Qué ha hecho, entonces, el Código de 1984 para encontrar un precio de referencia dentro de una sociedad de mercado? Si bien no lo define con precisión, el artículo 1449 indica que la desproporción se apreciará según el valor que tengan los bienes o servicios que son objeto de la prestación al tiempo de celebrarse el contrato. La única forma de entender esta regla es presuponiendo que el promedio del valor del mercado es un “precio justo”. Sin embargo, notemos que esta presuposición es absolutamente contraria a las leyes de la economía de mercado. Porque el llamado valor de mercado debe ser el resultado de las transacciones libres, sin limitación de precios, efectuadas por los actores comerciales; y no al revés. Son las transacciones individuales, cada una de ellas, lo que forma el valor de mercado y no el valor de mercado que forma el precio de cada

transacción. En otras palabras, no se puede imponer a una transacción el precio promedio de las transacciones diarias porque dado que dicho valor promedio tiene que ser el resultado de sumar transacciones libres, tal imposición en camino inverso distorsionaría el propio mercado.

Ahora bien, el Código Civil peruano de 1984, siguiendo la línea del Código Civil italiano, ha tratado esta institución con una cierta ambigüedad conceptual. De un lado, toma nota que es un arcaísmo y por ello pretende hacerla de muy difícil aplicación. Es por ello que ha introducido la idea de que sólo hay lesión cuando hay aprovechamiento de la necesidad apremiante de la contraparte. De otro lado, sin embargo, el Código de 1984 ha rebajado el monto mínimo exigido para la desproporción que prescribía el Código Civil peruano de 1936 (artículo 1439) y el propio Código italiano tomado de modelo (artículo 1448) de la mitad a sólo las dos quintas partes (artículo 1447 del Código Civil peruano de 1984).

Si a ello agregamos que, dentro de la misma línea de facilitación –y esta vez inspirándose en el Código italiano (artículo 1448)– ha ampliado el campo de alcance de la lesión a todos los contratos y que otorga la acción a cualquiera de los contratantes, nos encontramos que una defensa de la propiedad y del propietario anticuada y contradictoria con el mercado pasó a ser una defensa de todo derecho transferible, sin perder su carácter de anticuada y difícilmente compatible con la economía de mercado.

b. La excesiva onerosidad de la prestación

Hay otra importación de la legislación civil italiana que pudiera afectar la voluntad original de las partes y esa es la excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1467 Código Civil italiano).

Esta institución incorporada por el Código Civil peruano de 1984 pretende cubrir una situación que, en algunos casos excepcionales, puede resultar injusta por cuanto se crea una desproporcionalidad no ya en la intención original de las partes sino con posterioridad a ella, alterando gravemente las circunstancias. La situación puede presentarse en los contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo. La norma del Código

peruano (artículo 1440) dispone que, en tal caso, es posible modificar la prestación acordada si ésta llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

La excesiva onerosidad de la prestación es la versión italiana de la teoría de la imprevisión que fue creada por la jurisprudencia administrativa francesa sobre la base del principio medieval del *rebus sic stantibus* para situaciones verdaderamente excepcionales. En el Derecho Civil, la imprevisión tuvo poca acogida durante el siglo XIX. Sin embargo, las grandes guerras europeas del siglo XX produjeron, como explica Osterling, graves alteraciones sociales, políticas y económicas, que condujeron a severos desquiciamientos contractuales e institucionales, obligando a la legislación circunstancial y de emergencia a restablecer una equidad elemental¹. Es entonces que, a partir de las leyes de circunstancias se pretende derivar principios y organizarlos como institución del Derecho Civil que justifique la intromisión del juez en el contrato. Pero, salvo situaciones tan apremiantes como esa, los Tribunales europeos y norteamericanos, con ciertas variaciones, pero siempre dentro del rango del más alto rigor, no aceptan la intervención del Juez en la materia misma del contrato.

La jurisprudencia civil en Francia rechazó en forma tajante esta posibilidad. Como lo dijo la Corte de Casación de Francia en el caso Craponne: “en ninguna circunstancia corresponde a los tribunales, por más equitativa que ello pudiera parecerles, tomar en sus decisiones la consideración del tiempo como circunstancia para modificar los convenios entre las partes y sustituir con cláusulas nuevas aquellas que habían sido libremente aceptadas por los contratantes”².

Alemania y Suiza acogieron la teoría de la imprevisión, pero sólo jurisprudencialmente bajo el nombre de “modificación de la base contractual” y tratándola con toda precaución. En Estados Unidos, el principio del cumplimiento ha sido siempre estricto: ni siquiera la imposibilidad exime de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación; en ese caso cuando menos se pagan daños y perjuicios porque, a diferencia de nuestro Derecho contractual, la falta de culpa no excusa el incumplimiento de la obligación³. Hoy en día los tribunales norteamericanos han acogido en forma

¹ OSTERLING PARODI, Felipe. “La revisión de los contratos por el Poder Judicial”. En: Colegio de Abogados de Lima, Las nuevas orientaciones del Derecho. Lima. 1965. p. 127.

² Arrêt de principe du 06.03.1876 Canal de Craponne : “dans aucun cas, il n’appartient aux tribunaux quelque équitable que puisse leur paraître leur décision de prendre en considération le temps comme circonstance pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants”.

³ SCHRABER, Gordon D. y Claude D. ROWHER. “Contracts”. Minnesota: West Publishing Co. 1990. p. 365. El principio general según el Restatement es el siguiente: “Contract liability is strict liability. It is an accepted maxim that pacta sunt servanda, contracts are to be kept. The obligor is therefore liable in damages for breach of contract even if he is without fault and even if circumstances have made the contract more burdensome or less desirable than he had anticipated” (Restatement, Second, Introductory Note to Chapter 11).

absolutamente excepcional una teoría llamada de la impracticabilidad y de la frustración de propósito; sin embargo, aun en esos casos, el obligado queda liberado de su obligación, pero paga daños y perjuicios⁴.

Ahora bien, todas estas tentativas de sobrepasar el principio de *pacta sunt servanda* han respondido a estímulos sociales de suma gravedad. Italia es el primer país que incorpora la imprevisión en su Código Civil bajo el nombre de excesiva onerosidad de la prestación; y luego lo hacen Uruguay y el Perú. Dado ese carácter extraordinario y prácticamente catastrófico de las circunstancias que dan origen a una cierta excusa basada en el desequilibrio posterior a la formación de la voluntad, nosotros deberíamos proceder con extrema prudencia y con el mismo nivel de exigencias y dentro de la misma radicalidad de situaciones, que en los países que tienen una economía de mercado desarrollada. Resulta curioso que el Perú, un país que recién está aprendiendo a vivir una economía de mercado, sea de los primeros que ha incluido en su Código una institución tan complicada y de uso tan particular. No está mal que seamos innovadores y tengamos una institución que se coloca en los bordes de lo permisible dentro de la teoría económica prevaleciente; pero deberíamos estar muy alertas para no usarla con criterios ajenos y anteriores a la economía de mercado que todavía predominan en muchos ambientes.

Un detalle importante a señalar es que el legislador italiano no se atrevió a meter las manos dentro del contrato mismo ni aun en caso de excesiva onerosidad subsecuente: la solución que prevé para esta situación es la resolución del contrato (artículo 1497 Código Civil italiano), pero de ninguna manera ponerse a inventar nuevas cláusulas que él considere más justas para las partes. En cambio, el legislador peruano fue más lejos y admitió que el juez pueda sustituirse a las partes en la creación o modificación de obligaciones, al facultarlo para aumentar o reducir la prestación. En otras palabras, ante una situación de esta naturaleza, el legislador italiano le dice al juez: "Se justifica poner fin a este contrato"; en cambio, el legislador peruano le dice: "Entre usted dentro del contrato y establezca a nombre de las partes una cláusula más adecuada en las circunstancias actuales que la que las propias partes convinieron en su oportunidad".

5. Intervención propiciada por la doctrina

Sucede finalmente que la intervención del juez en el contrato puede producirse no sólo porque la ley le abre

una ventana de acceso sino también porque la doctrina impulsa al legislador o al juez a forzar los principios contractuales vigentes.

Este impulso puede venir en forma aparentemente anodina como la de darle a una norma del Código un alcance que va más allá de la naturaleza que le corresponde si lo interpretamos sistemáticamente.

Un ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 1335 ya antes mencionado que señala que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Esta norma no tiene aparentemente sentido porque siendo el Código Civil una ley, no hay duda de que otra ley puede modificar el Código sin que el propio Código Civil tenga que autorizar a ello. Pero lo que ha querido el legislador civilista es introducir una guía dentro del Código para que el futuro legislador sepa que hacer eso es salirse de los principios del derecho contractual que consagran la autonomía de la voluntad y que, por tanto, sólo lo debe hacer en circunstancias verdaderamente excepcionales y justificadas. Se trata, entonces, de una norma conceptualmente limitativa y no autoritativa.

Sin embargo, aunque oficialmente el Código Civil no tiene sumillas para cada artículo, ahora a los editores les gusta mucho colocarles una. La Edición Oficial de 1984 no tiene sumilla o membrete alguno artículo por artículo. Es después que ha venido esta moda –no encuentro otro calificativo– de sumillar los artículos; y las nuevas ediciones nos presentan estas sumillas como si fueran parte del Código. Cabe señalar que el *pathos* de la sumilla ha alcanzado no sólo a las ediciones privadas sino incluso a las ediciones oficiales, las que han introducido elementos en el texto del Código que no forman parte del Código mismo. Pero esas sumillas no son ley y no tienen ningún valor de obligación ni de interpretación.

Ahora bien, sucede que el artículo 1355 ha sido titulado de diferentes formas, dependiendo del editor. Hay ediciones que hablan de "Ámbito contractual"⁵. En otras, como es el caso de la Quinta Edición Oficial, el artículo citado lleva el nombre de "Regla y límites de la contratación"⁶.

Varias de estas sumillas son inocuas. Pero he encontrado otra muy difundida, incluso en Internet, que califica a este artículo como "Dirigismo contractual"⁷. Esto es muy grave porque sugiere la idea de que el sistema

⁴ SCHRABER, Gordon D. y Claude D. ROWHER. Ibid. p. 372.

⁵ CAJAS BUSTAMANTE, William. Código Civil. Texto Ordenado de Acuerdo a Edición Oficial, concordado y sumillado. Lima: Rodhas. 1995.

⁶ Edición Oficial: Código Civil. Quinta. edición. Ministerio de Justicia. Lima: Editora Perú. 1999.

⁷ MURO ROJO, Manuel. Código Civil. Lima: Gaceta Jurídica. 2002.

contractual peruano, aun cuando se declara basado en la voluntad de las partes, permite contradictoriamente un dirigismo contractual. El problema es que estas palabras van poco a poco adhiriéndose a las mentes y creando un andamio interpretativo que orienta al legislador y al juez por una dirección equivocada, como si el sistema económico social peruano no estuviera basado en la economía de mercado conforme lo establece el artículo 58 de la Constitución sino en principios socialistas y estatizantes, incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico-económico.

Por este camino, podemos llegar hasta el caso del contrato forzoso, que es el resultado no de la voluntad de las partes sino de una norma legal que obliga a crear una relación entre dos sujetos privados en materia de obligaciones y bienes igualmente privados. Como se pudo ver, los contratos forzosos afectan no sólo la libertad de determinar el contenido del contrato sino incluso la libertad de contratar o no contratar.

Morel ha llamado a estos contratos “una monstruosidad jurídica”⁸. Pienso que no es una monstruosidad jurídica *per se*, debido a que el Derecho admite toda clase de monstruos, fantasmas y otros seres extraños en la medida que responden a una concepción político-social que les da nacimiento. Pero efectivamente se trata de una monstruosidad si se lo considera desde la perspectiva específica de un Derecho liberal y de una sociedad organizada como economía de mercado. En verdad, dado que el contrato, tal como lo conocemos hoy, es una figura nacida de la modernidad e impulsada por el desarrollo del mercado libre, podríamos decir, siguiendo al profesor de la Puente, que esos “contratos forzosos” serían inconstitucionales. Pero me atrevería a discrepar en este caso del doctor de la Puente en cuanto que, a mi criterio, incluso si se presenta como mero mandato legal, sin el ropaje del contrato, no serían admisibles dentro de nuestro ordenamiento constitucional porque, dado que su materia se encuentra reservada por nuestro derecho al contrato, violarían libertades fundamentales del individuo y las bases más profundas de la libre iniciativa y de la economía social de mercado postulada por el artículo 58 de la Constitución.

Pero hay también casos más complejos de impulso doctrinal hacia un dirigismo contractual que alientan al juez a inmiscuirse dentro de ese mundo privado de la voluntad de las partes.

Recientemente ha aparecido una nueva amenaza a la estabilidad contractual y a la previsibilidad que de ella

se deriva y que es condicionante para el ejercicio de la libertad. Esa amenaza está conformada por una interpretación pretoriana de la buena fe⁹.

La buena fe clásica significó siempre un cierto nivel de transparencia en la comunicación entre las partes y también –y como consecuencia de ello– un estado de relativa inocencia. Esto quiere decir, ante todo, que las partes que negocian un contrato no mientan –esto es, que cada una crea verdaderamente lo que le dice a la otra– y que cada una ofrezca a la otra un mínimo razonable de información para estar en aptitud de tomar una decisión sobre el asunto adecuada a sus intereses.

Sin embargo, frente a esa buena fe púdica y tradicional ha surgido ahora otra acepción de buena fe que la convierte en una bomba de tiempo para destruir la voluntad libremente acordada de las partes. Mientras que la buena fe clásica era una mezcla de ingenuidad con honestidad, es decir, de unas ciertas condiciones subjetivas de transparencia y corrección, la nueva buena fe busca un referente objetivo en la conducta o decisión que hubiera debido tener ese sujeto al negociar el contrato. En otras palabras, se compara su decisión no con lo que él realmente quería sino con lo que hubiera debido querer, cualquiera que sea la forma como se determina ese deber ser. De esta manera, podemos llegar a la conclusión de que no es admisible una decisión que fue tomada por las partes en perfecta buena fe subjetiva porque esas partes no debieron haber regulado su relación recíproca de una manera que a *posteriori* el juez considera inconveniente.

Esta nueva y perturbadora doctrina ha intentado hacerse un sitio dentro del Derecho contractual calificando a la buena fe clásica como “buena fe subjetiva” mientras que ella se considera a sí misma como “buena fe objetiva”.

En realidad, esta nueva buena fe no pretende ya basar la interpretación del contrato en la común intención de las partes tal como ellas percibieron la situación sino en valores que están más allá de esa voluntad de las partes y que mediatizan o reducen esta voluntad. Esos valores pueden recibir nombres tan abstractos y generales como justicia, equidad y todas sus variantes expresivas. Ciertamente, creo que una noción que abandona escabrosamente la voluntad contractual y lo expresado por las partes para pretender un ideal superior y general, atenta contra la idea de libertad del Derecho moderno. Así, frente a la oferta y la demanda, aparece nuevamente

⁸ Citado por: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general”. Primera Parte, tomo I, Biblioteca “Para leer el Código Civil”, volumen XI. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 334.

⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando. “Desacralizando la buena fe en el Derecho”. En: Marcos A. Córdoba (Director). Tratado de la buena fe en el Derecho. Buenos Aires: La Ley. 2004.

el fantasma del “precio justo” amenazando desconocer el papel protagónico de los contratantes y distorsionando el sistema de mercado.

La Corte Suprema peruana ha intuido el riesgo de una interpretación sobre la base de una buena fe objetiva y ha establecido como principio que la buena fe y común intención de las partes a que se refiere el artículo 1362 como guía para la interpretación de los contratos “no puede ser interpretada en forma distinta a la efectiva declaración de voluntad expresada por las partes en el contrato respectivo, toda vez que ello significaría prescindir de la interpretación objetiva que todo magistrado debe observar de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico”¹⁰. En otras palabras, la Corte advierte aquí que los conceptos de subjetividad y objetividad pueden aplicarse en formas diversas y a objetos diversos; y que algunas de estas aplicaciones resultan ilegales. Así, la presunta buena fe “objetiva”, si se aparta de la declaración de voluntad expresada por las partes se convierte en un juicio subjetivo del magistrado; lo que contradice la obligación de todo juez de actuar objetivamente en la interpretación de los contratos.

V. ¿SE NECESITA UN NUEVO CÓDIGO CIVIL?

De cara frente a todas estas situaciones que afectan los contratos y la voluntad que las partes han incorporado en ellos de mutuo acuerdo, ¿podemos decir que el remedio es derogar el actual Código Civil y dar otro? Francamente creo que no.

Como resulta de lo expuesto, lo que no funciona bien a veces no es el Código sino la aplicación del Código. El Derecho es bastante más que un conjunto de leyes: es el proceso de aplicación de la ley que a su vez involucra una cierta cultura jurídica, un modelo económico, principios sociales y políticos, para no citar sino algunos de esos factores extralegales que constituyen la atmósfera y la práctica del funcionamiento del Derecho. Y esos factores no pueden ser incorporados en la ley porque el Derecho es siempre más que la ley.

Si queremos que exista estabilidad contractual y garantías para la inversión privada, lo que se requiere no es un nuevo Código sino que el Poder Ejecutivo, el Congreso, el Poder Judicial, los abogados, la opinión pública se comprometan con un modelo económico de mercado y que sean coherentes con ese modelo en sus acciones e interpretaciones.

Si el Estado no adoptara una actitud de hostigamiento para obligar a renegociar los contratos que ha suscrito

con las empresas privadas, los contratos-ley serían perfectamente estables; y ningún nuevo Código Civil va a impedir el problema del acoso político contra la empresa: sólo una cultura político-jurídica adecuada permitirá dar la seguridad necesaria al inversionista. Si la obligación de incorporar ciertas cláusulas en determinados contratos fuera utilizada solamente en casos absolutamente razonables y compatibles con la libertad del mercado, si la excesiva onerosidad de la prestación fuera utilizada sólo en casos verdaderamente excepcionales y no cuando el desbalance surja de los riesgos propios de todo negocio; si la buena fe fuera entendida como honestidad y lealtad y no como un patrón objetivo que reinterpreta la voluntad de las partes, no tendríamos problema en el funcionamiento del actual sistema jurídico que regula los contratos civiles.

Por consiguiente, todas las situaciones riesgosas para la seguridad contractual, que antes he mencionado, pueden ser contrarrestadas sin necesidad de una ley; basta una utilización prudente de las normas actuales que, en vez de volverlas contra la economía de mercado, permita utilizarlas para cubrir esos casos efectivamente extraordinarios que, por una razón u otra, escapan del mercado.

Es verdad que el artículo 1335 ha ido un poco lejos porque no se limita a prohibir ciertos pactos como lo dispone el artículo 1354 sino que se refiere a que la ley puede imponer algunas reglas para ciertos contratos. Pero nuevamente debemos advertir que la ley no puede obligar a contratar; simplemente tiene que limitarse a decir: “si usted quiere celebrar tal contrato, tendrá que incluir una regla sobre tal cosa porque así lo exige el interés social”. El eventual contratante siempre puede decir: “No, en esas condiciones no quiero suscribir ese contrato”. Como muy claramente resume Manuel de la Puente y Lavalle, en este punto, muchos autores distinguen entre libertad de conclusión y libertad de configuración. La primera es la autonomía para concluir o no un determinado contrato; en la segunda, la autonomía se refiere a la determinación de los términos del contrato¹¹. El Código peruano recorta la segunda de estas libertades –la libertad de configuración– pero en ningún caso la libertad de conclusión o libertad de contratar: no hay contratos forzosos.

Notemos que incluso esta regla del Código, aparentemente más entrometida en el negocio privado de las partes, se justifica en la existencia de situaciones que deben ser acompañadas necesariamente de ciertas obligaciones para cuidar el interés de todos y la

¹⁰ Casación 2013-T-96-LIMA, 23 de Octubre de 1997.

¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., pp. 272-275 y 327-328.

protección precisamente de una sociedad libre. Por ejemplo, la ley puede obligar a que los contratos de ventas de armas contengan necesariamente una cláusula que condicione la entrega a que el comprador haya previamente obtenido el permiso de utilización correspondiente o también la ley puede obligar a las empresas de transporte para que incluyan en sus contratos una cláusula de seguro. El caso del Seguro Obligatorio de Tránsito (SOAT), que actualmente existe en todas partes del mundo, es un ejemplo de un contrato que, si bien no es forzoso, constituye una condición para realizar una cierta actividad: nadie está obligado a contratar un SOAT; pero si no tiene SOAT no puede sacar su vehículo a la calle.

La lesión, a pesar de su anacronismo, podría tener sentido en una sociedad tan desigual en materia de información y de conocimientos como la nuestra, por lo que el mercado, en vez de funcionar adecuadamente a través de una racionalidad recíproca, puede dar lugar a casos en los que unos se aprovechen de los otros. Por consiguiente, si el juez exige una prueba contundente de que en ese caso se cumple la exigencia de la ley en el sentido de que la desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro, ello no afectaría al mercado; porque el mercado no es un sistema en el que cada persona pretende aprovecharse de la otra sino un mecanismo por el cual los intereses perfectamente informados y racionales de dos o más personas se confrontan y se concilian. En cambio, claro está, si el juez admite ligeramente este tipo de reclamaciones, el mercado se verá distorsionado; y aun cuando se haga más severo el texto de la ley, el juez tenderá a debilitarlo en la práctica si está convencido de que así procede justamente.

En el caso de la excesiva onerosidad de la prestación, notemos ante todo que no es la simple desproporcionalidad subsecuente que da origen a la modificación del contrato. En todo contrato de ejecución en el tiempo existe la posibilidad de que las circunstancias se modifiquen y que los valores de las respectivas contraprestaciones presenten variaciones que crean desproporción en las obligaciones recíprocas. Si en mi calidad de distribuidor internacional de crudo de petróleo me comprometo a entregar una cierta cantidad de barriles a una refinería a un precio igualmente determinado, es posible que antes de que se produzca la entrega el precio del barril de petróleo suba considerablemente y, por tanto, a mí me cueste adquirirlo al productor más de lo que voy a recibir como pago por la refinería. Sin embargo, eso no es una excesiva onerosidad de la prestación y no me libera ni modifica mi obligación. Se requiere que los acontecimientos posteriores sean extraordinarios e imprevisibles, y eso sucede en muy pocas ocasiones;

porque todo el mundo sabe que los precios de los productos y de las prestaciones están sujetos a la oferta y la demanda y, por consiguiente, pueden sufrir severas variaciones.

En el caso de la buena fe objetiva, dado que se trata de una concepción doctrinal y no legal, basta que esa doctrina no sea aceptada por los Tribunales sin que se requiera ley alguna para ello.

Nos encontramos entonces, conque el problema fundamental no está en la ley sino en la cultura jurídica que determina la aplicación de la ley. En un medio jurídico y económicamente inculto y movido más bien por una idea romántica de la justicia, cualquier disposición puede ser interpretada de manera que el mercado resulte afectado. Los adelantos del Derecho, concebidos en países donde tanto la población en general como los jueces son más conscientes e informados, se convierten en temibles enemigos de la libertad contractual cuando pasan al orden jurídico de países donde la administración de justicia no comparte los valores liberales o simplemente carece de una base informativa sólida.

Nos encontramos con un fenómeno inverso en los países donde el capitalismo ha logrado implantarse como un sistema generalizado. Tomando a título de ejemplo el Derecho norteamericano, vemos que ahí la cultura socio-jurídica del mercado libre ha llevado a los jueces a sentar jurisprudencia reforzando no el intervencionismo judicial sino, por el contrario, la libertad y obligatoriedad de las obligaciones contractuales. Como indicaba anteriormente, el Derecho contractual norteamericano se basa en la responsabilidad objetiva: el obligado es responsable cuando menos por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de contrato, aun cuando éste se produzca sin culpa del deudor e incluso si las circunstancias han hecho al contrato más oneroso o menos deseable de lo que se había pensado. Esta es una posición muy diferente de la del artículo 1317 de nuestro Código Civil, según el cual el deudor que no cumpla con su obligación o que cumpla parcialmente, tardíamente o defectuosamente sin culpa de su parte no sólo está exonerado de la obligación principal sino también de los daños y perjuicios. Sin embargo, me parece imposible que esa concepción estricta de la responsabilidad contractual fuera introducida en un nuevo Código Civil en el Perú porque la propuesta sería inmediatamente abominada como una monstruosidad o una irracionalidad en razón del tipo de cultura jurídica que predomina entre nosotros.

Por consiguiente, si bien es necesario a veces remozar los Códigos, no es ahí donde está el problema principal sino en la cultura jurídico-política. Los

Códigos son estructuras que duran un largo plazo y que pueden ser utilizadas y decoradas de diversas maneras a lo largo de su vigencia. Son zócalos o cimientos extensos en el tiempo sobre los cuales pueden construirse diversos tipos de edificios, adaptados a las necesidades del momento. No cabe duda de que el Derecho cambia con la historia; pero las grandes leyes no cambian a la misma velocidad que cambia la práctica jurídica. Como dice Lawrence Friedmann, los grandes sistemas legales han demostrado suficiente maleabilidad en su aplicación como para acomodarse a una gran variedad de arreglos sociales¹². Francia y Haití, dice Friedmann, participan del mismo sistema legal y del mismo idioma; pero las diferencias en cuanto a su cultura, economía y organización socio-económica dan lugar a prácticas sociales bastante diferentes¹³.

Desde la perspectiva liberal y de la economía de mercado, es importante que existan estas estructuras o zócalos jurídicos relativamente permanentes ya que es una de las formas de asegurar una cierta estabilidad que permita una relativa previsión y estabilidad consecuentemente las bases de seguridad sin las cuales la libertad individual no puede funcionar. La variabilidad de las leyes no permite realizar las predicciones que requiere el buen funcionamiento de una sociedad de mercado. Radbruch señala que si se quiere garantizar la seguridad jurídica “el Derecho positivo no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley”¹⁴.

A lo largo de sus 183 años de historia, el Perú ha tenido 21 Constituciones y Estatutos Constitucionales, lo que da un promedio de una por cada 8 años aproximadamente. Los Estados Unidos de Norteamérica en 225 años han tenido sólo una Constitución. Hay que tener en cuenta que el Código Napoleón todavía está vigente en Francia después de 200 años. Y que el Código alemán, el llamado B.G.B., está vigente desde hace 104 años y ha sobrevivido a épocas históricas tan cambiantes como el Imperio dentro del que fue promulgado, la república de Weimar con influencia socialista, el régimen nazi, la Alemania comunista (en la que fue sustituido sólo en los últimos años) y en la Alemania capitalista hasta nuestros días. En Italia, el último Código –que fue tomado en muchas de sus partes como modelo (y, en ciertas partes, como plantilla) del peruano de 1984– tiene ya 63 años.

En el Perú hemos tenido tres Códigos Civiles, pero sus períodos de vigencia se acortan vertiginosamente. El de 1852 duró 84 años, el de 1936 solamente duró 48 años y el de 1984 se le considera viejo a los 20 años; y eso sin tener en cuenta que existe una Comisión creada para dar un nuevo Código Civil desde hace catorce años.

Podría quizá decirse que Francia y Alemania conservan sus Códigos tradicionales por una suerte de frivolidad patriótica que los lleva a considerarlos casi como símbolos nacionales. Puede haber algo de eso. Sin embargo, me parece más peligrosa la frivolidad del cambio permanente, esa frivolidad de cada gobierno de turno de darse una nueva Constitución y de cada nueva generación de juristas de redactar un nuevo Código Civil.

En realidad, no hay Código perfecto: todos son perfectibles, como cualquier obra humana. Dado el amplio intercambio de conocimientos e informaciones que existe en el mundo de hoy, todos los Códigos de los países que pudiéramos llamar modernos tienen un nivel de calidad bastante similar. Difieren ciertamente en algunos aspectos, pero cualquiera de ellos puede servir para resolver de manera razonable cualquier controversia que se presente en esta sociedad occidental y capitalista, siempre que sea debidamente aplicado. Insisto, entonces, en que el problema no se encuentra tanto en el texto del Código como en su aplicación. Ello se comprueba frecuentemente al negociar los contratos internacionales: las partes generalmente no tienen mayor discusión en cuanto a la ley aplicable; en cambio, se cuidan particularmente en lo que se refiere a la jurisdicción. En un contrato entre una compañía norteamericana y el Gobierno francés, no habrá mayor inconveniente en que se apliquen las leyes de Nueva York o el Derecho francés; pero ciertamente, la compañía norteamericana no aceptará que las controversias sean juzgadas por los tribunales franceses. Si una empresa peruana y una empresa china celebran un contrato, no sería extraño que ambas aceptaran la aplicación de las leyes de Nueva York. Pero ciertamente la empresa peruana no aceptará que la jurisdicción corresponda a un tribunal arbitral constituido en La Habana porque los juristas cubanos, formados dentro de otro sistema político y sobre la base de distintos principios jurídicos, no interpretarán esas leyes como lo haría un juez de Nueva York.

Insistir en la necesidad de permanencia de los Códigos y en la relativa validez universal de cualquiera de los sistemas jurídicos civiles más importantes de nuestro

¹² FRIEDMANN, Lawrence M. “Legal Culture and Social Development”. En: Lawrence M. Friedman y Stewart Macaulay. “Law and the Behavioral Sciences”. EE.UU: Bobbs Merrill. 1969. p. 1008.

¹³ FRIEDMANN, Lawrence M. *Ibid.* p. 1007.

¹⁴ RADBRUCH, Gustav. “Introducción a la Filosofía del Derecho”. México: Fondo de Cultura Económica. 1965, p. 40.

tiempo, no implica negar la necesidad de reformas exigidas por el tiempo¹⁵. Es verdad que, desde mi posición, el espíritu reformista debe ser muy cauto y las reformas muy puntuales. Pero sin duda algunas reformas tienen que producirse de tiempo en tiempo debido al cambio de circunstancias. La Constitución norteamericana ha sido modificada algunas veces con los llamados Amendments. Pero, más que reformas, fueron agregados precisos y sobre temas tan importantes como la tolerancia religiosa y el reconocimiento de algunos derechos fundamentales, la creación del impuesto a la renta, el voto de la mujer. El Código Napoleón ha sido modificado muchas veces más, pero su estructura es siempre la misma: ha incorporado una gran cantidad de elementos que no formaban parte de las preocupaciones de principios del siglo XIX; pero ha mantenido su unidad y coherencia.

Estoy convencido de que el Código Civil peruano de 1984 requiere de algunas reformas. Pero las más urgentes no me parece que correspondan al Libro de las Obligaciones sino más bien al Libro de Personas y al Libro de Familia, debido a los progresos extraordinarios de la biogenética en las dos últimas décadas que han generado problemas que no tienen solución en el Código actual. Por ejemplo, aun cuando la moral y el Derecho vigente rechacen el alquiler de vientres, no podemos negar que ahora es un contrato médicamente posible; y, por tanto, aunque declaremos nulo el contrato por tener objeto ilícito no podemos declarar nulo al hijo nacido dentro de esta relación. No es posible dejar de establecer legislativamente a quién pertenece el niño, si a la madre que lo parió o a la madre que le alquiló su vientre para acoger y llevar a término un embrión de la locataria. Nos guste o no nos guste, ya sea que consideremos moral o inmoral el alquiler de vientres, tenemos que decidir qué apellido llevará ese niño, quién está obligado a alimentarlo, a quién

heredará. Incluso hay que considerar las consecuencias jurídicas de la clonación humana, aunque este proceso pudiera parecer monstruoso. Esta es una reforma importante y que se hace cada vez más urgente.

Como esa hay sin duda varias otras. Quizá sean también importantes ciertas reformas para facilitar la constitución de garantías, que son la piedra angular del sistema de mercado.

Pero, en todo caso, para ello no hace falta declarar obsoleto el Código actual y dedicarse a la fiesta de hacer uno nuevo sino simplemente introducir las modificaciones y añadidos precisos e indispensables.

No estoy en contra de los cambios y mejoras sino sólo pido un poco de moderación para que estas reformas no se conviertan en discusiones bizantinas que muchas veces no muestran sino una orgía de vanidades.

Por eso, en materia de contratos, en vez de preocuparnos tanto del cambio del texto de la ley, pienso que deberíamos preocuparnos por lograr una buena formación de nuestros juristas, atenta a las necesidades de nuestro tiempo y a los principios de la economía de mercado que queremos desarrollar en el Perú. Es sólo sobre esa base que conseguiremos esa combinación de estabilidad jurídica y de actualización permanente que es indispensable para que exista la seguridad jurídica que a su vez es indispensable para la actuación racional dentro de una sociedad libre.

Al final de este periplo, cabe plantearnos como pregunta lo que constituye a veces una afirmación un tanto apriorística: ¿sufre nuestro Código Civil de una vejez prematura? Y mi respuesta es no. Quizá lo que es prematuro es hablar de vejez respecto de un Código puesto en vigencia hace apenas veinte años.

¹⁵ Respecto de este punto, hay que distinguir además la necesidad apremiante de reformar el Derecho Civil frente a la condición de estabilidad jurídica que significa tolerar una relativa permanencia del Código Civil. Vid. DE TRAZEGNIES, Fernando. "El caso contra el Derecho Civil". Lima, 2002.

REFORMULANDO LA NOCIÓN DE CONTRATO: HACIA UNA VISIÓN ANTAGÓNICA DEL CONTRATO*

Pier Giuseppe Monateri**

¿Constituye el contrato un espacio de colaboración orientado a que las partes desarrollen un juego cooperativo? ¿No nos encontramos en realidad ante una mera tregua provisoria establecida por partes antagónicas? Respondiendo a estas interrogantes, el autor analiza las concepciones contrapuestas de contrato de los modelos más extendidos: el eurocontinental y el angloestadounidense, y los alcances de esta elección sobre la configuración del régimen contractual.

* El presente artículo fue publicado originalmente en la Rivista di diritto civile, año XLIX, parte I, 2003, pp. 409-422, bajo el título "Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto". La traducción, con la colaboración del autor, fue realizada por Leysser L. León. Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura italianas en la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Doctorando en Derecho Civil en la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). A quien agradecemos por habernos cedido el presente artículo para su publicación.

** Profesor ordinario de Derecho Civil de la Universidad de Turín. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (Nueva York-París).

1. CONTRATO FANGOSO Y CONTRATO CRISTALINO

Quien se proponga reformular, hoy en día, la noción de contrato, caerá en la cuenta que existe una lejanía, una especie de barrera que nos separa de los debates de fines del siglo XX. Con mayor detenimiento, uno podría tener la impresión –no digo “la certeza”, sino un sentimiento vago– que algo ha ocurrido, que nos aleja de aquellas discusiones que han fatigado en tan grande medida a la doctrina de los últimos treinta años. Advierto que no ha sido algo acaecido de improviso, sino una suerte de desplazamiento subterráneo, producido progresivamente, y que, al final, ha dejado abierto un profundo surco. Repito que afirmo todas estas cosas no sin algún titubeo, porque no se trata todavía de ideas claras y distintas –ni tampoco se pretende que lo sean, por cierto–, sino de percepciones que se ordenan, cual elementos heliotrópicos, en formas extrañas que imitan melancólicamente la vida, cuando la luz cae sobre una solución de cromato de potasio y de sulfato de cobre; son percepciones que nacen, justamente, y como acabo de señalar, sólo cuando se presenta una ocasión para reflexionar al respecto.

Ahora bien, la atención de los civilistas –para intentar resumir lo que ha pasado, aunque sea consciente del fastidio que conlleva todo resumen– se ha concentrado, generalmente, en un modelo de contrato que puede describirse o “graficarse” –como se acostumbra decir– de la manera siguiente: el contrato es siempre un punto de encuentro, un espacio en el cual las partes colaboran para un fin común; un juego cooperativo.

Este “espacio”, este punto de cooperación, tiene como característica el estar tipificado; es más, se trata de un espacio altamente tipificado, donde las partes ordenan representaciones de “bloques” de reglas, las cuales se animan por sí solas y actúan en forma de cascada una vez que se realiza, o que alguien realiza, la calificación jurídica del acuerdo de dichas partes; y justamente porque se trata de un espacio de colaboración denso, y que debe ser denso, de “buena fe”, y se tiene que recurrir a ésta para interpretarlo, para cubrir sus vacíos, para valorar los comportamientos de las partes, inclusive; a cierto punto, los hechos parecen mostrar que “el” contrato tiene que sucumbir ante “los” contratos, y así, el esfuerzo constructivo constante en la recepción de nuevas figuras se realiza bajo la especie de la elaboración, de la ordenación de series de “nuevos

contratos”, a tal punto que la parte complementaria de la teoría general del contrato, es decir, la parte general de las obligaciones, cae prácticamente en desuso; es por ello que en la actualidad es difícil encontrar, no sólo estudiantes, sino estudiosos capaces de dominar fácilmente la parte en mención, porque ella subsiste como vestigio de una lengua muerta, que despierta aquellos mismos sentimientos de melancolía, o a lo mejor de simpatía, que es propio de los recuerdos estudiantiles, salvo en un aspecto, al que acabo de referirme: el del principio general de buena fe.

En dicho marco, la diatriba entre los defensores del mercado y los que desconfían del mercado (abiertamente u ocultamente) se desarrollaba siempre en torno de la interpretación del artículo 1322 del Código Civil¹, y de la teoría de los tipos y de la causa; el resultado fue una serie de escritos que se entrecruzaban unos con otros, como las imágenes de los espejos que usan los peluqueros. Fue así que en un contrapunto directo –y se podría decir que hasta en polémica–, pero *del mismo modo*, a la vez, la atención de los comparatistas se *ensimismó* en resaltar las diferencias entre el contrato del *civil law* y el contrato del *common law*, sobre la base, particularmente, de la divergencia entre el elemento de la causa y el elemento de la *consideration*. En la versión ortodoxa de tal proceder, no se consideraba a plenitud el dato escondido de la derivación europeo-continental de la *consideration*; en otra versión, que *en tono bromista* podría denominarse “revolucionaria” –pero que, repárese, mantiene las mismas formas sustanciales de la otra–, se hacía de aquel corredor escondido de la historia el eje de todo interés, el secreto de una revelación, a fin de dejar contento al público (y también al autor de dicha versión, claro está). Además –¡cómo olvidarlo!–, los mayores teóricos se complacían en indicar atentamente la gran relevancia de un dato del sistema que consideraban capaz de remecer clasificaciones bien claras y reflexiones consolidadas por el tiempo, inclusive: me refiero al dato del surgimiento del *promissory estoppel* y, por lo tanto, a la factibilidad de *equitable relief*², los cuales –al superar, precisamente, la necesidad formal de la *consideration*– eran indicio de la destrucción de la teoría clásica del *contract*, de modo que éste podía, simplemente –y sin ningún inconveniente para la paz social, si no es que mostrándose ciegos ante ella, como queriendo permanecer aislados, con la sola compañía de las hijas del mar–, ser dado por *muerto*³.

¹ Nota del traductor: Código Civil italiano de 1942: “1322. Autonomía contractual.- Las partes pueden establecer libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley.

Las partes pueden también celebrar contratos que no pertenecen a los tipos que cuentan con una regulación particular, siempre que estén dirigidos a realizar intereses mercedores de protección según el ordenamiento jurídico”.

² Nota del traductor: Puede traducirse como “soluciones de equidad”. El *promissory estoppel*, por no ser oneroso, carece de *consideration*.

³ Nota del traductor: La referencia es a la obra de GILMORE, Grant. “The Death of Contract”. Columbus, Ohio: Ohio State University Press. 1974. Ahora hay una segunda edición, al cuidado de Ronald K. L. Collins (Columbus, Ohio: Ohio State University Press, 1995).

No tiene nada de extraordinario, entonces, que en la contraposición entre el modelo francés y el modelo inglés se haya concedido realce, en primer plano, a los discursos acerca la justicia contractual, los cuales predominan en el primero y están ausentes en el segundo; tampoco llama la atención que en la contraposición entre el modelo alemán y el modelo estadounidense, como los “más eficientes” entre los diversos modelos de los sistemas romanistas y del *common law*, se haya desatado una orgía de consideraciones sobre el papel de la buena fe, que impera en el primero, mientras que es sustancialmente rechazada o mirada con recelo en el segundo, de modo que la valoración de los deberes que es necesaria imponer a las partes en la fase de las tratativas – cubriendo dicho espacio, en la mayor medida posible, con normas jurídicas– no ha sido más que un corolario de semejantes planteamientos; tampoco puede olvidarse, en fin, que el análisis económico del derecho, al dirigir su mirada hacia los contratos incompletos y, por consiguiente, hacia los modos de completarlo por vía judicial, no ha hecho otra cosa que dar los últimos retoques al cuadro que vengo trazando: consentimiento, cooperación, causa, buena fe, deberes precontractuales, amplios poderes ultraliberales para interpretar y completar judicialmente los acuerdos. Tales eran los ejes de los *discursos* que otrora se efectuaban.

En honor a la verdad, sin embargo, aquellos eran discursos que se realizaban veladamente, y a veces bastante veladamente, y siempre con gran sofisticación; en ellos, por otro lado, se recurría a la elocuencia más rebuscada, y yo diría que áulica, en pro o en contra del “mercado”, el cual, a su vez, era entendido diversamente por cada autor, según lo que él pensaba o le interesaba en el momento, o según lo que él quería que los demás creyeran que pensaba. No puede sostenerse, entonces –y esto es lo que interesa, verdaderamente–, que aquellos discursos hayan obedecido a una opción “política” precisa; yo me atrevería a decir que ellos obedecían, más bien, a cierta *constricción general del discurso*, el cual era plegado en una dirección, en vez de otra.

El triunfo del contrato “fangoso”^{IV} se percibe en los Principios de derecho europeo de los contratos de la Comisión “Lando”^V, donde la buena fe ha devenido límite irrenunciable de la autonomía privada misma:

“Art. 1:102. Las partes son libres de estipular contratos y de determinar su contenido *respetando la buena fe y la corrección*, así como las normas imperativas contenidas en los Principios”.

“Art. 1:201. (1) Las partes deben actuar respetando la buena fe y la corrección.

(2) Las partes *no pueden excluir ni limitar este deber*”.

“Art. 1:202. Las partes *están obligadas recíprocamente a cooperar* con el fin de dar plena ejecución al contrato”.

Una formulación semejante de la buena fe no tiene los pies sobre la tierra.

Parece, en efecto, que nos encontráramos frente a un texto taoísta. El paciente arqueólogo que hallará, dentro de mil años, el citado documento, podrá tal vez preguntarse por qué los europeos de aquel extraño siglo mostraban tanta dedicación y le daban tanta importancia a una traducción de textos taoístas, perdidos, como es evidente, en la propia China.

Si se acentúa más el contraste, tales discursos, que en ésta y otras ocasiones he calificado como “fangosos”, terminan colapsando cuando se observa lo que ocurre, contrariamente, en la práctica: en la actualidad, los textos contractuales se agrandan cada vez más, a fin de prevenir integraciones diversas de las queridas por las partes *en un momento determinado*; se presencia, así mismo, la recepción de un léxico y de una terminología que casi nunca están presentes en los discursos de la doctrina; se constata que el razonamiento basado en los “tipos de contratos” es cada vez menor, mientras que el razonamiento basado en los “tipos de cláusulas” y de “términos contractuales” es cada vez mayor; además, y como ya he anotado, la praxis demuestra que los jueces mismos han comenzado a sospechar de los caminos de la buena fe, que la doctrina les ha aconsejado desde siempre.

Lo anterior no significa, necesariamente, que el mercado haya triunfado; a menudo, el propio contrato es calificado, más bien, como un instrumento apto para limitar “el mercado”, mediante convenios de integración vertical, y también horizontal, mediante pactos de control, pactos de no-competencia y demás,

^{IV} Nota del traductor: El autor utiliza el adjetivo rugiadoso (de rugiada, “rocío”), que vale por “bañado por el rocío”.

La alternativa aquí utilizada (“fangoso”), que he concebido siguiendo las puntuales sugerencias del autor, grafica la idea de un contrato “enfangado” o “empantanado” en algo no bien definido (buena fe y demás cláusulas normativas generales), a la vez suave, a la vez oscuro, que se opone bien a la idea de un contrato “cristalino” (que es como aquí se traducirá, variando la metáfora original, el adjetivo italiano *rude*, *rough* o *tough*, en inglés), transparente, pero rígido, como el cristal.

Véanse, obligatoriamente, las precisiones indicadas en la nota VI *infra*.

^V Nota del traductor: Los “Principles of European Contract Law”, dados a publicidad, en 1999, por la Commission on European Contract Law, presidida (desde 1980) por el profesor danés Ole Lando, de la Copenhagen Business School.

mediante cláusulas de fidelidad y demás; la razón de ello es que los agentes privados mismos suelen ver en el mercado un riesgo para sus “bienes de posición”, y tienden, entonces, a limitar, a través del contrato, que el mercado opere en sus áreas, como si la imposición del “mercado” fuera el peor mal que les pudiera pasar, una especie de maldición china: “que pueda el mercado prevalecer en Tu sector”. Y puesto que tal es el estado de las cosas, yo soy de la idea de despejar el campo de una contraposición entre “contrato de mercado” y “contrato integrado” según consideraciones más amplias, de Derecho y de justicia, y de proponer, en su lugar, un distinto contraste entre naturalezas contrapuestas del contrato.

Se trataría, en lo sustancial, del contraste entre un contrato *fangoso* (buena fe, deberes de *renseignements*, cooperación, justicia) *pero a la vez rocoso* (causa, tipos, bloques); y un contrato distinto, más *crystalino*^{vi} (importancia extrema de los textos y, por lo tanto, de su extensión, con pocos deberes y pocas responsabilidades fuera del texto) *pero a la vez fácil de controlar* (autónomo, atípico, que escapa a las clasificaciones).

2. EL CONTRATO COMO TREGUA PROVISORIA ENTRE LAS PARTES

Contra el modelo habitual de los discursos sobre el contrato que acabo de “recordar”, más que “describir” –si bien de manera bastante imperfecta, a tal punto que podría decirse que lo he hecho en forma consonante y premeditada respecto del argumento que expondré a continuación–, intentaré proponer un segundo y distinto modelo que procure captar, conforme a las convenciones literarias –mucho más

realistas, a mi parecer–, la esencia del contrato, con fidelidad al devenir de esta figura.

Es necesaria, ante todo, una visión del contrato que quite del horizonte a la cooperación, y que recupere la naturaleza antagónica de la relación contractual: el contrato es una tregua provisoria entre las partes, en el contexto de un juego conflictivo entre sus intereses.

No estoy desconociendo ni omito valorar el contraste de los intereses de las partes. Lo que pretendo, en realidad, es ubicar el antagonismo señalado en el centro de la escena, en lugar de ponerlo fuera de los márgenes de la cooperación que se realiza a través del consentimiento.

Procediendo así, es decir, ubicando el antagonismo en el centro de la escena, se puede apreciar que el consentimiento que se da al acuerdo es siempre, y necesariamente, un consentimiento parcial y esencialmente limitado. Es siempre el fruto de un *bargain* entre partes antagonistas, como una tregua provisoria en torno de puntos especificados de sus relaciones de conflicto. Las partes han llegado a una tregua sobre tales puntos, y no sobre otros. Aquí, como se advierte, se recupera la idea de contrato que era típica del derecho laboral, a diferencia de cuanto ocurría con las relaciones colectivas de trabajo. Sin embargo, de la propia naturaleza del acuerdo se desprende que el mismo se forma, por definición, en forma incompleta, si se atiende al universo de acaecimientos posibles y de contingencias actuales y futuras. Dichos “vacíos” no constituyen una *failure*: ellos son parte integrante del proceso antagónico, y cada uno de sus “cubrimientos” desde el exterior no es más que un acto de violencia, que para ser realizado

^{vi} Nota del traductor: *Rude*, en italiano (“rudo”, pero también “áspero”, en castellano). En otro lugar, el autor traduce la expresión al inglés como *tough* (“tosco” u “hosco”, en castellano): MONATERI, Pier Giuseppe. “Competizione fra ordinamenti: il sistema degli investimenti globali”. En: “La concorrenza tra ordinamenti giuridici”. Al cuidado de Andrea Zoppini. Roma y Bari: Laterza. 2004. pp. 152-154.

Juzgo conveniente transcribir, con fines aclarativos, este último pasaje, señalando, entre corchetes, las expresiones originales:

“[A]lgo que se puede constatar fácilmente es que en el mundo de la globalización conviven, principalmente, dos modelos opuestos de contrato: el angloestadounidense y el eurocontinental. Para caracterizarlos podríamos recurrir a las expresiones ‘contrato cristalino’ [*contratto rude (tough)*] y ‘contrato fangoso’ [*contratto rugliadoso*].

El segundo es el contrato al que estamos más habituados. Se trata de un contrato concebido como espacio cooperativo entre las partes. Las partes cooperan y, por lo tanto, tienen un fin objetivo común (la causa), deben comportarse con arreglo a la buena fe, el juez está allí para cubrir las lagunas o redefinir el contrato como lo habrían hecho, de buena fe, las partes, si hubiesen imaginado las consecuencias verificadas en los hechos. Es más, el juez mismo puede derivar de los deberes de buena fe de las partes obligaciones propiamente dichas, que pasan a integrar los acuerdos contractuales. Además, este contrato cooperativo remite a un amplio número de reglas de *default*, que las partes adoptan con la celebración de un contrato de un determinado tipo. Se trata de un contrato ‘bueno’, que obliga incluso a aquello que no está expresamente previsto en los acuerdos. Y no son pocos los que alaban la sabiduría económica superior de tal modo de proceder, porque reduciría los costos de transacción de definir completamente los contratos, al admitir su integración legislativa y judicial.

En oposición al ‘contrato fangoso’ se presenta el ‘contrato cristalino’. Se trata, en este caso, de un contrato concebido como ‘tregua provisoria’ entre partes antagónicas. Son partes que hacen un alto en su lucha de mercado, y que se ponen de acuerdo, limitadamente, sobre algunos puntos específicos. Desde esta óptica, la declaración de una parte vale como emisión de una declaración de compromiso ‘que podrá ser utilizada en su contra’. Por ello es extremadamente importante que los vínculos contractuales sean sólo los expresamente definidos. El contexto antagónico del ‘contrato cristalino’ acaba con el acostumbrado horizonte de nuestras consideraciones sobre la causa y la buena fe. Puesto que las partes ‘no’ son una coalición unitaria, sino dos antagonistas, tiene poco sentido sostener que existe un fin objetivo común a ellas. La ‘causa’ puede ser únicamente la medida contractual que ellas mismas definen como contraprestación de sus expresos compromisos (no puede ser más, entonces, que una *consideration*). La buena fe puede valer sólo como deber de *to play by the rules*, pero no como fuente de integración de los deberes contractuales. Hablando en términos más generales, también tiene poco sentido integrar una tregua provisoria, porque si ésta es integrada se la trastoca. Se altera, justamente, el *hard core* del trato antagónico: la contraprestación prometida por una parte habría tenido que ser distinta si los deberes de la otra eran, en realidad, mayores. Por ello, también los poderes de interpretación del juez deben ser menores, y mucho más vinculados: la ambigüedad de las cláusulas no deviene jurídicamente subsanable a través de los trucos de la interpretación”.

requiere –al faltarle la justificación cooperativa de fondo– una justificación mucho más sólida que la usual, según la cual, el juez está allí para ayudar a las partes a aclarar sus ideas: la justificación de que el juez puede hacer para las partes el contrato que ellas mismas habrían deseado, si hubiesen contemplado la producción de las contingencias que no previeron. Esta idea, aun cuando autorizadamente sostenida por muchos y audaces autores del análisis económico, se revela como irracional a la luz de la óptica antagonica: no se puede “recubrir” una tregua provisoria, porque de tal modo ella se rompe, y se desestabilizan, por completo, los diversos equilibrios que se han logrado previamente.

Es natural que si el horizonte fangoso de la cooperación desaparece, también quedará “empañado” –y que el lector me perdone por proponer una imagen tan burda– el horizonte de la buena fe. Los antagonistas bien pueden vincularse a reglas de *fair play*, y pueden querer que el juego se desarrolle, precisamente, *by the rules*; es más, ellos normalmente desean que sea así, pero en un sentido muy distinto del usualmente asumido: esa buena fe del campo agonístico tiene que ser, por encima de todo, una buena fe de “movidas permitidas”, antes que de “compromisos asumidos”, es decir, una buena fe entendida como reglas de *fair dealing*, cuya infracción conlleva responsabilidad, y no una buena fe entendida como fuente de integración de los deberes contractuales. Las partes de una cooperación fangosa también tienen como trasfondo, desde luego, los compromisos de la buena fe entendida en sentido objetivo. Pero para las partes que efectúan una tregua provisoria, toda declaración emitida a la contraparte es algo que puede ser utilizado en su contra. Por ello, la declaración debe provenir de la otra parte y debe ser obtenida jugando *by the rules*, pero su contenido debe ser aquel, y sólo aquel, al que cada parte ha consentido vincularse. En concreto, la elección de las palabras del texto que alguien expide a una contraparte, a fin de que ésta lo utilice en contra suya, se transforma en una decisión esencial y a la vez funesta. Es más: mientras mayor sea el antagonismo de los intereses en juego, menor será la posibilidad de invocar, desde un punto de vista neutral, que un compromiso “x” salga del sombrero de los prestidigitadores de la buena fe –y pido perdón a los lectores, otra vez, por esta nueva imagen.

Como es obvio, esto último es concebible desde un punto de vista *no*-neutral, dictado por razones de política de protección de ciertas partes contra otras, lo cual es correcto –como se verá más adelante– en el caso de los contratos con el consumidor, donde se acentúa el carácter político de dichas protecciones; resulta falta de razón, en cambio, si se apela a una justificación basada en la neutralidad apolítica.

Como se aprecia, la visión de un contrato cristalino que se opone a un contrato fangoso es reveladora, principalmente, de la dimensión ideológica, o sea, de la falsa conciencia de la realidad, de los acostumbrados discursos sobre el contrato. La buena fe objetiva y las intervenciones del juez, concebido como un sujeto externo que llega a formular un acuerdo tal cual lo habrían hecho las partes, si estas hubiesen tenido el tiempo y los recursos para prefigurarse el *casus omissus*, son, esencialmente, instrumentos ideológicos, que caen en el vacío cuando se desnuda su base fangosa.

Prosiguiendo por esta vía, se deduce que en la visión propuesta *deben* valer reglas estrictas de interpretación del texto contractual. En otras palabras, los diversos cánones hermenéuticos de interpretación del contrato deben ser corregidos, actualmente, en función de cómo es que la declaración contractual emitida por la contraparte podía ser entendida de buena fe –es decir, con particular atención a los términos utilizados por dicha parte– por el destinatario de la misma. De igual forma, los comportamientos antecedentes y posteriores de las partes sólo pueden dar luces sobre la *choice of words* efectivamente utilizada en la declaración, dado que ésta podía valer como un compromiso circunscrito. Por lo tanto, las fórmulas mismas de la confianza razonable deben ser entendidas en sentido restrictivo: ¿hasta dónde era efectivamente razonable que una parte confiara en el sentido de las palabras utilizadas por la otra? Repárese que aquí no se está cuestionando una revaloración del acuerdo como elemento principal del contrato, sino una valoración en sentido circunscrito de las *declaraciones* compromisorias que cada antagonista contractual dirige al otro. La fórmula de la “unión de las voluntades” debe ser entendida, entonces, en sentido restrictivo, de modo tal que no pueda tener la seguridad de que dicha unión se ha realizado, prácticamente, sólo en presencia de un texto claro. Lo que es más, hay que preguntarse si en ausencia de un texto ambiguo se puede reconocer alguna relevancia a los demás cánones hermenéuticos. El vínculo abarca sólo lo que es claro; lo ambiguo no deviene jurídicamente reparable. Viene al caso recordar que dicha solución hace de cargo de las partes (justificadamente) los costos sociales generados por su ambigüedad y, por lo tanto, incentiva una *choice of words* clara y precisa, sin posibilidad de ampararse en un monitoreo judicial de cargo de la colectividad.

Tomar en serio la teoría de la no-completitud contractual, como componente esencial de la tregua circunscrita que las partes logran en el contrato, aunque entre ellas se mantenga la lucha de mercado, significa, justamente, que el contrato *no* se extiende a lo que no está previsto de manera expresa en el mismo. Ninguna materia análoga, aunque esté ligada con el negocio plasmado en el contrato, queda cubierta por éste; en

otras palabras, ella no está comprendida en el compromiso contractual asumido por la parte a la cual se requiere el cumplimiento. Si la parte que exige el cumplimiento presunto quería incluirla en el reglamento contractual, ella habría debido obtener su inclusión expresa, invirtiendo más tiempo y recursos en la contratación, y ofreciendo a la contraparte, eventualmente, un mejor *bargain*, un precio más alto, respecto de los compromisos ulteriores. Si ello no se hizo (y he aquí un nuevo perno del eje de la causa), sino que es creado de la nada, con costos sociales, en desmedro de una contraparte –que, en tal situación, recibe menos de cuanto había pactado, dado que su compromiso tácito se ha revelado superior al compromiso expreso al que se había vinculado–, resulta que en nombre de la buena fe o de alguna otra cosa se está creando, en realidad, un desequilibrio contractual en favor de una parte y en contra de la otra, el cual puede ser justificado sólo políticamente, pero no desde un punto de vista de arbitrio neutral.

Seguir aquel camino significaría suplir, con agravio para la colectividad, una *failure* en la estrategia de contratación, cometida por una de las partes en juego, subvencionándola, concretamente, en lo relativo a sus pretensiones. Por tal razón, ello resulta admisible sólo cuando se está en presencia de partes que desde el comienzo estaban dotadas de bienes situacionales bastante diversos (así ocurre, justamente, en el caso de la empresa y del consumidor).

Sin perjuicio de lo anterior, dejar a un lado la materia que tiene conexión con el texto contractual, pero que no está cubierta expresamente por el mismo, *no* significa hacerla caer en un vacío jurídico. Para ser precisos, ella puede devenir objeto, *no* de responsabilidad contractual, sino de responsabilidad extracontractual. El derecho de la responsabilidad civil, en tanto y en cuanto prescinde, justamente, de los compromisos contractuales, está siempre en guardia; es más, se hace claro que él está allí, como fondo o como refuerzo para los comportamientos que el proceso de contratación no ha llegado a incorporar al contrato mismo.

3. EL REPLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA CAUSA Y LA CALIFICACIÓN PACTADA DEL ACUERDO

De lo dicho hasta este punto resulta evidente que se derrumba también el planteamiento de la causa como fin objetivo común de los contratantes, el cual tiene como clara justificación la premisa de la naturaleza cooperativa del acuerdo. En su lugar, queda la teoría de la causa como eje establecido por las partes, entre los compromisos de una y los de la otra, de modo que lo ofrecido determina la medida de lo requerido, pero

no en el sentido de un reequilibrio de las prestaciones, sino en el de su *no-extendibilidad* más allá del contenido explícito del contrato. En su tregua, las partes han establecido que “A” era la prestación recíproca de “B”, de modo que ni “A” ni “B” pueden ser distintamente extendidas.

Dicha variación de sentido no está privada de consecuencias en lo que atañe a la calificación de la relación. En efecto, si cae la noción objetiva de causa –que prescinde, en cuanto tal, de la voluntad subjetiva de las partes, y de los intereses contrastantes de las propias partes, para reunirlos en un único destino normativo–, cae también el instrumento fundamental para la calificación en tipos de la relación de las partes, y para su disposición por parte del juez, incluso más allá, y en contra, de las calificaciones operadas por ellas mismas.

Las situaciones pueden ser dos: o las partes han hecho expresa y conjunta mención de uno de los tipos contractuales, o no lo han hecho. Si ellas han procedido a la calificación, es evidente que han pretendido invocar, así, todas las diversas reglas que se enlazan, automáticamente, con aquel tipo contractual. En otras palabras, ellas las han recogido expresamente en el ámbito explícito del contrato.

Ello también debe significar algo para el juez, que ya no está allí para rehacer el contrato para las partes; la razón es que éstas no constituyen una coalición unitaria o que unitariamente pida ayuda al juez: en realidad, ellas representan polos antagónicos, de modo que si el juez rehace el contrato, lo rehace *no* para las partes, sino para *una de las partes*. Ello se justifica políticamente, pero sólo en determinados casos de protección, y no en la generalidad de situaciones.

La aplicación de una calificación diversa de la establecida por las partes, tiene sentido sólo en tanto y en cuanto sea aplicación de una regla imperativa, que requiera ser impuesta en aquella relación, de modo que el comportamiento calificador realizado por las partes se presentará, en dicho caso, como elusivo de una regulación imperativa. Sin embargo, mientras hablemos de aplicación de reglas dispositivas, la elección contratada en torno de la calificación del acuerdo hará que la parte, que ahora desconoce la calificación a la cual se ha adherido, deba sucumbir y quedar ligada a ella.

Evidentemente, las ulteriores consecuencias de la caída de la causa como fin objetivo de los contratantes, para la teoría de los tipos contractuales, necesitan una ulterior y ponderada profundización; por el momento, es claro que los diferentes tipos se presentan nada más que como depósitos de reglas para abreviar –siempre

que las partes así lo quieran, mediante un acuerdo sobre la calificación— los textos contractuales mismos. En otras palabras, “el” contrato en general debe ceder, finalmente, frente a los vientos de los distintos contratos. Es más, aquellos distintos contratos tienen que devenir, finalmente, meras guaridas “del” contrato, que sólo de modo ocasional encuentra en ellos su morada.

La asimilación del acuerdo a alguno de los tipos jurisprudencial o legislativamente previstos tiene lugar sólo en lo atinente a las cláusulas y a los términos que las partes no han considerado conveniente reproponer en el texto escrito.

El problema del contrato que eventualmente resulta incompatible con el tipo preseleccionado por las partes debe plantearse en estos términos, a los cuales ya he hecho referencia: o la relación requiere la aplicación de una regulación impositiva que las partes han tratado de eludir, y es ella, entonces, la que deberá ser aplicada; o bien se presentan, en lo que concierne a las meras normas dispositivas, fragmentos de declaraciones incongruentes y contradictorias, y se deberá proceder, entonces, en el sentido anteriormente indicado, como ya ocurre, hoy por hoy, en dichos casos; sin embargo, no será posible cancelar, sin más, la elección calificadora realizada por las partes, porque ella constituye, justamente, un fragmento de la declaración que habrá que dilucidar, y tiene el mismo valor de los demás fragmentos de la misma.

Por lo tanto, y si seguimos la dirección indicada, es claro que la causa se presenta como el nexo que las partes establecen entre sus prestaciones, y que ella se mantiene objetiva, en cuanto intercambio y, por ello, factor gobernante o medida de lo que es debido, en cuanto razón del compromiso y también, por lo tanto, de las responsabilidades; ella no se presenta como fin cooperativo común, sino como medida de la tregua, cuando ésta se rompe y alguna de las partes trata de invocar más de lo que una u otra estarían dispuestas a conceder ahora; por ello es objetiva, pues se presenta como hecho de intercambio del cual una y otra parte dan, en otro momento, interpretaciones opuestas; por lo tanto, el juez debe razonar al respecto como si se encontrara frente a un hecho económico, frente a consideraciones jurídicas opuestas: no para rehacer el contrato a las partes, sino para determinar, en el campo agonístico de las partes, cuál es la interpretación que puede vencer, cuál es la interpretación que no va demasiado más allá del horizonte de los hechos de intercambio; y en la consideración de las declaraciones, como hecho histórico, se determina cuál es la

interpretación de la voluntad que se adapta mejor a dicha historicidad de las declaraciones. En tal sentido, las declaraciones son tan objetivas cuanto el intercambio; el propósito, a su vez, no es más que el resultado de una argumentación sobre dichos hechos.

Para terminar, anotaré que nada de lo anterior varía en el caso del compromiso gratuito; una vez que se han cumplido las diferentes condiciones que vuelven jurídico este compromiso en nuestro ordenamiento, la ausencia de contrapartida onerosa es válida para determinar, justamente, la menor amplitud de los deberes y de las responsabilidades. Es más, se debe a la gratuidad del compromiso, precisamente, el hecho de que éste se presente como un episodio circunscrito, respecto del cual corresponde al juez establecer sus confines, antes que descubrir sus aspectos inesperados. Aquí el juez es más un agrimensor que un Cristóbal Colón.

4. CONTRATO Y “CONTRATO DEL CONSUMIDOR”

Las consecuencias del discurso efectuado hasta este punto —no sin recordar mis hesitaciones al respecto— apuntan hacia una clara bifurcación en el camino recorrido por el contrato: por un lado, el contrato celebrado entre la empresa y el consumidor; por otro lado, el contrato celebrado fuera de dicha relación, es decir, el contrato en general, respecto del caso peculiar —y evito, conscientemente, escribir “caso especial”— caracterizado por la protección del consumidor.

De tal forma, la protección contractual del consumidor se presenta, sea como un esquema general alternativo al esquema del artículo 1321 y siguientes del Código Civil^{vii}, y con igual dignidad, sea como una figura coordinada, que tiene carácter general en su propio campo de aplicación. En ella, los intereses de protección legislativamente reconocidos imponen peculiares consideraciones, con miras a la eficiencia económica misma de las transacciones.

Lo que se presencia, por lo tanto, es el surgimiento de dos horizontes contractuales diversos y paralelos. Desde un punto de vista teórico, no es difícil apreciar en el contrato con el consumidor una hipótesis especial respecto de la figura general del contrato; no es difícil, entonces, configurar la clásica relación de especialidad entre la primera y la segunda figura de contrato que he señalado. Pero esta especialidad, tan fácil de entender, esconde, en realidad, una distinta valoración, propiamente dicha, de las relaciones que están en juego; en efecto, si se acentúa el enfoque de la línea evolutiva analizada hasta este punto, del antagonismo

^{vii} Nota del traductor: Las normas del Código Civil italiano que contienen el régimen general del contrato.

contractual, se observa que la figura general del contrato se dirige hacia una particular consideración del acuerdo logrado en términos de tregua provisoria entre partes esencialmente contrastantes; pues bien, con igual evidencia, la figura del contrato con el consumidor es objeto de una peculiar valoración legislativa de la “tregua” que puede ser lograda, y que hace legítima, en definitiva, la configuración de esta figura especial de contrato, no como una simple “especialidad” del acuerdo mencionado en el artículo 1321 y siguientes, sino como un verdadero paradigma alternativo, el cual, a pesar de mantenerse en el ámbito del acuerdo contractual, obedece a lógicas propias, particularmente divergentes de las seguidas en el actual diseño del contrato en general. Estas razones llevan, por lo tanto, a considerar el contrato con el consumidor como categoría coordinada y paralela a la del contrato en general, y no como mera hipótesis especial del primero.

La visión propuesta no hace otra cosa que reforzarse si se añaden las consideraciones prácticas que atañen al contrato y al comercio electrónico; es evidente que en tal ámbito se plantea de manera bien distinta la configuración de un eventual acuerdo electrónicamente perfeccionado, por ejemplo, entre empresarios, y lo mismo cabe decir de la disciplina de los contratos *click and point* con los consumidores, en un mercado que, por definición, no conoce confines nacionales fáciles de manejar con las técnicas usuales del derecho.

En lo sustancial, así como en el sector de la responsabilidad civil se ha llegado a reconocer una relación de coordinación entre hipótesis fundadas en la culpa e hipótesis de *strict liability*—coordinación que prescinde de la mera relación de especialidad entre ambas figuras, si bien reconociendo a la culpa las características de un criterio general de prevención de los accidentes—, del mismo modo se puede, y se debe, llegar a configurar una relación de coordinación entre las hipótesis contractuales que son válidas como paradigmas de fondo de los contratos, y las hipótesis de contratos con los consumidores; y aun dando por cierta la naturaleza paradigmática de las primeras, hay que evitar la mera configuración de una “especialidad” de las segundas, y propender, más bien, al logro de una coordinación paralela entre estas figuras, que no sigan la misma lógica, sino lógicas divergentes.

5. LOS INTERCAMBIOS NO PRECEDIDOS POR ACUERDOS PROGRAMÁTICOS

¿Cómo se inserta en esta línea de pensamiento la consideración de las relaciones de hecho como relaciones contractuales? Es evidente que en el llamado “contrato de hecho” no existe ningún acuerdo programático que preceda la ejecución de la relación.

Lo que se presenta, por el contrario, es una serie de ejecuciones que se van realizando *como* si detrás de ellas existiera un acuerdo que debe ser ejecutado. Todo ello es posible, naturalmente, en virtud de la asimilación entre declaración de voluntad y manifestación de la voluntad, porque esta última también puede consistir en la pura acción que realiza la relación contractual. Sin embargo, es claro que no se puede pasar por alto que tal razonamiento es contrario a la realidad, en tanto tiende a considerar como realizado algo que, por definición, no se ha verificado jamás en el caso examinado. Se trata, por lo tanto, de una clásica operación ideológica que, sobre la base de la ideología del contrato, asimila a éste operaciones económicas que, en realidad, no siguen su paradigma.

La cuestión es particularmente delicada si se considera la muy amplia serie de relaciones—incluso relaciones comerciales— que se llevan a cabo, en la práctica, mediante la simple facturación y recepción de la mercadería, sin que se predisponga ningún esquema contractual de programación. El problema se complica si se atribuye relevancia central—como yo propongo—a los efectivos términos impuestos por las partes en el acuerdo.

¿*Quid juris*, pues, cuando dicho acuerdo no ha existido en los hechos, y sólo se ha mantenido *latente* en los comportamientos de las partes?

El tema de los acuerdos “latentes” —los llamaré así— permite apreciar con claridad que la regulación que entre nosotros se denomina “régimen del contrato” es, en realidad, un doble régimen, que se dirige a dos horizontes diferentes. Por un lado, está el régimen del contrato como “acuerdo” de las partes; por otro lado, está el régimen del contrato como “intercambio” de las prestaciones, realizado con la actuación de las partes. Puesto que el objeto del acuerdo es normalmente un intercambio de prestaciones, la divergencia que se indica podría no ser captada, teniendo en cuenta que el segundo es regulado, justamente, por el primero. Ella salta a la vista, sin embargo, cuando se constata la existencia de acuerdos sin intercambio, o de intercambios no precedidos por acuerdos encaminados a programarlos.

Lo principal, entonces, es que se presente un intercambio, y no la simple erogación unilateral de una prestación. En dicho caso, más que apelar a reglas de justicia contractual—salvo en casos particulares, que constituyen excepciones, una vez más, en virtud de su especialidad “política” (el trabajo de hecho, por ejemplo)— se debe suponer que aquí la falta de acuerdo significa que las prestaciones se intercambian bajo condiciones *standard*. El “contrato” que el juez rehace, en caso de litigio, está dirigido únicamente a la búsqueda

de las condiciones *standard* bajo las cuales se produce el intercambio de tales prestaciones; condiciones que se aplican, precisamente, en ausencia de acuerdos específicos que demuestren que se quiso modificarlas. De aquí que el espacio generado para que tenga lugar una discusión entre las partes sea bastante restringido, a fin de que ellas no hagan de cargo de la comunidad los costos que se ahorraron cuando decidieron prescindir de un acuerdo específico sobre las condiciones en que debía producirse el intercambio.

La realización de una relación que no es asimilable a un intercambio estandarizado del mercado plantea, desde luego, problemas teóricos tan interesantes cuanto socialmente irrelevantes.

En tales casos, en efecto, la reflexión puede serenarse, y complacerse, en todo caso, con una consideración “realista”, que muestre –con toda evidencia– la oposición a la realidad de la asimilación de dichas situaciones al paradigma del acuerdo programático; queda demostrado, por consiguiente, que la difusión de la categoría del negocio ha impedido el pleno desarrollo de una teoría de los actos lícitos no-declarativos, al hacer que un acto consistente en una pura acción^{viii} quede comprendido, mediante el esquema de la “manifestación”, en el modelo interpretativo de la *Willenserklärung*^{ix}.

6. CONCLUSIONES

Releyendo los apuntes precedentes me doy cuenta de la imperfección con que han sido guiados; sin embargo, y puesto que ya he abusado en demasía de la paciencia de los lectores, me preguntaré una última cosa: si todo lo anterior no podía ser dicho con un *pathos* menor, y de modo más simple. En realidad, se tenían que desvirtuar, con decisión, muchos lugares comunes, y espero que ello me sirva como explicación, y como excusa, del *pathos* que en ciertos pasajes –lo reconozco– ha vuelto acalorada y poco fluida la exposición de lo que estaba pensando; pero al final –como acabo de anotar– hay que preguntarse si todo lo expresado no podía ser objeto de una expresión más concisa, por decirlo así, si no es que también más clara.

Pues bien, lo que podría decir, entonces, y sin ulteriores reticencias, es que el recorrido práctico del contrato –a diferencia del camino teórico– se ha encaminado decididamente hacia su *Americanization*: la importancia

decisiva del texto, las atribuciones pasivas de los jueces, la causa como *consideration*, como *governing factor* del intercambio, pero con un ingreso del *tort* al lado del contrato, y la protección legislativa fuerte del consumidor con sus lógicas particulares, *pero también*, y sobre todo, con la idea de la eficiencia, que al proteger, justamente, la *peace of mind* del consumidor, contra aquellos operadores que no saben, o no quieren, ofrecer dicha protección, propende a la ampliación de los mercados.

No es que en el mundo no existan otros modelos igual de fuertes, aparentemente, y que se contrapongan con claridad, en este punto, al modelo estadounidense: el modelo alemán lo hace abiertamente, al estar centrado, de manera voluminosa –diría yo–, en las integraciones jurisprudenciales basadas en el principio de la buena fe. Sin embargo, aunque el segundo modelo tienda a ejercer fascinación cuando se trata de reflexionar, es el primero –lamentablemente o no, es algo que aquí no tiene importancia– el que se está *globalizando*. Ello se debe a que el primer modelo, y no el segundo, permite un “tratamiento profesional” –digámoslo así– del contrato, que prescinde de las variantes locales, y del conocimiento local, que es absolutamente necesario, en cambio, cuando se tiene que explicar cómo es que los jueces de una particular jurisdicción pretenden aplicar fórmulas amplias y fangosas, para dar a éstas un contenido efectivo. Se globaliza el texto, entonces, con sus limitaciones, y considerado, al mismo tiempo –atendiendo, justamente, a los límites que él impone–, como *battle of words*, como compromiso entre antagonistas.

Y poco cuenta, aquí, que luego sea posible trabajar con el texto, a través de la interpretación, porque quien conoce las inesperadas, y acaso ilimitadas, potencialidades de ésta, sabe perfectamente que se le puede limitar, restringir, y que se puede impedir la búsqueda de algo que vaya más allá del *face value* de las palabras empleadas. Y sabe, ciertamente, que la famosa “libertad de interpretación” puede consistir, ni más ni menos, en lo siguiente: en el poder de encaminarse hacia los más remotos descubrimientos de significado (¡el guisado del profeta Eliseo, como representación de la ley!)^x, o bien hacia la literalidad efectiva, como *Selbstbeschränkung des Geistes*.

7. BIBLIOGRAFÍA

Aunque me es imposible mencionar todas las lecturas de las cuales he deducido las consideraciones que

^{viii} Nota del traductor: *Atto attuativo*, en el original.

^{ix} Nota del traductor: “Declaración de voluntad”.

^x La referencia es al episodio narrado en 2 Reyes: 4, 38-44. El profeta Eliseo esparce harina en una olla que contiene un guisado envenenado y “no hubo más mal” en éste. Claudia Muresan sostiene que con estas expresiones el autor nos quiere decir que basta una palabra del intérprete para que la ley se vuelva buena; Monateri asiente, y me explica que la interpretación puede desencadenarse en tal medida que puede hacer que un “guisado” se transforme en la *Torah*. De aquí, precisamente, la necesidad de ceñirse a la literalidad del texto, como forma de autolimitación del espíritu (*Selbstbeschränkung des Geistes*) del intérprete.

acabo de exponer, señalaré, seguidamente, algunas necesarias referencias culturales.

AA. VV. "American Law in a Time of Global Interdependence: U.S. National Reports to the XVI International Congress of Comparative Law". En: *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50. 2002. pp. 319 y siguientes; AA. VV. "Il contratto – Nuovi itinerari di ricerca". En: *Rivista critica del diritto privato*. Fascículos 2/3. 2001; AA. VV. "Principles of International Commercial Contracts". Roma: Unidroit. 1994; ALPA, G. "Il diritto dei consumatori". Roma-Bari. 1995; ALPA, G. "Prime note di confronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano". En: *Contratto e impresa/Europa*. 1996. pp. 316 y siguientes; BIANCA, C. M. y G. ALPA. "Le clausole abusive nei contratti con i consumatori". Padua: 1996; BIANCA, C. M. "I contratti digitali". En: *Studium Iuris*. 1998. pp. 1035 y siguientes; BONELL, M. J. "An International Restatement of Contract Law". 2ª. ed. Nueva York: 1997; BUONOCORE, V. "Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali". Milán: 2000; CAMERO, R. y S. DELLA VALLE. "La nuova disciplina dei diritti del consumatore". Milán: 1999; CASTRONOVO, C. "I principi di diritto europeo de contratti e il codice civile europeo". En: *Vita notarile*. 2000. pp. 1219-1225; FLESSNER y KÖTZ. "Europäisches Vertragsrecht". Vol. I. Al cuidado de H. Kötz. Munich: 1996. Traducción al inglés, "European Contract Law". Vol. I. Oxford. 1998; GALGANO, F. "La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio". En: *Contratto e impresa*. 2000, pp. 919 y siguientes; GOODE, R. "The Concept of 'Good Faith' in English Law". Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, dirigido por M. J. Bonell. "Saggi, conferenze e seminari". 2. Roma: 1999; GRUNDMANN, S. "La struttura del diritto europeo dei contratti". En: *Rivista di diritto civile*. Parte I. 2002. pp. 365 y siguientes; HESSELINK, M. W. "The Politics of European Contract Law: Who has an Interest?". En: *What Kind of Contract Law for Europe?*, a su vez en *Global Jurist Frontiers*. Vol. II. Núm. 1. Artículo 3. <http://bepress.com/gj/frontiers/vol2/iss1/art3>. 2002; IRTI, N. "Scambi senza accordo".

En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1998. pp. 347 y siguientes; ID. "Intercambios sin acuerdo". En: *El contrato en general – Estudios por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Traducción y edición al cuidado de L. L. León. Lima. 2003. pp. 315 y siguientes; KASIRER, N. "The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles". En: *Global Jurist Frontiers*. Vol. II. Núm. 1. Artículo 2. En: <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol2/iss1/art2>. 2002; LANDO, O. y H. BEALE (editores). "Principles of European Contract Law". Den Haag, Kluwer Law International, 2000; LUNDMARK, T. "Verbose Contracts". En: *American Journal of Comparative Law*. Vol. 49. 2001. pp. 121 y siguientes; MERGES, R. P. "The End of a Fiction? Property Rights and Contract in the 'Newtonian' World of On-Line Commerce". En: *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 12. 1997. pp. 115 y siguientes; O'ROURKE, M. A. "Drawing the Boundary Between Copyright and Contract: Copyright Preemption of Software License Terms". En: *Duke Law Journal*. Vol. 45. 1995. pp. 479 y siguientes; PATTI, S. "Codificazioni ed evoluzione del diritto privato". Bari. 1999; RUSTAD, M. L. "Commercial Law Infrastructure for the Age of Information". En: *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*. Vol. 16. 1997. pp. 255 y siguientes; SACCO, R. "Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)". En: *Europa e diritto privato*. 2001. pp. 131 y siguientes; SCALISI, V. "Codice di diritto privato europeo". Padua. 2002; VETTORI, G. "Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti". Padua. 1999; WERNER, J. "E-Commerce.co.uk – Local Rules in a Global Net: Online Business Transactions and the Applicability of Traditional English Contract Law Rules". En: *International Journal of Communications Law and Policy*. Núm. 6. 2000/2001; ZENO-ZENCOVICH, V. "Il diritto europeo dei contratti". En: *Giurisprudenza italiana*. 1993. Parte IV. Cols. 57 y siguientes; ZIMMERMANN, R. "Lineamenti di un diritto europeo dei contratti". En: *Studium Iuris*. 1999, pp. 293 y siguientes; ZIMMERMANN, R. y S. WHITTAKER. "Good Faith in European Contract Law". Cambridge. 2000.

UNA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL*

Randy E. Barnett**

No basta la simple promesa para crear un deber exigible legalmente, hace falta algún otro factor. La pregunta que hace el autor del presente artículo es ¿cuál es ese otro factor?

Para responder a la pregunta planteada en el párrafo anterior, el autor describe y critica las principales teorías desarrolladas por la doctrina que intentan explicar el elemento definidor de la exigibilidad de una promesa. Luego de realizado este análisis, concluye que la teoría del consentimiento contractual, en el marco de un sistema de titularidades, es la que responde a esta pregunta de una manera más completa y precisa.

* El presente artículo fue publicado originalmente en el Columbia Law Review 86. 1986. p. 269 bajo el título: "A consent theory of contract". La traducción y publicación se hacen bajo expresa autorización de Randy E. Barnett y del Columbia Law Review. La traducción fue realizada por Federico de Cárdenas Romero, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión –para el cuerpo del artículo– del doctor Eduardo Sotelo Castañeda, ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Profesor de Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Chicago. Master en políticas públicas y administración pública por la London School of Economics.

** Al escribir este artículo Randy E. Barnett era *Assistant Professor of Law* del Illinois Institute of Technology, Chicago Kent College of Law. En la actualidad es *Austin B. Fletcher Professor of Law* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston.

INTRODUCCIÓN

“El simple hecho de que un hombre prometa algo a otro no crea ningún deber legal ni hace posible utilizar remedio legal alguno frente a su incumplimiento. Para ser exigible, la promesa debe de estar acompañada por algún otro factor... La pregunta que surge es ¿cuál es ese otro factor? ¿Qué hecho o hechos deben acompañar a la promesa para hacerla exigible?”¹

Buscamos en la teoría legal para que nos diga cuándo el uso de la coacción contra un individuo es moralmente justificado². Nos dirigimos a la teoría contractual, en particular, para que ésta nos diga cuales son los compromisos interpersonales que el Derecho debería hacer exigibles. Sin embargo, la actual teoría contractual no nos proporciona una respuesta satisfactoria a esta pregunta. Las cinco teorías o principios más conocidos de la obligación contractual, es decir, la teoría de la voluntad, la teoría de la confianza, la teoría de la justicia, la teoría de la eficiencia y la teoría de la negociación, tienen limitaciones bastante básicas. Una teoría del consentimiento contractual evita estas dificultades al mismo tiempo que explica la obligación contractual de una manera plausible y coherente.

Las teorías son mecanismos de solución de problemas. Evaluamos el éxito de una teoría en particular si ésta resuelve el problema que originó la aparición de esta teoría. Empero, no podemos evaluar el éxito de una teoría particular, en el vacío. Ninguna teoría, en cualquier disciplina, desde la física pasando por la biología hasta la filosofía, es capaz de resolver todos los problemas existentes dentro de su disciplina. Lo que podemos hacer es comparar las teorías que compiten entre sí y analizar cuál de ellas maneja mejor el problema.

Nuestro criterio para comparar teorías incluye al menos tres factores: (a) la cantidad de problemas conocidos que la teoría resuelve igual o mejor que sus competidoras, (b) la importancia de los problemas que la teoría maneja satisfactoriamente, y (c) la capacidad de la teoría para resolver problemas futuros. Al evaluar teorías legales, mientras mejor explique una teoría en particular los casos en los cuales podemos estar seguros del resultado correcto, con mayor confianza

aceptaremos las respuestas que tal teoría sugiera para los casos que se encuentran en el margen, donde nuestras intuiciones son menos seguras.

En el capítulo I del presente artículo, evaluaremos las cinco teorías más populares de las obligaciones contractuales. Cada una de estas teorías captura correctamente algún aspecto de la obligación contractual. Sin embargo, la falta de consenso actual con relación al fundamento correcto de la obligación contractual sugiere que cada una de esas aproximaciones encierra debilidades importantes. Las teorías pueden ser agrupadas en tres tipos distintos: teorías basadas en las partes, teorías basadas en – estándares– criterios o principios y teorías basadas en procesos. Por lo menos, parte de la debilidad de cada teoría proviene de las deficiencias inherentes a su tipo. El propósito de este análisis comparativo será demostrar la necesidad de una aproximación más amplia que pueda capturar lo que tienen de verdadero estas teorías al mismo tiempo que evitar sus errores.

En el capítulo II, la teoría del consentimiento contractual³ será descrita y aplicada a los problemas identificados en el capítulo I. La teoría del consentimiento postula que la obligación contractual no puede ser completamente comprendida a menos que sea vista como parte de un sistema más amplio de titularidades legales. Tal sistema, basado en la moral⁴, especifica la esencia de los derechos que los individuos pueden adquirir y transferir y los mecanismos por los cuales pueden hacerlo. Propiamente entendido, el Derecho contractual es la parte de un sistema de titularidades que identifica aquellas circunstancias en las cuales dichas titularidades son válidamente transferidas de persona en persona mediante su consentimiento. El consentimiento es el componente moral que diferencia una transferencia de derechos enajenables válida de una inválida.

La teoría del consentimiento contractual explica por qué generalmente adoptamos un acercamiento “objetivo” a la intención contractual y por qué nos desviamos de este acercamiento en ciertas situaciones. Más aún, una teoría del consentimiento valida la exigibilidad de algunos compromisos para los cuales no ha tenido lugar ninguna negociación de intercambio

¹ CORBIN, L.A. “Corbin on Contracts”. 1963. p. 490. Véase, también, EISENBERG. “The Principles of Consideration”. En: Cornell Law Review 67. 1982. p. 640 (“Una promesa, como tal, no es legalmente exigible. La primera gran pregunta en el Derecho contractual es qué clase de promesas deberían ser exigibles”).

² El punto de vista que da a la moral un rol importante en la teoría legal se discute en las notas 109-111 *infra* y en el texto que las acompaña.

³ Discutí por primera vez la teoría del consentimiento contractual en: BARNETT, Randy. “Contract Scholarship and the Reemergence of Legal Philosophy”. En: Harvard Law Review 97. 1984. Donde también traté de plasmar el desarrollo reciente de la filosofía legal en un contexto histórico con la finalidad de explicar el resurgimiento de la filosofía normativa, en general, y de las teorías de las titularidades, en particular.

⁴ La teoría que se presenta en este artículo se basa en los requerimientos normativos de la moral. Pueden revisar las notas 109-128 *infra* y el texto que las acompaña. Sin embargo, los lectores que prefieren una perspectiva positivista podrían querer considerar el requerimiento del consentimiento sólo como un medio para entender el pasado y el presente de las decisiones judiciales y para reconciliar doctrinas aparentemente conflictivas.

–como, por ejemplo, aquellos sustentados por la “consideración nominal”– y, por tanto, rescata estos útiles acuerdos legales del incierto estatus en el que se encuentran en el actual Derecho de los contratos. Al proporcionar una prueba de exigibilidad clara y de sentido común que evita a los jueces la necesidad de distinguir la confianza “razonable” de la “no razonable” para determinar si se ha formado un contrato, la teoría del consentimiento permite a las partes calcular mejor quién asume el riesgo de confiar y, por ende, facilita la confianza en los compromisos interpersonales. Finalmente, una descripción de la obligación contractual desde una teoría del consentimiento, explica y justifica las defensas históricamente reconocidas de la obligación contractual.

I. EVALUANDO LAS TEORÍAS ACTUALES DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

Cinco teorías son las más utilizadas para explicar cuáles compromisos merecen ser exigidos y cuáles no: la teoría de la voluntad, la teoría de la confianza, la teoría de la justicia, la teoría de la eficiencia y la teoría de la negociación⁵. Estas teorías de la obligación contractual ejemplifican, actualmente, tres tipos de teorías contractuales. Las teorías de la voluntad y de la confianza son del tipo de teorías basadas en las partes contractuales. Las teorías de la eficiencia y de la justicia se basan en juicios de valor estándares. La teoría de la negociación está basada en el proceso. Al menos algunas de las debilidades de cada una de estas teorías son características propias de su tipo. Por esta razón, cada tipo de teoría será considerado por separado en este artículo.

Las críticas que se presentan en este capítulo no son todas las que existen ni particularmente novedosas. En la discusión se identificarán los principales problemas que diferentes teóricos han reconocido en cada teoría. El objetivo aquí no es refutar ninguna de estas aproximaciones. Por el contrario, el objetivo será demostrar que ninguna de ellas proporciona una teoría totalizadora de la obligación contractual.

La voluntad, la confianza, la justicia, la eficiencia y la negociación son mejor entendidas como preocupaciones centrales del Derecho de los contratos. Se requiere de una teoría de la obligación contractual que proporcione un marco que especifique cuándo una de estas preocupaciones debe ceder ante la otra⁶. Una teoría que se base exclusivamente en una única preocupación o en una combinación indeterminada de ellas, no podrá explicar la correcta relación entre tales preocupaciones. En el capítulo II explicaré cómo una teoría de los contratos basada en el consentimiento proporciona este marco requerido.

A. Teorías basadas en las partes contractuales

Las teorías aquí descritas como basadas en las partes contractuales son aquellas que se concentran en proteger a una de las partes en la transacción. Una denominación más precisa (aunque menos funcional) sería la de “teorías basadas en una de las partes”. Las teorías de la voluntad se preocupan, principalmente, de proteger a quien promete y las teorías de la confianza se ocupan de proteger a quien recibe la promesa. El excesivo énfasis que las teorías de la confianza y de la voluntad ponen, respectivamente, en una de las partes en particular crea problemas irresolubles para estas aproximaciones.

1. Teorías de la voluntad

Estas teorías sostienen que los compromisos son exigibles porque quien promete ha tenido la “intención” o ha elegido obligarse por su compromiso. “Según la visión clásica, el derecho de los contratos permite expresar y otorga protección a la voluntad que las partes han tenido ya que la voluntad es algo que por sí misma merece respeto”⁷. Bajo esta aproximación, el uso de la fuerza contra quien incumple la promesa está moralmente justificado porque esta persona autorizó el uso de la fuerza por el previo ejercicio de su voluntad. Quien promete no puede quejarse del uso de la fuerza en su contra puesto que al comprometerse quiso que tal fuerza pueda ser utilizada⁸.

⁵ Cuando una explicación de la obligación contractual se enfoca exclusivamente en uno de estos factores, ese factor puede ser identificado como el que forma la base de una teoría distinta, como en la “teoría de la voluntad”. Cuando dos o más factores son combinados pueden ser identificados más como principios, como “el principio de la confianza” o como el centro de preocupación de una teoría más general de la obligación contractual.

⁶ EISENBERG. Nota 1 *supra*. pp. 642-643 (favorece una concepción expansiva de la obligación contractual “que reconoce la exigibilidad de las promesas sobre la base de varios elementos y dirige la investigación a determinar esos elementos, a la vez que moldea los principios que los reflejan en una manera apropiada”).

⁷ COHEN. “The Basis of Contract”. En: Harvard Law Review 46. 1933. pp. 553-575.

⁸ Ver FRIED, C. “Contract as Promise”. 1981 (“Un individuo está moralmente vinculado a mantener su promesa porque ha invocado *intencionalmente* una convención cuya función es la de dar una base, base moral, a otro que espera el cumplimiento de la promesa”) (énfasis añadido). BURROWS. “Contract, Tort and Restitution: A Satisfactory Division or Not?”. En: Law Q. Review 99. 1983. pp. 217-258 (“Es la aceptación de una obligación lo vital; no es suficiente haber creído que los hechos eran reales o haber declarado que uno tiene la intención de cumplir ya que en esas situaciones la voluntad no se ha comprometido en sí misma a realizar algo”). KRONMAN categoriza al profesor Fried como un “teórico de la voluntad”. Ver KRONMAN, Anthony T. “A New Champion for the Will Theory”. En: Yale Law Review 91. 1981. p. 404. Para observar una comparación entre la teoría de la voluntad del profesor Fried y la teoría del consentimiento se pueden revisar las notas 146-147 *infra* y el texto que las acompaña.

Las teorías de la voluntad basan su fuerza moral en la noción de que los deberes contractuales obligan ya que son asumidos libremente por aquellos a quienes se les requiere cumplirlos. Consecuentemente, la exigibilidad no está moralmente justificada sin un compromiso genuino formulado por quien es la persona que será sujeta a sanción legal. Esta posición lleva casi naturalmente a indagar sobre el contenido mental de quien promete al momento de realizar el compromiso –el llamado punto de vista “subjetivo”. Después de todo, la teoría difícilmente podría basarse en la voluntad si la obligación no fuera elegida por el individuo sino impuesta por la ley.

Ha sido largamente admitido que un sistema de exigibilidad contractual no podría ser desarrollado si es que éste se adhiera a una teoría de la voluntad que requiriera una investigación subjetiva sobre la intención imputada de quien promete⁹. Donde no se pueda discernir el intento o la voluntad subjetiva real de las partes no existe problema práctico alguno, pues asumiremos que corresponde a las intenciones objetivamente manifestadas. Pero en aquellos casos en los que la intención subjetiva pueda ser comprobada de alguna manera y ella resulte contraria a la conducta manifestada objetivamente, la intención subjetiva deberá prevalecer si es que la integridad moral y lógica de una teoría de la voluntad quiere ser preservada.

Por cierto, cualquier preferencia legal por la intención subjetiva del promitente decepcionaría a la parte que ha actuado confiando en la apariencia de la intención legalmente vinculante¹⁰. Permitir una investigación subjetiva sobre la intención del promitente puede facultar, también, a que éste resquebraje fraudulentamente acuerdos que de otra forma serían perfectamente claros, con tan sólo generar o preservar evidencia extrínseca de intenciones ambiguas o en conflicto. Tal estrategia constituiría una opción *de facto* para el promitente. El promitente podrá insistir en la

exigibilidad si es que el contrato continúa favoreciéndolo, pero si es que ya no le es favorable, podrá evitar el contrato mostrando evidencia de una distinta intención subjetiva¹¹.

Debido a que la aproximación subjetiva se basa en evidencia que es inaccesible para el destinatario de la promesa y, menos aún, para terceros, una indagación subjetiva de las intenciones debilitaría la seguridad de las transacciones al reducir considerablemente la confianza en los compromisos contractuales¹². Por eso, no es sorprendente que, pese a la lógica de la obligación basada en la “intención”, el acercamiento objetivo haya prevalecido largamente¹³. El componente moral subjetivista, en el que una teoría de la intención se basa para justificar la exigibilidad legal, entra inevitablemente en conflicto con la necesidad práctica de un sistema de reglas basado en gran medida en contenidos mentales objetivamente manifestados. Mientras que las manifestaciones objetivas de una persona generalmente reflejan sus intenciones subjetivas, un teórico de la voluntad debe explicar la exigibilidad de un acuerdo objetivo respecto del cual es posible demostrar que el entendimiento subjetivo de una de las partes difiere de su conducta objetivamente manifestada.

Algunos teóricos de la voluntad resuelven incómodamente este conflicto concediendo que otros “intereses” –por ejemplo, la confianza– pueden prevalecer sobre la voluntad¹⁴. Al permitir que los individuos se vinculen mediante promesas que nunca quisieron hacer exigibles, esta concesión priva a la teoría de la voluntad de gran parte de su fuerza. Requerir que la voluntad subjetiva de quien promete ceda siempre, o casi siempre, a la confianza que deposita el destinatario en la manifestación objetiva de asentimiento de quien promete, debilita la afirmación que expresa que la obligación contractual se fundamenta en la voluntad del individuo¹⁵ y fortalece

⁹ Ver COHEN. Nota 7 *supra*. pp. 575-578. BURROWS. Nota 8 *supra*. p. 258.

¹⁰ HUME, David. “An Inquiry Concerning the Principles of Morals”. Edición de C. Hendel. 1957. Si la dirección secreta de la intención, infiere todo hombre con sentido común, pudiera invalidar un contrato entonces, ¿dónde está nuestra seguridad? Un académico de la metafísica podría pensar que donde la intención es un requisito, si ésta no tuvo lugar, ninguna consecuencia debería seguir y ninguna obligación podría ser impuesta.

¹¹ Un ejemplo interesante en el cual una Corte sospecha de una estrategia similar, “The Mailbox Rule”, puede verse en: *Cohen v. Clayton Coal Co.* 86 Colo. 270, 281. p. 111. (1929).

¹² Noten que ni el problema de la confianza ni el problema del fraude se darán cuando el promitente, quien manifiesta la intención de vincularse legalmente, busca evadir responsabilidad mostrando que el destinatario de la promesa no comprendió “subjetivamente” que las acciones del promitente daban a entender otra cosa. Esto proporciona algunas oportunidades de fraude permitiendo que el promitente evada su responsabilidad al poder probar que el destinatario comprendió perfectamente la conducta tal como fue la intención subjetiva del promitente y que, por consiguiente, no pudo confiar en las manifestaciones que éste hizo. Sin embargo, tal examen “subjetivo” rara vez se permite bajo una aproximación convencional objetiva. Ver: *Embry v. Hargadine, McKittrick Dry Goods Co.*, 127 Mo. App 383, 385, 105 S. W. 777, 779 (1907). Como discutiremos más adelante, ver notas 156-170 *infra* y el texto que las acompaña, esta posición se encuentra en perfecta armonía con la teoría del consentimiento contractual.

¹³ Véase *Ricketts v. Pennsylvania R.R.*, 153 F.2d 757, 760-761 (2d Cir. 1946); “Restaments (second) of Contracts” S 2 comment b (1979); FARNSWORTH. “Contracts”. p. 114. 1982.

¹⁴ Véase FRIED, C. Nota 8 *supra*. pp. 58-63 (Reconociendo que una falla en el acuerdo subjetivo priva al contrato de su fuerza moral sobre la intención, pero aseverando que esta se puede recuperar sobre la base de otros principios como la “justicia”, “el incentivo al debido cuidado” o por la preocupación de “la administración”).

¹⁵ Véase BURROWS. Nota 8 *supra*, p. 258; HUME. Nota 10 *supra*. p. 30 n.5 (“La expresión que se trajo como subordinada a la voluntad, se convirtió pronto en la parte principal de la promesa...”).

la visión de que las obligaciones contractuales pueden ser correctamente impuestas a las partes aun si no lo desean¹⁶. La incapacidad de las teorías de la voluntad para explicar adecuadamente la exigibilidad de las manifestaciones objetivas de la intención permite, también, explicar en parte el continuo interés en las teorías de la obligación contractual basadas en la confianza.

2. Teorías basadas en la confianza

Las teorías que explican la obligación contractual como un esfuerzo por proteger la confianza que el destinatario de una promesa dispensa en la promesa de otro tienen la aparente virtud de explicar por qué las personas pueden quedar obligadas por el significado común de sus palabras, al margen de sus intenciones individuales. De esta forma, se ha vuelto cada vez más común afirmar que la confianza en una promesa crea la obligación contractual¹⁷. Una teoría de la confianza se basa en la intuición de que, dentro del Derecho de los contratos, debemos ser responsables por nuestra conducta asertiva cuando ella genera una confianza “previsible” o “justificable” en otros, de una manera muy parecida a cuando, bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual, somos sujetos a responsabilidad por las consecuencias dañinas de nuestros actos¹⁸.

Las teorías de la confianza, sin embargo, enfrentan una dificultad, en apariencia, insuperable. Como lo describió Morris Cohen en 1933: “Claramente, no todos los casos de daños producidos por haber confiado en la conducta o la palabra de alguien serán accionables y la teoría que analizamos no nos da pista alguna sobre cómo distinguir un caso del otro”¹⁹. El defecto señalado ha llevado necesariamente al empleo de frases tales como “confianza justificada” o

“confianza razonable”²⁰. Sin embargo, estos adjetivos dependen de criterios de evaluación –usualmente vagos– que no están relacionados con la confianza en sí misma porque, sea justificada o no, razonable o no, la confianza está presente de todas maneras.

Más aún, el que una persona haya confiado “razonablemente” en una promesa depende de aquello que la mayoría de la gente haría o debería hacer en ciertas circunstancias. Tal evaluación no se puede hacer independientemente de la regla legal que rige en la comunidad de que se trate, porque lo que la mayoría de las personas haría por confiar en una promesa depende mucho de la percepción que ellas tengan acerca del carácter exigible o no de la promesa. Una teoría de la confianza, por lo tanto, no hace más que plantear la pregunta que se supone debería responder: ¿es ésta una promesa que debería ser exigible?

El análisis no difiere si nos preguntamos si el promitente conocía o tenía razones para conocer que su promesa podría inducir a otros a actuar motivados en su confianza²¹, aun cuando esta formulación debilita la preferencia que la teoría basada en la confianza tiene por los intereses del destinatario. A diferencia del contenido de la predicción requerida en el análisis de lo previsible bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual –las consecuencias físicas que provienen de las acciones físicas– el contenido de la predicción que se requiere en el análisis de previsibilidad en el Derecho de los contratos es las acciones de una persona auto-consciente. La predicción acerca de que una promesa pueda generar razonablemente confianza en el destinatario o en una tercera persona dependerá, inevitablemente, de si éstos creen que su confianza resultará legalmente protegida. Luego, la regla legal misma no podría formularse basándose en tal

¹⁶ Véase ATIYAH, P. “The Rise and Fall of Freedom of Contract”. 1979; FEINMAN. “Critical Approaches to Contract Law”. En: UCLA Law Review 30. 1983. pp. 829-834 (“El Derecho contractual es como la responsabilidad extracontractual y la “judicial action” es como la “legislative action”, todas necesariamente desarrollan juicios de política pública al imponer responsabilidad legal”). Véase, EISENBERG. “The Bargain Principle and Its Limits”. En: Harvard Law Review 95. 1982. pp. 741-758 (comparando con el análisis que hace Atiyah sobre las obligaciones basadas en la confianza).

¹⁷ Mientras que la literatura está llena de sugerencias sobre “el principio de la confianza”, una teoría de la confianza contractual comprehensiva nunca ha sido presentada sistemáticamente. Tal aproximación subyace claramente en el trabajo de Gilmore. Pueden revisar GILMORE. “The Death of Contract”. 1974. pp. 71-72. Atiyah parece apelar una teoría de la confianza a pesar que también reconoce que “la creación y extinción voluntaria de derechos y responsabilidades” debería quedar como uno de los “pilares básicos del derecho de las obligaciones”. ATIYAH, P. Nota 16 *supra*. p. 779; ver también FEINMAN. “Promisory Stoppel and Judicial Method”. En: Harvard Law Review 97. 1984. pp. 678-717 (“El principio de la confianza” socava las doctrinas clásicas del Derecho contractual); HENDERSON. “Promisory Stoppel and Traditional Contract Doctrines”. En: Yale Law Review 78. 1969. pp. 343-344 (las reglas del “Promisory Stoppel” crean un contrato afectado por el principio de la confianza”).

¹⁸ GILMORE, G. Nota 17 *supra*. p. 88 (“podemos tomar el hecho que los daños contractuales se han vuelto indistinguibles de los daños en la responsabilidad extracontractual para reflejar una instintiva y casi inconsciente sensación que los dos campos, separados artificialmente, están gradualmente convirtiéndose en uno solo”).

¹⁹ COHEN. Nota 7 *supra*. p. 579

²⁰ EISENBERG. Nota 1 *supra*. pp. 656-659; HENDERSON. Nota 17 *supra*. p. 345.

²¹ “Restatement (Second) of Contracts” § 90 (1). 1979. La sección 90 califica las recuperaciones basadas en la confianza en la etapa de la formación del contrato, al requerir tanto una “razonable” expectativa sobre la confianza y la imposición de sanciones sólo si “la injusticia” no puede ser de otra manera evitada y, en el nivel de los remedios, al limitar el remedio “como lo requiera la justicia”. Sin embargo, tradicionalmente, el método legal emplea el análisis teórico y doctrinal (esto es consistente con las nociones subyacentes de justicia) para descubrir dónde se encuentra la justicia en el caso concreto. BARNETT. “Why we Need Legal Philosophy”. En: Harvard Law Review 8 & Pub. Pol. 1985. pp. 6-10. La sección 90 obviamente desvía esta cuestión. Mientras puede haber sido la víctima de un delineamiento demasiado cauto, ninguna formulación precisa que haya sido expuesta parece poder tomar su lugar.

predicción, sin introducir una *circularidad* práctica en el análisis²².

Más aún, si una promesa se define a la manera del Restatement (Second) of Contracts, como “una manifestación de la intención de actuar o no actuar de una manera específica de modo tal que permita comprender al destinatario que una promesa ha sido hecha”²³, entonces, parecería que todo promitente debería razonablemente esperar que su promesa induzca a la confianza del destinatario. Si esto es así, “el verdadero problema no sería si el promitente debe esperar que el destinatario confíe, si no debe más bien saber hasta qué punto la confianza del destinatario resulta razonable”²⁴. Pero, esto nos lleva nuevamente a las dificultades para discernir en qué consiste una confianza “razonable”.

Al proporcionar un criterio excesivamente expansivo de la obligación contractual, cualquier teoría que base esta obligación en una confianza dañina –o en detrimento del destinatario– deja de lado la pregunta básica que debe ser resuelta por la teoría contractual: ¿cuáles son aquellas acciones que induciendo potencialmente a la confianza de otro tienen consecuencias legales y cuáles no? Las acciones que una persona realiza confiando en un compromiso no se encuentran justificadas –ni, por ende, legalmente protegidas– por el simple hecho de haber confiado. La confianza en la palabra de otro se encuentra legalmente protegida, más bien, por circunstancias aún no definidas²⁵.

En resumen, antes que tener derecho para el uso de la exigibilidad legal debido a que estuvo justificado confiar, una persona se encuentra justificada para confiar en aquellos compromisos que la ley hará exigibles. Las teorías basadas en la confianza, por lo tanto, deben recurrir a un criterio distinto de la propia confianza para diferenciar entre actos de confianza justificados y los que no lo son. Dicho criterio todavía tiene que ser identificado. Más adelante se explica²⁶ que la teoría del consentimiento proporciona ese criterio.

3. El problema de las teorías basadas en las partes

Estas dificultades nos revelan que las teorías basadas en la confianza tienen mucho en común con las teorías basadas en la voluntad. Ambas teorías deben recurrir a definiciones sobre la exigibilidad contractual que no derivan ni de la confianza ni de la voluntad, sino más bien están basadas en otros principios fundamentales que, sin embargo, son dejados sin articular. Al no poder distinguir adecuadamente entre los compromisos que deben ser legalmente protegidos y aquellos que no, ambas teorías no han podido cumplir su objetivo fundamental. Consecuentemente, los casos contractuales reales deben resolverse de manera *ad hoc* utilizando conceptos tan vagos como “razonabilidad” o “políticas públicas” o empleando criterios que aunque claros son tan formalistas como el criterio de la *consideration*¹.

Cada una de estas teorías se enfoca en la protección de una de las partes de la transacción contractual: las teorías de la voluntad se enfocan en el respeto de la intención del promitente, mientras las teorías de la confianza centran su atención en corregir el daño que se pueda causar al destinatario de la promesa. Como resultado, ninguna de las dos teorías puede evaluar satisfactoriamente esa calidad interrelacional que caracteriza el proceso contractual. El Derecho de los contratos existe para facilitar las transacciones entre las personas. Para dicho propósito, no existe razón obvia para preferir de modo automático a una de las partes por sobre la otra. Si bien las intenciones subjetivas y los costos de confiar son importantes para una correcta comprensión de la obligación contractual, hay algo mucho más básico que se pierde en estas teorías de la obligación contractual cuyo centro de atención se coloca en sólo una de las múltiples preocupaciones fundamentales.

Irónicamente, aunque ambas teorías asumen una posición moralista bastante marcada –protegiendo la “autonomía” o remediando los “daños”–,

²² Este parece ser un ejemplo de lo que George Fletcher caracterizó como una “paradoja del pensamiento legal”. Véase, FLETCHER. “Paradoxes in Legal Thought”. En: Columbia Law Review. 1985. p. 1263. Si esto es así, se resolvería sólo encontrando una base independiente de exigibilidad en la cual se pueda distinguir la confianza legalmente protegida de la que no lo está. (“Cuando una paradoja está encubierta podemos restaurar la consistencia en nuestra estructura legal... encontrando o construyendo una distinción... que disuelva la paradoja”).

²³ “Restatement (Second) of Contracts” S 2. 1979. Noten que la definición sobre la promesa que hace este Código difiere de la definición de “Consentimiento” ofrecida más adelante. Notas 121, 143 y 144 *infra* y el texto que las acompaña. Allí el consentimiento está limitado a una particular clase de compromiso –el compromiso legalmente vinculante.

²⁴ EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 659.

²⁵ No obstante esta debilidad, el creciente reconocimiento de la restitución basada en la confianza ejemplificada por el S 90 del “Restatement (Second) of Contracts” puede haber sido, después de realizar un balance, más provechosa que perjudicial para la libertad contractual. La restitución basada en la confianza proporciona una válvula segura que permite un desfogue para los casos que envuelven una confianza no negociada y, por lo tanto, permite que la negociación que se produce en el mercado sobreviva. Véase FARNSWORTH. Nota 13 *supra*. S 2.19. p.89 (“La doctrina de la consideración, al fallar en proporcionar una base satisfactoria para proteger tales promesas, pudo haber traído gran presión para reformar la doctrina sino hubiera sido por el creciente reconocimiento de la confianza como un mecanismo alternativo para la restitución”).

²⁶ Ver notas 192-197 *infra* y el texto que las acompaña.

¹ Nota del traductor: La palabra “consideration” será traducida en adelante como consideración.

ninguna proporciona un adecuado marco moral que explique la exigibilidad legal de los contratos. Ambas teorías fallan en este aspecto porque intentan explicar la obligación contractual en un vacío teórico. En la teoría política y legal de carácter liberal, identificar las titularidades o los derechos de propiedad de los individuos en la sociedad facilita el carácter interrelacional de la vida social. Las teorías que se enfocan exclusivamente en la voluntad de los promitentes o en la confianza de los destinatarios fallan al utilizar este marco conceptual. Por eso, no nos sorprende que los intentos para explicar las obligaciones contractuales entre las personas pierdan sentido cuando dichos intentos ignoran los fundamentos de las relaciones legales interpersonales.

B. Teorías basadas en estándares

Las teorías basadas en estándares son aquellas que evalúan la sustancia de una transacción contractual para ver si está conforme con un estándar de evaluación que la teoría especifica como primario. Dos de dichos estándares que han recibido amplia aceptación son la eficiencia económica y la justicia sustantiva.

1. Teorías de la eficiencia

Una de las más conocidas teorías legales basadas en estándares es la aproximación de la eficiencia asociada a la escuela del "análisis económico del Derecho"²⁷.

La eficiencia económica es vista por algunos miembros pertenecientes a esta escuela como la maximización de cierto concepto de riqueza o bienestar social: "el término eficiencia se refiere a la relación entre los beneficios agregados y los costos agregados de una situación... En otras palabras la eficiencia se refiere al tamaño de la torta"²⁸. De acuerdo con este punto de vista tanto las normas como las prácticas legales son evaluadas según aumenten o disminuyan el tamaño de esta torta²⁹.

En su variación menos categórica, una evaluación económica de las normas no constituye una teoría propiamente dicha de la obligación contractual. Más bien, el análisis económico del Derecho es visto, simplemente, como una indagación científica "liberada de valores" destinada a la descripción o a la explicación de las consecuencias resultantes de una norma o de un esquema en particular³⁰. Visto de esta manera, el análisis económico no es una teoría que compita con las teorías de la obligación contractual, sino más bien uno de los muchos criterios para evaluar teorías legales concurrentes.

El análisis económico también puede ser visto como una teoría normativa del Derecho³¹, esto es, hacer de la eficiencia económica el mejor o el único criterio de análisis en el Derecho³². Sin embargo, como quiera que el análisis económico estándar parte de asumir que algunos acuerdos son exigibles³³, las teorías normativas de la eficiencia no son capaces de proporcionar una distinción entre un compromiso

²⁷ Para una breve discusión sobre el rol que esta escuela ha jugado al provocar un reciente desarrollo jurisprudencial ver BARNETT. Nota 3 *supra*. pp. 1229-1233.

²⁸ POLINSKY, A. "An Introduction to Law and Economics". 1983; COOTER y EISENBERG. "Damages for Breach of Contract". En: California Law Review 73. 1985. pp. 1432-1460 ("Los economistas dicen que un contrato es eficiente si sus términos maximizan el valor que puede ser creado por el intercambio contemplado").

²⁹ COLEMAN. "Efficiency, Utility and Wealth Maximization". En: Hofstra Law Review 8. pp. 509-512. 1980 ("Los economistas al proponer el análisis económico del Derecho emplean al menos cuatro nociones de eficiencia: (1) eficiencia productiva, (2) el Óptimo de Pareto, (3) la superioridad de Pareto y (4) la eficiencia Kaldor-Hicks").

³⁰ *Ibid.* pp. 548-549. Una rama de esta forma de ver la economía, llamada "economía positiva", juzga la eficacia de una explicación económica por su habilidad de generar hipótesis que puedan ser verificadas por un análisis científico. Para explicaciones sobre esta metodología véase FRIEDMAN. "The Methodology of Positive Economics". En: "Essay in Positive Economics". 1953; POSNER, Richard. "Economic Analysis of Law". Segunda edición. 1977. pp. 12-13 y pp. 17-19. Para ver aplicaciones sobre la metodología pueden revisar POSNER y LANDES. "Legal Change, Judicial Behavior and Diversity Jurisdiction". En: Journal of Legal Studies 9. 1980. p. 367; PRIEST. "Selective Characteristics of Litigation". En: J. Legal Studies 9. 1980. p. 399. Si buscan una crítica sobre la metodología pueden revisar O'DRISCOLL. "Justice, Efficiency and the Economic Analysis of Law: A Comment on Fried". En: Journal of Legal Studies 9. 1980. p. 355; RIZZO. "Can There Be a Principle of Explanation in common Law decisions?: A Comment on Priest". En: Journal of Legal Studies 9. 1980. p. 423.

³¹ COLEMAN. Nota 30 *supra*. p. 549; POSNER, R. "A Reply to Some Recent Criticism of the Efficiency Theory of the Common Law". En: Hofstra Law Review 9. 1981. p. 775 ("La rama normativa de la teoría afirma que el promover la asignación eficiente de los recursos... es lo que los jueces deberían tratar de hacer al tomar las decisiones en los casos"). Sin embargo, POSNER. *Op.cit.*, p. 779 (Posner niega que el análisis normativo sea el "interés primario").

³² POSNER, R. Nota 30 *supra*; POSNER, R. "The Economics of Justice". 1981. Algunos analistas normativos encubren esta distinción al afirmar que otras preocupaciones, por ejemplo, distributivas son normativamente importantes. Pueden ver, por ejemplo, CALABRESI. "About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin". En: Hofstra Law Review 8. 1980. p. 553; CALABRESI y MELAMED. "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View From the Cathedral". En: Harvard Law Review 85. 1972. p. 1089 [traducción al español disponible en THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. pp. 63-86]. También pueden revisar DWORCKIN. "Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner". En: Hofstra Law Review 8. 1980. p. 563 (discutiendo la coherencia de mezclar la eficiencia con preocupaciones redistributivas en un análisis normativo).

³³ Lo que estos economistas algunas veces llaman "transacciones de mercado" son de hecho contratos. Pueden ver, por ejemplo, COASE. "The Problem of Social Cost". En: 3 J. L. & Econ. 1. 1960. p. 15 ("El argumento se ha desarrollado hasta este punto bajo el presupuesto... que no hubo costos envueltos en la ejecución de las transacciones mercantiles"). Ver CHEUNG. "Transaction Cost, Risk Aversion and the Choice of Contractual Arrangements". En: J. L. & Econ. 12. 1969. p. 23 ("toda transacción envuelve un contrato"); FURUBOTH y PEJOVICH. "Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature". En: J. Econ. Literature 10. 1972. pp. 1137-1141 ("El modelo estándar competitivo imagina un sistema especial donde una gama particular de derechos de propiedad privada gobierne el uso de los recursos y donde los costos contractuales del intercambio, fiscalización y protección sean igual a cero").

exigible y uno que no lo es³⁴. En un mundo sin costos de transacción, afirman, el comportamiento económico individual aseguraría que, por medio de intercambios mutuamente ventajosos de titularidades, éstas sean libremente transferidas hacia su uso más valioso³⁵. Un mundo hipotético como el descrito, en el que se presupone que todos los intercambios de titularidades legales son exigibles, no puede explicarnos, sin más, por qué o cuándo algunas promesas son exigibles y otras no.

En un mundo con costos de transacción positivos³⁶, los economistas que emplean un modelo de "competencia perfecta" intentan evaluar el grado en el que dichos costos impiden la circulación de los recursos a sus usos más valiosos y las formas en que las normas y los remedios legales, incluyendo aquellos que definen la gama de titularidades, pueden ser modificados a fin de minimizar dicha "ineficiencia"³⁷. Un análisis de este tipo, basado en detectar las desviaciones de las titularidades iniciales y de los intercambios libres de costo respecto de una norma de eficiencia base, debe sustentarse, en última instancia, en no más que una asunción de que tales intercambios voluntarios que buscan economizar son en algún grado exigibles. Así, el análisis económico se centra típicamente en los problemas de los intercambios forzados del mundo real (responsabilidad extracontractual) en un esfuerzo por dar solución legal a estas transacciones ocurridas fuera del mercado y aproximarlas lo más cerca posible a una solución de mercado³⁸. El análisis

de eficiencia de los intercambios voluntarios (Derecho contractual) está típicamente enfocado en tópicos distintos de la fuente misma de la obligación contractual, tales como los remedios apropiados u otros mecanismos de exigibilidad³⁹, y asumen, en vez de demostrar, la exigibilidad de todos los compromisos voluntarios⁴⁰. La forma de reconocer compromisos voluntarios que deben ser exigidos frente a simples promesas sociales inexigibles, es un tema generalmente no discutido.

Además, algunas teorías normativas de la eficiencia⁴¹ generan problemas adicionales. Si vamos a exigir sólo aquellos acuerdos del mundo real que incrementen la riqueza general de la sociedad⁴², entonces puede afirmarse o asumirse que un observador neutral (por ejemplo, un juez-economista) tendrá acceso a esta información, es decir, que sabrá reconocer cuáles acuerdos incrementan la riqueza y cuáles no⁴³.

Dos problemas surgen a partir de esta asunción o afirmación. El primero concierne a su validez. ¿Pueden, efectivamente, los observadores adquirir información sobre intercambios que incrementen la riqueza con independencia de las preferencias manifestadas por los participantes en el mercado? Aún más importante, ¿puede un sistema legal prácticamente basar sus decisiones en tal información? Se ha argumentado de una manera persuasiva que tal conocimiento, simplemente, no se encuentra disponible independientemente de la

³⁴ Claro que uno podría tratar de definir "transacciones de mercado" tan estrechamente que el concepto de contrato quedaría excluido. KRONMAN y R. POSNER. "The Economics of Contract Law". 1979 ("Uno puede hablar sobre el principio o sistema de intercambio voluntario por algún tiempo antes de que se vuelva necesario considerar el rol de los contratos y el Derecho contractual en facilitar el proceso"). Sin embargo, Una definición tan restringida no se encuentra garantizada. De hecho, no es claro que el mecanismo de mercado tendrá su supuesto efecto productor de eficiencia, sin considerar de forma mucho más amplia a todos los acuerdos, sean exigibles o no, como "intercambios de mercado". Pueden revisar POSNER. "Gratuitous Promises in Economics and Law". En: Journal of Legal Studies 6. 1977 pp. 411-412 ("La aproximación tomada aquí dice que la promesa gratuita, a la larga compromete al promitente a cumplir con determinado curso de acción... creando utilidad para el promitente a través de la utilidad que le genera el cumplimiento prometido"); pueden ver también las notas 48-49 *infra* y el texto que las acompaña.

³⁵ CHEUNG. "The Structure of Contract and The Theory of a Non- Exclusive Resource". En: J. L. & Econ. 13. 1970. pp. 49-50. COASE. Nota 33 *supra*. p. 15; POSNER. Nota 32 *supra*. p. 60 ("El término "valor" en economía se refiere generalmente al valor de intercambio...").

³⁶ COASE. Nota 33 *supra* p. 15. Para efectuar una transacción en el mercado es necesario descubrir quién podría ser la contraparte, informar a las personas con las que se busca negociar, establecer en qué términos, conducir las negociaciones a buen puerto, diseñar y redactar el contrato, fiscalizar el cumplimiento de lo pactado, etc. Estas operaciones normalmente son tan costosas, suficientemente costosas como para evitar que se den muchas de las transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el cual el sistema de precios funcionara sin costo.

³⁷ POSNER, R. Nota 32 *supra*. p. 70; CALABRESI y MELAMED. Nota 32 *supra*. p. 1097.

³⁸ POSNER, R. Nota 30 *supra*. p. 11.

³⁹ REA. "Nonpecuniary Loss and Breach of Contract". En: Journal of Legal Studies 11. 1982. pp. 35-36.; MACNEIL. "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky". En: Va. Law Review 68. 1982. pp. 947-968. El modelo económico no proporciona una base para concluir *a priori* sobre la eficiencia del cambio de propietario en algún momento de la transacción. Además, el cambio de propietario, una titularidad legal, no puede ser separada analíticamente (excepto para analizar los costos de transacción y la clase de cuestiones puestas en relieve por Calabresi y Melamed) de los remedios contra el incumplimiento contractual.

⁴⁰ Véase nota 33 *supra* y el texto que la acompaña.

⁴¹ POSNER. Nota 32 *supra*. pp. 88-115 (discutiendo sobre la base "ética y política de la maximización del bienestar"). Otros economistas utilizarían un criterio Paretiano más restrictivo de eficiencia. Ver COLEMAN. "Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law". En: California Law Review 68. 1980. pp. 221-231.

⁴² POSNER. Nota 34 *supra*. p. 415 ("la pregunta de si es económico para la sociedad el reconocer una promesa como exigible requiere una comparación sobre la utilidad de la promesa para el promitente con el costo social de hacer exigible esa promesa").

⁴³ POSNER. Nota 32 *supra*. p. 62 ("El teórico insistiría que el valor relevante es incognoscible si es que no ha sido revelado en una actual transacción mercantil, pero yo creo que en muchos casos las cortes pueden hacer una presunción lo suficientemente razonable como para hacer una asignación que maximice el bienestar"). p. 79 ("La comparación inter-personal de utilidades es un anatema para el economista moderno porque no existe sistema métrico que logre hacer tal comparación. Sin embargo, la comparación inter-personal del valor, en un sentido económico, es factible, aunque difícil, incluso cuando el valor no está siendo comparado en un mercado explícito").

producción de información en los mercados reales⁴⁴. Si no está disponible, entonces, no es capaz de proporcionar criterios útiles que ayuden a distinguir las promesas exigibles de las que no lo son⁴⁵.

Asumiendo, sin embargo, que tal conocimiento sí se encuentra disponible, si tenemos el acceso directo a información suficiente para conocer si ciertos intercambios incrementan la riqueza o no, entonces, ¿por qué preocuparnos por el Derecho contractual? ¿Por qué no simplemente contar con una autoridad central que use este conocimiento para transferir titularidades independientemente del acuerdo entre las partes, sabiendo, además, que la necesidad de celebrar acuerdos genera costos de transacción? O ¿por qué no dejar que los jueces utilicen este conocimiento para ratificar “robos eficientes” —esto es, dar a los ladrones la opción de obtener la titularidad sobre propiedad que tomaron de otras personas sin su consentimiento—, a condición de que el ladrón pague el valor de los daños que el juzgado le imponga, equivalentes al valor que la propiedad tenía para la víctima⁴⁶? La asunción consistente en la disponibilidad de la información impide a los economistas normativos responder que el mercado es necesario para proveer tal información⁴⁷.

Las observaciones que da la teoría económica sobre los efectos que ciertas reglas o principios contractuales tienen en la asignación eficiente de recursos pueden

influir adecuadamente en nuestra evaluación normativa de tales reglas o principios, especialmente cuando estos efectos son considerados conjuntamente con los efectos que tales reglas o principios tendrían en la autonomía privada o “voluntad” y en la “confianza”. Más obvio aún, la eficiente asignación de recursos puede requerir de un mercado compuesto de intercambios consensuales que revelen y transmitan información sobre preferencias personales y oportunidades económicas que de otra manera sería imposible obtener⁴⁸. Un análisis económico sugeriría, por lo tanto, que el consentimiento mostrado juega un rol importante en el Derecho contractual, en la medida en que la eficiente asignación de recursos es una actividad social que debe ser facilitada por el sistema legal⁴⁹. Desde esta perspectiva, los “costos de transacción” creados por el requerimiento de consentimiento no son peores, desde el punto de vista de la eficiencia, que cualquier otro costo de producción. Los costos de negociar para obtener el consentimiento de otro pueden constituir recursos bien utilizados, ya que tales negociaciones sirven para revelar información valiosa.

Allí donde los costos de negociación involucrados en lograr consentimiento se vuelvan tan altos que impidan realizar intercambios considerados deseables por los observadores, se pueden extraer por lo menos tres conclusiones. Cada una, no obstante, abunda en contra

⁴⁴ DEMSTEEZ. “Some Aspects of Property Rights”. En: *Journal of Law and Economics*. 1966. pp. 61-68; RIZZO. “The Mirage of Efficiency”. En: *Hofstra Law Review* 8. 1980. pp. 641-651; COLEMAN. “The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner’s *The Economics of Justice*”. En: *Stanford Law Review* 34. 1982. pp. 1105-1109. El trabajo seminal en esta área fue realizado por Ludwig von Mises y F. A. Hayek. Ver, por ejemplo, MISES, Ludwig von. “Socialism”. 1951 pp. 137-142 (discutiendo por qué “los mercados artificiales” no son posibles); HAYEK. “The Use of Knowledge in Society”. En: *Individualismo y Orden Económico*. 1948. pp. 77-78 (“El problema económico de la sociedad no es solamente un problema de cómo asignar los recursos... Es más bien un problema sobre cómo asegurar el mejor uso de los recursos conocidos para todos los miembros de la sociedad, al final su importancia relativa sólo es conocida por esos individuos”). GRAY. “Hayek on Liberty”. 1940 (explicando la tesis de Hayek sobre que “la imposibilidad del socialismo... deriva de la negación de las funciones epistemológicas de las instituciones del mercado y sus procesos”). LAVOIE. “Rivalry and Central planning”. 1985. pp. 48-77 (describiendo la contribución de Mises al “debate sobre los cálculos socialistas” en 1930).

⁴⁵ Por supuesto, después de que un intercambio forzoso ha ocurrido, ya sea extracontractual o contractual, la corte puede no haber tenido más alternativa que asignar un valor de la mejor forma que pudo. Véase, por ejemplo, MURIS. “Cost of Completion or Diminution in Market Value: The Relevance of Subjective Value”. En: *J. Legal Studies* 12. 1983. p. 379 (discutiendo la compensación de la medida de los daños subjetivos que resultan del incumplimiento contractual). Ver, también, nota 38 *supra* y la nota 130 *infra* y el texto que las acompaña. Sin embargo, aquí no se discute sobre la mejor manera de rectificar los intercambios forzados, sino más bien, porqué y cuáles intercambios voluntarios son legalmente vinculantes. Por eso, es apropiado preguntarse por la eficiencia normativa propugnada sobre cuándo una corte, facultada para utilizar el análisis de eficiencia, puede “reemplazar las condiciones del mercado” al reconocer intercambios con valor agregado. No hay evidencia que esto sea posible y, por lo tanto, tampoco hay buenas razones para seguir pensándolo. Ver: nota 44 *supra* y el texto que la acompaña.

⁴⁶ Algunos analistas económicos pueden estar acercándose peligrosamente a una posición de “robo eficiente” al argumentar la legitimación del “rompimiento eficiente” del contrato. Para una explicación de la posición de “rompimiento eficiente” pueden ver POLINSKY, A. Nota 28 *supra*. pp. 29-32; POSNER, R. Nota 30 *supra*. pp. 88-93. Para una confrontación pueden ver MACNEIL. Nota 39 *supra* (criticando el análisis del rompimiento eficiente a partir de una perspectiva de titularidades).

⁴⁷ Ver nota 43 *supra* y el texto que la acompaña. Un economista puede argumentar que se pueden realizar ajustes en el valor marginal en contra de las instituciones de mercado. Véase, por ejemplo, POSNER. Nota 32 *supra*. p. 111. Esta posición ha sido criticada por RIZZO. Nota 44 *supra*. pp. 651-654. Las teorías normativas también pueden ser criticadas por una excesiva confianza en lo “objetivo” como oposición al concepto “subjetivo” del costo. Ver, por ejemplo, RIZZO. Nota 44 *supra*. p. 646 (“La dificultad de medir, lo que tenemos razón en creer que son variantes relevantes, no es, sin embargo, un argumento para descuidarlas; por el contrario, demuestra las limitaciones esenciales del criterio de la maximización de la riqueza”). Para una explicación sobre la diferencia entre los dos conceptos de costo, ver BUCHANAN, J. “Cost and Choice”. 1969. pp. 1-26; THIRLBY. “The Subjective Theory of Value and Accounting Costs”. En: *L.S.E. Essays on Cost*. Edición de James Buchanan y Thirlby. 1981. p. 137.

⁴⁸ Ver nota 44 *supra* y el texto que la acompaña. CHEUNG, S. “The Theory of Share Tenancy”. 1969. p. 64 (“La competencia conglomerada el conocimiento de todos los potenciales propietarios—el conocimiento de arreglos contractuales alternativos y usos de los recursos; y la transferencia de los derechos de propiedad asegura que el conocimiento más valioso será utilizado”). DEMSETZ. Nota 44 *supra*. p. 65 (“Insistiendo que el consentimiento voluntario tiende a producir información cuidadosa cuando muchos costos y beneficios sólo son conocidos por los individuos involucrados”).

⁴⁹ La teoría política incluida en el análisis económico normativo ha sido cuestionada por Ronald Dworkin. Ver DWORKIN. “Is Wealth a Value?”. En: *Journal of Legal Studies* 9. p. 191. 1980; DWORKIN. Nota 32 *supra*. Otro análisis crítico puede ser revisado en “Symposium on Efficiency as a Legal Concern”. En: *Hofstra Law Review* 8. 1980. p. 811.

de hacer exigibles las transferencias involuntarias. Primero, en ausencia de una demostración consensuada de preferencias, no tenemos cómo saber realmente si el intercambio vale la pena —es decir, si contribuye a incrementar la riqueza o no⁵⁰. En segundo lugar, la ineficiencia de las instituciones legales del gobierno, que elevan innecesariamente los costos de transacción, podría ser la principal responsable de convertir las transacciones consensuales en prohibitivamente caras. De ser ello así, la “falla del gobierno” y no la “falla del mercado” sería la responsable por impedir el intercambio y la respuesta apropiada sería eliminar la verdadera fuente de la ineficiencia⁵¹. Por último, cuando los costos de negociación hacen que los acuerdos consensuales resulten un mecanismo muy caro para obtener información vital sobre el valor, existen diversas vías alternativas para generar tal información sin tener que negociar —por ejemplo, formando una nueva compañía o “firma” fusionando una compañía con otra, o combinando varios productos dentro de un solo paquete⁵².

En este análisis, el consentimiento demostrado es visto como un elemento que juega un rol importante en cualquier esfuerzo por lograr una eficiencia económica o una asignación de recursos que sea eficiente. Sin embargo, las nociones de eficiencia por sí solas, no logran explicar por completo por qué ciertos acuerdos

deben ser exigibles, a menos que se proceda a probar que la eficiencia económica es la meta exclusiva del orden legal. El intento por proporcionar una teoría normativa de la maximización de la riqueza, por lo menos en el área del Derecho contractual, es fundamentalmente fallido⁵³. En resumen, mientras que el requerimiento de consentimiento se encuentre fundamentalmente apoyado en argumentos basados en la eficiencia, la justificación normativa de una teoría del consentimiento contractual deberá basarse en criterios mucho más generales.

2. Teorías basadas en la justicia sustantiva

Otra escuela de pensamiento basada en estándares intenta evaluar la sustancia de una transacción para ver si ésta es “justa”⁵⁴. Las teorías basadas en la justicia sustantiva tienen una larga tradición que data por lo menos desde los teóricos cristianos del “justo precio” en el medioevo⁵⁵ y, tal vez, desde Aristóteles⁵⁶. Su encarnación moderna en el Derecho Contractual se encuentra en las discusiones decimonónicas sobre la “adecuación o suficiencia de la consideración”⁵⁷, y más recientemente, en el tratamiento de la “ausencia de conciencia”⁵⁸.

Una teoría de la justicia sustantiva asume que es posible hallar un estándar de valor a partir del cual la sustancia de cualquier acuerdo puede ser objetivamente

⁵⁰ Esto es verdad por dos razones que se relacionan. La primera es el problema epistemológico que se presenta por la ausencia de consentimiento. Ver nota 44 *supra* y el texto que la acompaña. La segunda —que se deriva de la primera— es el efecto que la escasez de bienes tiene en el análisis de eficiencia. Los costos de transacción incluyen acuerdos negociados (cotizaciones de mercado) y la obtención de exigibilidad legal (costos administrativos). Ambos pueden ser vistos como componentes de información y seguridad en una transacción dada. Tales costos serán positivos en un mundo donde prima la escasez. Supongamos que ellos exceden la ganancia potencial de un contrato y que, por consiguiente, este no se lleva a cabo. ¿Es esta una situación “no óptima” a comparación de la situación en donde los costos de cualquier otro factor de escasez utilizado —como la tierra o el trabajo— evitan una transacción? DEMSETZ. “Information and Efficiency: Another view point”. En: *Journal of Law and Economics* 12. 1969. pp. 1-4. (“Hacer tal afirmación es negar que la escasez es relevante para la optimización, una extraña posición para un economista”).

⁵¹ CHEUNG. Nota 33 *supra*. p. 42 (“Los costos de transacción también dependen de los acuerdos legales alternativos. Por ejemplo, la variada efectividad de la exigibilidad legal o el grado de coruptibilidad de las cortes afectarán los costos de transacción en el mercado”). COASE. Nota 33 *supra*. p. 28 (“La clase de la situación en la cual los economistas consideran una pronta intervención correctiva del Estado es, de hecho, muy a menudo el resultado de las mismas acciones del Estado”). DEMSETZ. “The Exchange and Enforcement of property Rights”. En: *Journal of Law and Economics* 7.1964. pp. 11-17 (“El valor de lo que está siendo intercambiado depende crucialmente en los derechos de acción sobre la mercancía física y en cuán económicamente son exigidos estos derechos”).

⁵² COASE. “The Nature of the Firm”. En: *Economica* 4. 1937 pp. 386-391; DEMSETZ. Nota 51 *supra*. p. 16.

⁵³ Para ver las críticas al análisis económico normativo que exceden del Derecho contractual, COLEMAN. “Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law”. En: *Ethics* 94. 1984. p. 649; COLEMAN, nota 44 *supra*.

⁵⁴ EISENBERG. Nota 16 *supra*. p. 754 (“El nuevo paradigma (de la “ausencia de conciencia”) crea un marco teórico que explica la mayoría de los límites que han sido o deberían haber sido puestos sobre... el principio (negocial), basado en la calidad de la negociación”).

Esta aproximación sobre la justicia sustantiva debería distinguirse de aproximaciones que se enfocan en si el proceso contractual es justo o injusto. Ver EPSTEIN. “Unconscionability: A Critical Reappraisal”. En: *Journal of Law and Economics* 18. 1975. p. 293 (distinguiendo el procedimiento de la *unconscionability* sustantiva); LEFF. “Unconscionability and the Code: The Emperor’s New Clause”. En: *U. Pa. Law Review* 115. 1967. p. 485.

⁵⁵ ELY, R. “Outlines of Economics”. Quinta edición. 1930. p. 827. Sin embargo, la teoría medieval del precio justo podría haber sido, actualmente, más subjetiva y orientada al mercado de lo que muchos autores modernos asumen. DEMPSEY. “Just Price in a Functional Economy”. En: *American Economic Review*. pp. 471-486. 1935 (más subjetiva); DE ROOVER. “The Concept of Just Price: Theory and economic Policy”. En: *Journal of economic History*. pp. 418-434. 1958 (más orientada al mercado).

⁵⁶ ARISTÓTELES. “Nicomachean Ethics”. Edición de Ostwald Trans. 1962. p. 125.

Entonces, Si (1) la igualdad proporcional es establecida entre los bienes, y (2) se produce una reciprocidad, el intercambio justo del que hablamos se realizará. En cambio, si no existe proporcionalidad, el intercambio no es igual y justo, y la asociación de las dos voluntades no se mantendrá unida.

La duda que nos expresa el texto sobre si esto llevó a Aristóteles a una argumentación sobre “el precio justo” refleja el hecho que de repente sólo estaba tratando de explicar aquí los intercambios por medio de transacciones tal y como un economista actual, en vez de asignar normativamente la “justicia” del intercambio. Por supuesto, tal distinción es extraña al sistema aristotélico.

⁵⁷ *Richardson v. Barrick*, 16 Iowa 407, 412 (1864). *T.P. Shepard & Co. v. Rhodes*, 7 R.I. 470 (1863).

⁵⁸ “Restatement (Second) of Contracts” S 208 Comentario c. 1979 (Teóricamente es posible para un contrato ser opresivo si se analiza como un todo, incluso si no existe debilidad en el proceso de negociación...”).

evaluada⁵⁹. Este criterio tiene aún que ser articulado y sustentado⁶⁰. En la ausencia de tal criterio, las teorías de la justicia sustantiva caen en una o dos aproximaciones incompletas. Por un lado, estas teorías tienden a concentrar toda su atención en una pequeña porción de compromisos –aquellos que se piensa que son tan “extremos” que “ofenden la conciencia” de los tribunales⁶¹. Esta teoría considera que la mayoría de acuerdos del mundo real son presuntamente exigibles⁶². Por el otro lado, estas teorías tienden a convertirse en teorías basadas en procesos –ya sea de búsqueda de asimetrías de información o, también denominado, “poder desigual de negociación”⁶³.

La primera de estas respuestas trata de encontrar casos extremos de violaciones de un criterio que no puede ser articulado –o por lo menos que no puede ser descrito para la mayoría de las transacciones⁶⁴, mientras que la segunda representa salirse totalmente de la aproximación según la justicia sustantiva. Por lo tanto, en el mejor de los casos, una aproximación según la justicia sustantiva intenta enfrentarse a un problema cualitativo recurriendo sea a una evaluación cuantitativa o procesal, pero sin revelar lo que se mide –es decir, la naturaleza de la injusticia⁶⁵.

Sin embargo, lo más importante para esta discusión es el hecho que la aproximación teórica según la justicia sustantiva no llega a enfrentar directamente el problema central y más común de la teoría contractual: ¿qué acuerdos conscientes deben ser exigidos y cuáles no? Esto, después de todo, es o debería ser, el punto de partida de una teoría útil de la obligación contractual

que pretende discernir entre cuáles compromisos merecen ser tutelados por el ordenamiento legal y cuáles no⁶⁶. En suma, la aproximación según la justicia sustantiva no proporciona ni estándares significativos ni resultados predecibles. Rasgos como la indeterminación extrema y su enfoque en casos aberrantes, inherentes a un principio basado en la justicia sustantiva, impiden que esta aproximación provea una explicación que abarque todo lo que la teoría de los contratos requiere sea explicado sobre la obligación contractual.

3. El problema de las teorías basadas en estándares

Todas las teorías basadas en estándares enfrentan dos problemas, uno evidente y otro que se muestra de manera más sutil. El primero, que ya ha sido discutido, es identificar y sustentar el estándar apropiado mediante el cual se puedan distinguir los compromisos exigibles de los que no lo son. El segundo problema procede del hecho que las teorías contractuales basadas en estándares son tipos de lo que Robert Nozick ha llamado principios “modelados” de justicia distributiva:

“Un principio distributivo es modelado si especifica que una distribución debe variar de acuerdo con una cierta dimensión natural, o con una suma ponderada de dimensiones naturales o con un ordenamiento lexicográfico de dimensiones naturales...”

Casi todo principio de justicia distributiva sugerido está modelado: a cada cual de acuerdo con su mérito moral, con sus necesidades, con su producto marginal, con

⁵⁹ Cohen notó este problema con lo que él llamó la “teoría de la equivalencia contractual”. Ver COHEN. Nota 7 *supra*. p. 581 (Debido a las dificultades de medición, el Derecho moderno “profesa el abandono del esfuerzo de sistemas más primitivos que exigían la justicia material en el contrato. Las partes contractuales deben determinar ellas solas qué es lo justo”). Como un asunto puramente descriptivo, la idea que el intercambio ocurre porque los bienes son “equivalentes” o de igual valor cautivó a los economistas por siglos. Por lo menos hasta que se demostró la falsedad de este argumento. Ver notas 55-56 *supra* y el texto que las acompaña. De hecho, el intercambio ocurre porque ambas partes perciben “ex ante” al bien o servicio ofrecido por el otro como de más valor que lo que están dispuestas a intercambiar por el. Ver Menger, C. “Principles of Economics”. Transcripción de J. Dingwall y B. Hoselitz. 1981. p. 180.

⁶⁰ De acuerdo con una teoría subjetivista del valor económico, tal criterio es imposible de desarrollar. Ver, por ejemplo, Mises. “Human Action”. 1963. pp. 94-98, 242 y 354 (discutiendo la imposibilidad de medir el valor de intercambio porque el valor es subjetivo). Ver también, BUCHANAN, J. Nota 47 *supra*. pp. 23-26 (un breve rastreo de la historia del “subjetivismo económico de los últimos días de los austríacos notables Mises y Hayek”).

⁶¹ Para la evolución de la concepción “consciente” del *equitable relief*. Pueden ver JOHNSON. “Unconscionability and the Federal Chancellors: A Survey of U.C.C. Section 2-302 Interpretations in the Federal Circuits During the 1980’s”. En: Lincoln Law Review 16. 1985. pp. 21-56. pp. 341-342.

⁶² EISENBERG. Nota 16 *supra*. p. 754 (“Este nuevo paradigma no reemplaza el principio de la negociación, el cual está basado en sólidos fundamentos y continúa rigiendo para el caso normal”). Ver también EPSTEIN. “The social consequence of Common Law Rules”. En: Harvard Law Review 95. 1982. pp. 1717-1748 (“Seguramente toda transacción hecha en un mercado organizado a precios competitivos no debe ser cuestionada, el sostener que uno de estos intercambios es sospechoso sería tirarse abajo todas las transacciones idénticas”). Incluso una crítica severa de la libertad contractual concuerda que este es un aspecto de la actual doctrina de la “ausencia de consciencia”. Véase, KENNEDY. “Distributive and Paternalist Motives in Contract law and Tort Law: With special Reference to compulsory terms and Unequal bargaining power”. En: Md Law Review 41. 1982. pp. 563-621.

⁶³ FARSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 4-24. pp. 314-316.

⁶⁴ El profesor Eisenberg, por ejemplo, confina su análisis a la identificación de circunstancias o “normas” que, si se presentan, pedirían la justicia del resultado contractual en cuestión. El discute la explotación desde una posición de angustia, la incapacidad para realizar transacciones, la susceptibilidad a una persuasión injusta y la ignorancia en el precio. EISENBERG. Nota 16 *supra*. pp. 754-785. Eisenberg sospecha de circunstancias sutiles para discernir la calidad de la “injusticia” de la negociación sustantiva la cual está buscando reglamentar. En una teoría del consentimiento, las circunstancias que describió serán analizadas como posibles aplicaciones de defensas para evitar que deterioren el significado moral normal del consentimiento. Ver notas 210-214 *infra* y el texto que las acompaña.

⁶⁵ EPSTEIN. Nota 54 *supra*. p. 306 (“Es difícil de saber qué principios identifican el “término justo”, y por la misma razón qué hace tan difícil de determinar el “precio justo”). Mises, Ludwig von. Nota 60 *supra*. pp. 727-730 (discutiendo sobre la naturaleza y las deficiencias de las teorías del “precio justo”).

⁶⁶ Ver nota 1 *supra* y el texto que la acompaña.

cuánto esfuerzo se trata o con la suma ponderada de todos los criterios anteriores y así sucesivamente⁶⁷.

El problema que crea este tipo de teorías modeladas de la justicia—incluyendo las teorías basadas en alguna noción de eficiencia—es que requieren de una constante intervención de las preferencias individuales. “Aun igualando el nivel de todas las posesiones, dicha igualdad sería automáticamente quebrada debido a los distintos grados de habilidad, cuidado o industria de los seres humanos⁶⁸. Entonces, para mantener el modelo se requiere o que se les impida a las personas vincularse mediante los contratos que deseen o que las autoridades “continua o periódicamente interfieran para quitar recursos a ciertas personas a quienes otras escogieron, por alguna razón, transferirlos⁶⁹.”

Tales interferencias son, por lo menos presuntamente, sospechosas. Algunas veces tales interferencias pueden incluso ser objetadas de acuerdo con el estándar particular que se está utilizando para justificar su intervención. Por ejemplo, podría demostrarse que la ineficiencia es el resultado final de intervenciones hechas para obtener la “eficiencia” que, de este modo, limitaba las preferencias individuales⁷⁰. Un sistema en el que los jueces puedan —en la ausencia de fraude, coacción, o algún otro defecto demostrable en el proceso de formación— reconsiderar la sabiduría de las partes podría crear más injusticia sustantiva que la justicia que busca dar⁷¹. Más fundamental todavía, una teoría de los derechos podría bien sustentar la conclusión de que tales interferencias resultan injustas y equivocadas⁷².

C. Teorías basadas en procesos

Las teorías que se basan en procesos se alejan del enfoque centrado en alguna de las partes contractuales y también del enfoque que busca la sustancia misma del acuerdo, para concentrarse en la manera mediante la cual las partes alcanzan un acuerdo. Este tipo de teorías propone procedimientos apropiados para establecer

obligaciones exigibles y luego evaluar si una determinada transacción siguió el procedimiento correspondiente. La teoría más conocida dentro de esta categoría es la llamada teoría negocial de la “consideración”.

1. La teoría negocial de la consideración.

El origen de la doctrina moderna de la consideración puede ser rastreado desde el nacimiento de la acción de incumplimiento⁷³. Cuando la asunción voluntaria de la obligación comenzó a ser vista como la base de la exigibilidad contractual, a nadie se le ocurrió sugerir con seriedad que todo acuerdo demostrable podría o debería ser legalmente exigible. El número de acuerdos celebrados a diario es tan numeroso que por motivos tanto prácticos como de principios se debe distinguir— además de hacerlo por razones probatorias⁷⁴— entre acuerdos exigibles y los que no lo son.

La doctrina de la consideración fue ideada para establecer esta distinción⁷⁵. De ordinario, allí donde la consideración se encuentre presente, el acuerdo será exigible. Más significativo aún, donde no exista consideración, inclusive cuando el acuerdo sea claro y no presente ambigüedades, se considerará que no hay cabida para la exigibilidad. En el siglo XIX “la teoría negocial de la consideración” fue promovida por algunos—entre los que resaltan Holmes y Langdell— como una forma de responder al problema consistente en a cuáles acuerdos brindar protección legal. Hoy en día probablemente sea la teoría de la consideración la predominante y se encuentra en la sección 71 del Restatement (Second) of Contracts:

- (1) Para que exista consideración, deben negociarse una actuación o una promesa recíproca.
- (2) Una actuación o promesa recíproca se considera negociada cuando es solicitada por el promitente como intercambio por su propia promesa, y es realizada por el destinatario como intercambio de la promesa de aquél⁷⁶.

⁶⁷ NOZICK, Robert. “Anarchy, State and Utopia”. 1974. pp. 156-157.

⁶⁸ HUME, D. Nota 10 *supra*. p. 25.

⁶⁹ NOZICK, Robert. Nota 67 *supra*. p. 163. Para observar su discusión sobre “cómo la libertad altera los patrones”. NOZICK, R. “Anarchy, State and Utopia”. 1974. pp. 160-164.

⁷⁰ GRAY, J. “Indirect utility and Fundamental Rights”. En: Soc. Phil & Pol’y. Primavera de 1984. pp. 73-85 (“Si la política utilitarista directa es contraproducente, debemos aceptar problemas prácticos en ello, y no hay nada que decir sobre que esto no incluirá los problemas distributivos impuestos por principios que confieren un gran peso en los derechos morales de los individuos”). Ver también, ALEXANDER. “Pursuing the Good—Indirectly”. En: Ethics 95. 1985. p. 315 (más adelante elaboraré esta posición).

⁷¹ EPSTEIN. Nota 54 *supra*. p. 315 (“Cuando la doctrina de la *unconscionability* es usada en su dimensión sustantiva... sólo sirve para desfigurar el derecho privado de contratar, de tal forma que sólo produce más daño que beneficio social”).

⁷² NOZICK, Robert. Nota 67 *supra*. p. 168 (“Desde el punto de vista de la teoría de la legitimidad o titularidad, la redistribución es, sin ninguna duda, un problema serio que envuelve, como efectivamente lo hace, la violación de los derechos de las personas”). MACK. “In Defense of Unbridled Freedom of Contract”. En: American Journal Econ. & Soc. 40. 1981. p. 1 (cada persona debería tener la libertad de entrar en un contrato y de insistir en el cumplimiento de los derechos derivados de él). Ver también las notas 93-120 *infra* y el texto que las acompaña.

⁷³ FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*, § 1.6. pp.19-20.

⁷⁴ Estas reglas que permiten a las cortes y a terceros en la transacción evaluar la legitimidad de las demandas hechas entre las partes contratantes. Por ejemplo, el estatuto de fraude o una regla que regule el uso de la evidencia verbal. Véase, por ejemplo, U. C. C § 2-201, 2-202. 1977.

⁷⁵ SIMPSON, A. “A History of the Common Law of Contract”. 1975; EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 640 (en respuesta a la pregunta qué clase de promesas deberían ser protegidas “tradicionalmente esto ha sido absorbido bajo la doctrina de la “consideración”).

⁷⁶ Restatement (Second) of Contracts § 71 (1), (2). 1979.

Esta aproximación intenta distinguir el carácter mutuo de lo que induce a celebrar la transacción de los motivos y actos de ambas partes para llegar a la transacción. Lo importante no es aquello por lo que se negocia sino que la promesa o la actuación de cada persona está inducida por la promesa o actuación de la otra.

Las dificultades que presenta la doctrina de la consideración dependen del punto de vista desde el cual se analice el concepto. Si se interpreta restrictivamente esta teoría, entonces, toda clase de acuerdos "serios" serán interpretados como carentes de consideración. En su reciente trabajo sobre la consideración, Charles Fried enumera cuatro tipos de casos –promesas para mantener abierta una oferta, para liberar de una deuda, para modificar una obligación y para retribuir favores pasados– en los que, tradicionalmente, los destinatarios han tenido grandes dificultades para obtener remedios legales por el incumplimiento debido a la ausencia de una consideración negociada⁷⁷, aunque, generalmente, se concede que las partes puedan haber querido vincularse legalmente por lo que la exigibilidad debería ser aplicable⁷⁸. A esto se pueden añadir las promesas no negociadas para asumir las obligaciones de otro⁷⁹, para transmitir la tierra, para donar a entidades de caridad y las promesas de fiadores y dentro del seno familiar⁸⁰.

En cada uno de estos casos, una promesa es hecha y después rota. Luego, el afectado busca basar su acción en esta promesa rota que en muchos de estos casos fue hecha de una forma seria y sin ambigüedad. En cada situación, sin embargo, no existió negociación y, por lo tanto, no hubo consideración en la promesa.

Casos como estos invitan a que jueces y otras personas intenten expandir el concepto de la consideración más allá del marco de la negociación⁸¹. Sin embargo, cualquier intento de capturar estos y otros casos se enredará en

una opuesta dificultad. Si la doctrina de la consideración es estructurada de modo tan amplio capturarán crecientemente acuerdos "sociales" que no intentaron dotarse de exigibilidad legal –por ejemplo, promesas de ayuda financiera entre miembros de una familia⁸². Así, cualquier concepto expandido de la consideración amenaza con menoscabar la función tradicional de la doctrina: diferenciar de una forma predecible entre los acuerdos exigibles y los que no lo son y así permitir a los privados planear y evitar que el peso de la coerción legal recaiga sobre acuerdos hechos de manera informal o "social" en los cuales no se contempló ninguna sanción legal por su incumplimiento⁸³.

Por lo tanto, cada estrategia destinada a enfrentar los problemas generados por la doctrina de la consideración causa, de distintas formas, serios estragos en una teoría coherente de la obligación contractual. Con una definición restringida como aquella vinculada a la negociación, promesas serias merecedoras de protección se quedan sin ella. Con una fórmula extensiva, las promesas informales que fueron pensadas fuera del ámbito de la coerción legal estarían dotadas de sanciones legales en caso de incumplimiento. El problema más evidente con la teoría negocial es que al parecer ha errado demasiado yendo en la dirección de la sub-exigibilidad⁸⁴. Sin embargo, esta teoría sufre de un modo fundamental por su característica de ser una teoría basada puramente en procesos.

2. El problema de las teorías basadas en procesos

El problema con estas teorías no es solamente su necesidad de encontrar un balance entre sobre y sub-exigibilidad. Tales balances no pueden ser completamente evitados en un sistema que basa sus decisiones en reglas y principios de aplicación general⁸⁵. El verdadero problema con las teorías que se basan en

⁷⁷ FRIED, C. Nota 8 *supra*. p. 28.

⁷⁸ Que la exigibilidad sea considerada deseable en esos casos está evidenciada por estatutos que han sido promulgados muchas veces para proporcionar una base sobre la responsabilidad. Ver, por ejemplo, U.C.C S 2-205 y el comentario 2. 1977 (La oferta de una firma se hace vinculante para "dar efecto a la intención deliberada de un mercantilista...").

⁷⁹ U.C.C S 3- 408 y el inciso 2. 1977.

⁸⁰ FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 2. 19. pp. 90-91.

⁸¹ Un ejemplo bien conocido sobre dónde el requisito de la negociación fue ajustado hasta llegar a un punto de ruptura es el caso *Allegheny College v. National Chautauque County bank*, 246 N.Y 369, 159 N.E 173 (1927) (sosteniendo que en la promesa del "College" de constituir un fondo conmemorativo había consideración por una promesa de hacer un "regalo" al "College"). FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 2.19. p. 91. Caracteriza el análisis de la consideración como "tenué" en este caso. Esto debido a la presencia de formalidades y a la relación de la consideración "moral" ya que la teoría del consentimiento hubiera logrado los mismos resultados. Ver las notas 176-181 *infra* y el texto que las acompaña. Aquí nuevamente, se aprecia que ciertos términos de la promesa podrían indicar una intención que sería revocable. Ver *Allegheny College*, 246 N.Y. p. 372, 159 N.E. p. 174 ("Esta promesa será válida sólo en la condición de que se cumpla con mi voluntad, no obstante, primero deberá ser cumplida"). Tales dificultades de interpretación son previsibles en un régimen legal que inciertamente exija promesas formales, pero no negociadas ya que las partes no pueden estar seguras sobre la forma en que la voluntad cumplirá su propósito. Ver notas 166-181 *infra* y el texto que las acompaña.

⁸² *Richards v. Richards*, 46 Pa. 78, 82 (1863) (Exigir tales seguros sería "excesivamente perjudicial para la libertad de las relaciones sociales").

⁸³ COHEN. Nota 7 *supra*. p. 573 ("Ciertamente, alguna libertad para cambiar de opinión es necesaria para un libre intercambio entre aquellos que carecen de omnisciencia"). FULLER. "Consideration and Form". En: *Columbia Law Review* 41. 1941 pp. 799-813. ("Existe una real necesidad de un campo para las relaciones humanas que esté libre de restricciones legales, de un campo donde el hombre pueda, sin responsabilidad, eliminar las garantías que alguna vez dio"). (Cita omitida).

⁸⁴ EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 642.

⁸⁵ Ver, por ejemplo, Aristóteles. Nota 56 *supra*. p. 141 ("Toda ley es universal, pero hay algunas cosas sobre las cuales no es posible expresarse correctamente en términos universales"); HART, H.L.A. "The Concept of Law". 1961 p. 125 ("La incertidumbre en los límites es el proceso a pagar por el uso de términos clasificados como generales en cualquier forma de comunicación referida a cuestiones de hecho"). Es posible, sin embargo, que una aproximación presunta a la forma de hacer leyes minimice este tipo de error, Ver notas 162-164 *infra* y el texto que las acompaña.

procesos, como la teoría negocial de la consideración, es que éstas ponen obstáculos insuperables en la forma de minimizar tales dificultades de la exigibilidad contractual.

Primero, al concentrarse exclusivamente en el procedimiento que justifica la exigibilidad contractual, las teorías basadas en los procesos esconden los valores sustantivos en los cuales se debe basar cualquier elección entre procesos. Al encubrir estos valores, las teorías basadas en procesos terminan tratando su mecanismo procesal elegido como un fin en vez de hacerlo como medio. De este modo, cuando el procedimiento adoptado ocasiona, inevitablemente, problemas de correlación entre medios y fines, una teoría basada en procesos que esté divorciada de su finalidad no puede explicar por qué tal divorcio existe ni qué hacer para remediarlo. Esta debilidad inherente a las teorías basadas en los procesos también afecta la teoría negocial de la consideración⁸⁶.

La teoría de la negociación, ideada para limitar la aplicación de la acción por incumplimiento⁸⁷, falla en asegurar la exigibilidad de ciertas categorías razonables y bien definidas de acuerdos “serios”, pero no negociados⁸⁸. Entonces, cuando se pide a las cortes exigir el cumplimiento de tales compromisos la teoría principal de la consideración a la cual adhieren no pueden dar cuenta de estas “excepciones” al normal requerimiento de negociación, a menos que apele a conceptos más fundamentales que el de negociación. Irónicamente, el surgimiento de la acción por incumplimiento –la razón que hizo necesaria una doctrina de la consideración– se dio gracias a la dificultad que tenía el sistema de entonces, basado en procesos, para analizar la exigibilidad de promesas informales, pero hechas seriamente⁸⁹.

Segundo, una teoría exclusivamente basada en procesos no puede por sí misma explicar por qué ciertas clases de compromisos no son ni deberían ser exigibles. Por ejemplo, es ampliamente reconocido el hecho que los acuerdos para realizar actuaciones ilícitas no deberían de ser exigibles. De modo similar, los contratos sobre esclavitud son considerados *per se* inexigibles. Sin embargo, si estos últimos acuerdos se hicieran de conformidad con las “reglas de juego”, una teoría que mirase sólo a las reglas de juego para decidir cuestiones sobre la exigibilidad no podría responder por qué tales

acuerdos, de otro modo “correctos”, no deberían ser exigibles.

Los dos problemas mencionados, sin embargo, no son exclusivos de las teorías basadas en procesos. Como vimos anteriormente⁹⁰, las teorías basadas en las partes, como las de la voluntad o la confianza, tienen problemas para explicar ciertos acuerdos “excepcionales” que son exigibles sin utilizar los principios sobre los cuales éstas se basan. Las teorías basadas en principios como la voluntad, confianza o eficiencia tienen tantos problemas como las teorías basadas en los procesos para explicar, por qué ciertos acuerdos son inexigibles debido a excepciones –llamadas de “política pública”– a sus respectivas normas sobre la obligación contractual.

A pesar de las debilidades inherentes a las teorías basadas en procesos, éstas presentan ventajas significativas sobre las teorías basadas en las partes y las basadas en estándares. Debido al empleo de un criterio neutro para determinar la exigibilidad contractual, una teoría basada en procesos puede proteger de mejor manera tanto la intención contractual como la confianza de las dos partes contractuales en comparación con las teorías que priorizan a una de las partes sobre la otra, siempre que identifique características del proceso contractual que normalmente corresponden a la presencia de intención o de confianza sustantiva. Al identificar criterios de exigibilidad judicialmente útiles, las teorías basadas en procesos pueden sortear las dificultades de una indeterminación extrema de la que adolecen las teorías basadas en estándares⁹¹. En resumen, estas teorías suministran de mejor modo las reconocidas ventajas que brinda un sistema de leyes de aplicación general, tales como facilitar la planificación de los privados y ayudar a asegurar un trato igualitario a personas que se encuentren en similares situaciones. Probablemente sean estas ventajas las que han permitido a una teoría basada en procesos, como la teoría de la negociación, sobrevivir a pesar de sus frecuentes detractores.

Las grandes ventajas administrativas de las teorías basadas en procesos sugieren que la mejor aproximación que se puede hacer de la obligación contractual es una que preserve un aspecto procedimental del Derecho contractual, sin dejar de reconocer que esos procedimientos dependen, en última instancia, de principios sustantivos

⁸⁶ EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 642 (“Tal aproximación... tiende a suprimir la creatividad judicial y la reconceptualización”).

⁸⁷ Ver notas 73 *supra* y el texto que la acompaña.

⁸⁸ Ver notas 77-80 *supra* y el texto que las acompaña.

⁸⁹ SIMPSON, A. Nota 75 *supra*. pp. 136-196 (discutiendo sobre las dificultades de exigir contratos informales anteriores al desarrollo de la acción de incumplimiento).

⁹⁰ Notas 9-16 y 19-25 *supra* y el texto que las acompaña.

⁹¹ Notas 31-45 y 44-66 *supra* y el texto que las acompaña.

fundamentales de Derecho que, ocasionalmente, afectan este análisis procedimental de dos formas. Primero, estos principios pueden sugerir mejoras específicas en los procedimientos que regulan la formación del contrato y que son apropiadas en el caso en que los procedimientos previamente adoptados hayan creado problemas identificables de sub-exigibilidad. Segundo, estos principios pueden servir para privar de normalidad, en cuanto a su significación moral, a ciertos acuerdos que son procedimentalmente inmaculados y, de este modo, disminuir los problemas identificables de sobre-exigibilidad⁹². Una teoría del contrato basada en el consentimiento es una aproximación que cumple con estas características.

II. UNA TEORÍA DEL CONTRATO BASADA EN EL CONSENTIMIENTO

A. El contrato y la teoría de las titularidades: la importancia central del consentimiento

1. Titularidades como fundamento de la obligación contractual

La función de una teoría de las titularidades basada en los derechos individuales es definir los límites dentro de los cuales los individuos pueden vivir, actuar y buscar la felicidad, libres de interferencias por la fuerza de otros⁹³. Una teoría de las titularidades especifica los derechos que los individuos poseen o pueden poseer; nos señala qué puede ser materia de apropiación y quién es su propietario; circunscribe los límites individuales de la libertad humana⁹⁴. Cualquier teoría coherente de la justicia basada en los derechos individuales debe, por lo tanto, contener principios que describan cómo se adquirieron inicialmente esos derechos, cómo se transfieren de persona en persona, cuál es la sustancia y los límites de los derechos correctamente obtenidos y cómo deben remediarse las interferencias con tales titularidades⁹⁵.

Las partes constitutivas de una teoría de las titularidades son, en esencia, las mismas que las categorías tradicionales del Derecho privado. El tema de la adquisición inicial de titularidades sobre los recursos se aborda primariamente en el Derecho que regula la propiedad, la responsabilidad civil extracontractual se preocupa por la protección y límites correctos sobre el uso de los recursos y en el Derecho contractual se encarga de la transferencia de los derechos entre sus titulares⁹⁶. Cada una de estas categorías contiene principios rectificadores en caso de incumplimiento de las obligaciones legales⁹⁷.

No es nada nuevo ver al Derecho contractual como parte de una teoría más general de las titularidades individuales que especifica cómo los recursos pueden ser correctamente adquiridos (Derecho de propiedad), usados (responsabilidad civil extracontractual) y transferidos (Derecho contractual)⁹⁸. Por cierto, el actual desarrollo histórico de estas categorías legales no ha podido armonizar perfectamente con las distinciones conceptuales que nos sugiere una aproximación basada en titularidades. Sin embargo, esta aproximación ha sido desde mucho rechazada como una forma de resolver algunos de los problemas más debatidos en la doctrina y teoría contractuales.

De acuerdo con una aproximación según las titularidades, los derechos pueden ser concedidos incondicionalmente a otro (una donación) o su transferencia puede estar condicionada a un determinado acto o a una transferencia recíproca a cargo de la persona a la cual se transfiere el bien (un intercambio). La preocupación del Derecho contractual recae sobre la manera en la cual estos derechos se transfieren o se enajenan. Además, la exigibilidad de todos los acuerdos está limitada por la capacidad que tienen estos derechos de ser transferidos de una persona a la otra. Si un derecho es genuino o puede ser legítimamente transferido es

⁹² La relación entre las críticas procedimentales y los principios subyacentes es análoga a la distinción que hace Ronald Dworkin entre reglas y principios. Ver DWORKIN, Ronald. "Taking Rights Seriously". 1977. pp. 22-39. En ese proceso las reglas contractuales serían exigibles por principios más fundamentales y tales principios servirían, también, para definir los límites exteriores de las reglas.

⁹³ La literatura de la titularidad de los derechos es vital y creciente. Yo describo algunos de los factores que la hicieron desarrollarse en BARNETT. "Nota 3 *supra*". pp. 1225-1233. Una bibliografía útil es NICKEL. "The Nature and Foundation of Rights". En: *Crim. Just. Ethics*. Otoño de 1982. p. 64. Para un seguimiento del análisis económico de los derechos de propiedad ver FURUBOTH y PEJOVICH. Nota 33 *supra*.

⁹⁴ FURUBOTH y PEJOVICH. Nota 33 *supra*. p. 1139 ("El sistema prevaleciente de derechos de propiedad en la comunidad puede ser descrito... Como la gama de relaciones sociales y económicas que definen la posición de cada individuo con respecto a la utilización de los recursos escasos". (cita omitida).

⁹⁵ NOZICK. Nota 67 *supra*. pp. 150-153 (Dando una definición tripartita de la justicia que consiste en la justicia en la adquisición, transferencia y rectificación).

⁹⁶ EPSTEIN. "The Static Conception of the Common Law". En: *J. Legal. Studies* 9. 1980. pp. 253-255.

⁹⁷ Otra categoría posible de restitución, la cual especifica circunstancias no cubiertas por el contrato o por la responsabilidad civil cuando la compensación por las transferencias de recursos no gratuitos puede darse. FRIEDMANN. "The Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong". En: *Columbia Law Review* 80. 1980. p. 504.

⁹⁸ Varios comentaristas se han referido recientemente a estos antecedentes históricos. SIMPSON, A. Nota 75 *supra*. Simpson proporciona un análisis más riguroso sobre la historia de este enfoque, cómo operó y caducó. Pueden revisar también ATIYAH, P. Nota 16 *supra*. p. 89 ("En los comentarios de Blackstone... contrato y sucesión son vistos como modos por los cuales se transfieren títulos de propiedad"). HORWITZ, M. "The Transformation of American Law 1780-1860". 1977. p. 162 (Como resultado de la subordinación del contrato a la propiedad, los juristas del siglo XVIII formularon una teoría de títulos para el intercambio contractual según la cual un contrato servía para transferir el título de la cosa específica materia del mismo").

un tema en el cual el Derecho contractual no puede bastarse por sí mismo sin tener que recurrir a las referencias que nos da la teoría de las titularidades que le subyace, esta es el área de la teoría legal que nos especifica qué derechos poseen los individuos y de qué manera los obtuvieron. De esta manera, la explicación sobre la naturaleza obligatoria de los acuerdos contractuales se deriva de nociones más fundamentales de titularidades y de cómo éstas son adquiridas y transferidas.

El objeto de la mayoría de los acuerdos que transfieren derechos son titularidades indiscutiblemente enajenables. En esos casos las reglas del Derecho contractual son suficientes para explicar y justificar una decisión judicial. Sin embargo, en casos raros, como en acuerdos que se refieran a cuestiones como la esclavitud o que requieran la violación del derecho de alguna persona, la dependencia del Derecho contractual de la teoría de los derechos resultará crucial para identificar los principales problemas sobre la sustancia de los acuerdos voluntarios. Por ejemplo, los acuerdos para transferir derechos no enajenables⁹⁹ –derechos que por alguna razón no se pueden transferir–, o los acuerdos para transferir derechos que por alguna razón no se pueden obtener, no harían, sin más, válidos ni exigibles los contratos¹⁰⁰.

Si bien las actuales teorías de la obligación contractual han omitido reconocer, explícitamente, esta relación de dependencia, tal noción puede, algunas veces, encontrarse implícita. Por ejemplo, es difícil de entender cómo la teoría basada en la “voluntad” del individuo o en la rectificación del “daño” causado por la confianza, pueda tener algún sentido sin asumir un marco de derechos individuales básicos. Uno no tendría que preocuparse sobre la “voluntad” expresada por un individuo o por algún perjuicio causado por la confianza generada a menos que esa persona tenga un derecho pre-contractual a “obligarse” o un derecho a ser protegida por ciertas clases de daño. Las teorías basadas en la eficiencia también dependen de una serie de titularidades (usualmente asumidas) que formen la base

de subsiguientes intercambios eficientes¹⁰¹. Las muchas brechas en estas teorías contractuales articuladas son, en la práctica, probablemente llenadas por nuestra intuición compartida sobre estos derechos individuales fundamentales. Conseguir que este concepto relacional se haga explícito nos ayuda a aclarar lo que continúa siendo un confuso entendimiento de la obligación contractual.

Como la Parte I demostró, una buena comprensión de la obligación contractual y de sus límites requiere que apelemos a algo más fundamental que los conceptos de voluntad, confianza, eficiencia, justicia o negociación. Se necesita de un marco o teoría que sea capaz de ordenar estas preocupaciones fundamentales, que muestre el lugar en el cual cada “principio” debe ubicarse con respecto a los otros. Reconocer la necesidad de tal investigación sitúa a los teóricos contractuales en el terreno de la teoría de las titularidades o de los derechos. La legitimidad de los principios contractuales que determinan qué transferencias de derechos son válidas depende de la naturaleza de la titularidad individual y de la extensión de los derechos que han sido o serán adquiridos por las partes en una transferencia. El proceso de una transferencia contractual no puede comprenderse en su totalidad sin considerar cuestiones fundamentales como son la naturaleza y fuentes de las titularidades individuales y los medios por los cuales son adquiridas.

2. La función asignativa y distributiva de los derechos individuales

Todo concepto de derechos individuales debe asumir un contexto social. Si el mundo se encontrara habitado por una sola persona, tendría sentido hablar de las acciones de esta persona como “buenas” o “malas”. Tal juicio moral podría, por ejemplo, mirar si tal persona ha elegido o no vivir lo que podría ser denominado “una buena vida”¹⁰². Sin embargo, no tiene sentido alguno hablar de los derechos de esta persona. Como una corte señaló: “A menos y hasta que una persona se relacione con otras, o con bienes, o con derechos, no tiene obligación de actuar con relación a ellos, y

⁹⁹ Elaborar la importante distinción entre derechos enajenables y no enajenables requeriría una discusión más general de la teoría de los derechos de lo que es posible detallar aquí. Ver BARNETT. “Contract Remedies and Inalienable Rights”. En: Soc. Phil & Pol’y. Otoño de 1986. Pueden ver también KRONMAN. “Paternalism and the Law of contracts”. En: Yale Law Review 92. 1983. p. 763 (discutiendo sobre las implicaciones de la teoría contractual y la distinción entre derechos enajenables y no enajenables). Un número reciente de escritos sobre el tema de los derechos enajenables refuerza su significado para la teoría legal y moral. Ver FEINBERG, J. “Rights, Justice and the Bounds of Liberty”. 1980. pp. 238-246; MEYER, D. “Inalienable Rights: A Defense”. 1985; VEATCH, H. “Human Rights: Fact or Fancy?”. Capítulo 3. 1986; EPSTEIN. “Why Restrain Alienation?”. En: Columbia Law Review 85. 1985. p. 970; KUFLIK. “The Inalienability of Autonomy. En: Phil. & Pub. Affs. 1984. p. 271; MCCONNELL. “The Nature and Basis of Inalienable Rights”. En: Law & Phil 3. 1984. p. 25; ROSE-ACKERMAN. “Inalienability and the Theory of Property Rights”. En: Columbia Law Review 85. 1985. p. 931.

¹⁰⁰ Otras bases de la obligación son posibles al lado de la obligación contractual, sin embargo, tales obligaciones son reconocidas bajo la responsabilidad civil y la restitución.

¹⁰¹ DEMSETZ. “Toward a Theory of Property Rights”. En: American Economic Review 57. 1967. p. 347 (Los economistas suelen tomar el cúmulo de derechos de propiedad como dato y se preguntan por una explicación de las fuerzas que determinan el precio y el número de unidades de un bien que estos derechos atacan”).

¹⁰² VEATCH, H. “For an Ontology of Morals”. 1971 (Una crítica a la teoría ética contemporánea desde una perspectiva aristotélica).

esto es cierto aunque la obligación sea denominada legal, moral o razonable”¹⁰³.

Desde el momento en el que los individuos viven tan cerca unos de otros de forma tal que compiten por el uso de recursos naturales escasos, se debe encontrar una manera de “asignar” tales recursos. Es decir, debe reconocerse algún esquema que especifique como los individuos deben adquirir, usar y transferir recursos. Ciertos factores de la existencia humana hacen que ciertos principios de asignación sean “ineludibles”. Por ejemplo, es un requerimiento humano fundamental que los individuos adquieran y consuman recursos naturales, aun cuando tal actividad resulte muchas veces inconsistente con un uso similar que otros hacen de los mismos recursos.

“Derecho de propiedad” es el término usado tradicionalmente para describir la titularidad adquirida por una persona para usar y consumir recursos –tanto la persona individual como sus posesiones externas– libre de la interferencia física de otros¹⁰⁴. Que esta posesión y uso de los recursos sea por “derecho” sugiere que cualquier intento de interferencia física con tal posesión o uso puede ser objeto de resistencia mediante el uso de la fuerza si es necesario¹⁰⁵. Adicionalmente, si alguien interfiere con una distribución legítima de recursos, tal violación puede ser rectificada mediante la redistribución de los recursos¹⁰⁶. Algunos derechos de propiedad pueden ser exclusivos y otros no tanto. No hay necesidad de especificar aquí el marco exacto de una correcta teoría

de la propiedad¹⁰⁷. Para esta discusión solamente resulta relevante reconocer que ciertas asignaciones de derechos a la posesión y al uso de recursos son un pre-requisito ineludible para la supervivencia humana y para la satisfacción de sus necesidades.

Aunque la titularidad sobre los recursos puede adquirirse directamente de la naturaleza mediante el trabajo individual, en una sociedad compleja serán usualmente adquiridos de otras personas¹⁰⁸. De acuerdo con una aproximación según las titularidades, el Derecho de los contratos es un cuerpo de principios generales y reglas muy específicas cuya función es identificar los derechos de individuos dedicados a transferir titularidades y, por tanto, indicar cuándo la fuerza física o legal puede usarse legítimamente para preservar tales derechos y rectificar cualquier interferencia injusta en el proceso de transferencia.

3. El Consentimiento como el componente moral de una transacción contractual

Las áreas de las obligaciones morales y de las obligaciones legales no se corresponden totalmente¹⁰⁹. Una obligación moral es algo que debemos hacer o dejar de hacer. Una obligación moral que no sea a la vez una obligación legal válida sólo podría ser legítimamente garantizada por medios voluntarios. Esto quiere decir que uno puede tener la obligación moral de hacer algo pero, a menos que haya también una obligación legal válida, uno no podría ser legítimamente forzado por otro a realizarla. Una obligación moral es

¹⁰³ *Garland v. Boston & M. R. R.*, 76 N. H. 556, 557, 86 A. 141, 142 (1913). La corte puso los puntos de discusión sobre los deberes de cuidado: “La regla del cuidado razonable, bajo las circunstancias, no puede limitar la conducta de Robinson Crusoe como fue situada primariamente, pero a penas él vio las huellas en la arena la regla comenzó a tener vitalidad”. *Id.* 563, 86 A. 141. Pueden revisar también DEMSETZ. Nota 101 *supra*. p. 347 (“En el mundo de Robinson Crusoe los derechos de propiedad no tienen rol alguno”).

¹⁰⁴ Ver, por ejemplo, FURUBOTH y PEJOVICH. Nota 33 *supra*. p. 1139 (“Los derechos de propiedad no están referidos a las relaciones del hombre con las cosas, sino más bien, sancionan relaciones de conducta entre los hombres que eligen entre las cosas que existen y regulan su uso”). Hoy en día, la expresión “derechos de propiedad” tiende a limitarse sólo a los derechos referidos a recursos externos. Sin embargo, tradicionalmente y en el sentido que se utiliza en el texto –la jurisdicción moral y legal de una persona comprendía tanto su cuerpo como los recursos externos. Ver, por ejemplo, LOCKE, J. “An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, in Two Treatises of Civil Government”. Capítulo V S 27. 1690. (“Todo hombre tiene una “propiedad” en su propia persona”). Esta concepción de propiedad estuvo tan arraigada que algunos abolicionistas radicales en el siglo XIX se referían a la esclavitud como el crimen de “robar hombres”. Ver, por ejemplo, FOSTER, S. “The Brotherhood of Thieves, or a True Picture of the American Church and Clergy”. 1843. p. 10. Citado en “The antislavery Argument”. Editado por W. & J. Pease. 1965. p. 138. Esta extendida visión de los derechos de propiedad también prevaleció en la Edad Media. Véase MCGOVERN. “Private Property and Individual Rights in the Commentaries of the Jurists, A.D. 1200-1550, in Essays in Memory of Schafer Williams”. (título tentativo). Editado por S. Bowman y B. Cody.

¹⁰⁵ NOZICK, Robert. “Philosophical Explanation”. 1981. p. 499 (“Un derecho es algo por el que cada uno puede demandar o exigir su cumplimiento”). FURUBOTH y PEJOVICH. Nota 33 *supra*. p. 1139 (“La asignación de los derechos de propiedad especifican las normas de comportamiento con respecto a las cosas que toda persona debe observar en su interacción con los demás o soportar el costo de la no observancia”).

¹⁰⁶ NICKEL. “Justice in Compensation”. En: *Wm. & Mary Law Review* 18. 1976. pp. 379-382 (“La compensación protege la justa distribución y los derechos que envuelve al evitar, en lo posible, acciones que distorsionen tal distribución”).

¹⁰⁷ He desarrollado este tema más extensamente en otros textos. Ver BARNETT. “The Justice of Restitution”. En: *Am. J. Juris.* 25. 1980. p. 117 (defendiendo la justicia de la rectificación restitutiva). BARNETT. “Pursuing Justice in a Free Society: Part One –Power vs. Liberty”. En: *Crim. Just. Ethics.* Verano/otoño de 1985. p. 50 (Discutiendo la fuente y contenido apropiado de una teoría de los derechos de propiedad). BARNETT. “Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice”. En: *Ethics* 87. p. 279. 1977 (se discuten los méritos de varias aproximaciones a la rectificación). BARNETT. Nota 21 *supra*. pp. 6-15 (se discuten las clásicas nociones liberales sobre la ley y los derechos). Barnett. “Public Decisions and Private Rights”. En: *Crim. Just. Ethics.* Verano/otoño de 1984. p. 40 (Discutiendo la metodología de una aproximación sobre los derechos de propiedad).

¹⁰⁸ BAIRD y JACKSON. “Information, Uncertainty and the Transfer of Property”. En: *J. Legal. Studies* 13. 1984. p. 299 (“Algunos de nosotros, quienes somos propietarios actualmente, la hemos reducido a lo que llamamos propiedad privada luego de su estado de naturaleza. No importa qué teoría justifica los derechos iniciales de propiedad, nuestro disfrute de la propiedad se sostiene en nuestra habilidad para adquirirla de algún otro”).

¹⁰⁹ FULLER, L. “The Morality of Law”. 1969. pp. 1-2. NOZICK, Robert. Nota 105 *supra*. p. 503 (“La filosofía política... Es principalmente una teoría sobre qué comportamiento legítimo puede ser exigido y, por la naturaleza de la estructura institucional que se encuentra y sostiene estos derechos exigibles... de ninguna manera la filosofía política o el campo estatal debilitan el campo de la moral deseable o del deber ser moral”).

una obligación legal sólo si es que puede ser exigida por el uso o la amenaza de la fuerza legal¹¹⁰. Esta dimensión agregada de la fuerza requiere justificación moral. La tarea principal de la teoría legal es, por tanto, identificar circunstancias en donde la imposición legal se encuentra moralmente justificada¹¹¹.

Las teorías sobre las titularidades buscan realizar esta tarea usando un análisis moral para derivar derechos legales individuales, esto es, demandas que puedan ser exigidas de forma justificada¹¹². La teoría de la obligación contractual es la parte de una teoría de las titularidades que se centra en la responsabilidad que surge de la interferencia indebida en las transferencias válidas de un derecho. Hasta que tal interferencia no sea corregida –mediante el uso de fuerza de ser necesario– la distribución de los recursos causada por tal interferencia es injusta. La justicia consiste en corregir esta situación para que la distribución de los recursos esté conforme con las titularidades¹¹³.

Para identificar el componente moral que distingue las transferencias válidas de las inválidas, es necesario separar primero los principios morales que rigen la legítima adquisición y uso de recursos de aquellos que rigen su transferencia. Los derechos son el medio por el cual la libertad de acción e interacción se hace posible y se regula en la sociedad¹¹⁴. Así este derecho que tenemos para adquirir recursos que no han sido previamente propiedad de nadie y para usar aquellos que adquirimos no debe estar sujeto al permiso que otros nos puedan dar. Aunque la aceptación social pueda ser una necesidad práctica para que los derechos sean legalmente

respetados, ningún individuo o grupo necesita, para que sus derechos se encuentren moralmente investidos, de consentimiento para apropiarse de recursos que no pertenecen a nadie o para usar dichos recursos¹¹⁵.

Similarmente, los principios que rigen la transferencia de derechos deberían distinguirse de los principios que rigen el uso de los recursos. La responsabilidad extracontractual se encarga de las obligaciones que surgen de la interferencia con los derechos de otros. El agresor que interfiere con los derechos de otro (en vez de obtener una transferencia válida de esos derechos hacia sí mismo) es responsable debido a tal interferencia, y no debido a que haya consentido ser juzgado por sus acciones que perjudicaron los derechos de otros. Se podría decir que el agresor ha “cedido” (por oposición a enajenar o transferir) el derecho a los recursos que proveerá para compensar a la víctima de los daños¹¹⁶.

En contraste con lo dicho, el Derecho contractual se encarga de la exigibilidad de las obligaciones que surgen de la transferencia válida de titularidades que ya alguien posea, y esta diferencia es la que hace al consentimiento un pre-requisito moral para la obligación contractual. Las reglas que rigen la enajenación de los derechos de propiedad mediante su transferencia, cumplen la misma función que las reglas que rigen su adquisición y aquellas que especifican su propio contenido: hacer posible la libertad de acción e interacción de las personas¹¹⁷. La libertad de acción e interacción se encontraría seriamente impedida, y posiblemente destruida, si a los legítimos propietarios de los derechos, que no han ocasionado daño alguno, se les pudiera privar de ellos mediante la

¹¹⁰ En el rol que la coerción debería jugar en el pensamiento jurisprudencial, ver NANCE. “Legal Theory and the Pivotal Role of the Concept of Coercion”. En: University of Colorado Law Review 57. 1985. p. 1.

¹¹¹ Se puede distinguir entre una obligación legal positiva, que un sistema particular exigirá (sin importar si debiera o no debiera hacerlo) y una obligación legal válida, la cual es una obligación que es moralmente apropiada exigir. Véase, por ejemplo, HART, H.L.A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. En: Harvard Law Review 71. 1958. p. 593. FULLER. “Positivism and Fidelity to Law –A Reply to Professor Hart”. En: Harvard Law Review 71. 1958. p. 630. Para una excelente discusión sobre esta distinción véase MURPHY, J. y J. COLEMAN. “The Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence”. 1984. pp. 7-68. En esta sección, el último significado es el que estamos usando.

¹¹² Ver nota 105 *supra* y el texto que la acompaña.

¹¹³ En algunas circunstancias raras, sin embargo, la protección de las *holdings* puede ser un argumento en contra de tal redistribución. La doctrina de la posesión de mala fe, por ejemplo, sugiere que la justicia de algunas *holdings* de recursos que no han sido obtenidas por medios justos podrían no generar derechos de prescripción. BALLANTINE. “Title by Adverse Possession”. En: Harvard Law Review 32. 1918. pp. 135-136. Similarmente, una vez que ha pasado el plazo legal desde la apropiación inicial del bien “tomado”, y que el original poseedor sin título y el propietario original (o sus herederos) no puedan reclamar la propiedad (por ejemplo, por haber fallecido), entonces, una persona que se encuentre en posesión inocente del bien puede argumentar la posesión de un buen título. SHER. “Ancient Wrongs and Modern Rights”. En: Phil. & Pub. Affs. 10. 1980. p. 3 (discutiendo los problemas de rectificar injusticias del pasado) (En ausencia de una víctima identificable, el receptor inocente de la propiedad que fue originalmente mal adquirida podría reclamar tener un mejor derecho al título..., como lo sugiere este argumento. Teniendo el marco de los derechos de propiedad por un lado y los límites externos del Derecho contractual por el otro, llegamos a un análisis que se encuentra más allá de la finalidad de este artículo).

¹¹⁴ BARNETT. “Pursuing Justice”. Nota 107 *supra*. pp. 56-63.

¹¹⁵ El hecho que la sociedad no reconozca un derecho no puede, por sí mismo, significar que normalmente este derecho no existe. Véase DWORKIN. Nota 92 *supra*. 1977. pp. 184-185.

“En la práctica es el Estado quien tiene la última palabra en materia de los derechos individuales, porque la policía hará lo que sus oficiales y las cortes digan. Pero esto no quiere decir que el punto de vista del Estado sea necesariamente el correcto. Cualquiera que considere que hombres y mujeres tienen únicamente los derechos morales que un Estado elige garantizar, se arriesga a encontrarse un día con que ellos no tengan ninguno. Requerir el consenso social para una legitimidad moral en la adquisición de los derechos iniciales puede dar lugar a una “teoría del consentimiento” de los derechos de propiedad. Véase ROSE. “Possession as the Origin of Property”. En: University of Chicago Law Review 52. 1985. pp. 73-74 (“Según esta teoría, el propietario original obtuvo su título a través del consentimiento del resto de la humanidad...”).

¹¹⁶ FEINBERG, Joel. Nota 99 *supra*. pp. 239-240 (distinguiendo entre derechos enajenables y no enajenables). KUFLIK. Nota 99 *supra*. p.275 (“Decir que la autonomía no puede ser enajenada no significa que en circunstancias especiales esta no pueda perderse. Una persona puede perder, a través de una mala conducta, lo que hubiera estado mal transferir a través del consentimiento o un acuerdo”).

¹¹⁷ BARNETT. “Pursuing Justice”. Nota 107 *supra*. pp. 56-63.

fuerza legal sin su previo consentimiento¹¹⁸. Más aún, el requisito moral consistente en el consentimiento obliga a que los otros tomen en cuenta los intereses de los propietarios de los derechos, cuando busquen obtener los derechos que éstos poseen¹¹⁹. Wallace Matson describe minuciosamente la perspectiva de la justicia desde la cual se hace del consentimiento el componente moral de la transferencia contractual:

“La justicia es... dar a cada uno lo que le corresponde. Lo que corresponde a un hombre es aquello que ha adquirido por su propio esfuerzo, y que no ha tomado de otros sin consentimiento. Una comunidad en donde esta concepción se encarna será una comunidad en la cual sus miembros deciden no interferir en el esfuerzo legítimo que cada uno realiza para obtener sus metas individuales, y deciden también ayudarse unos a otros hasta el punto en el que las condiciones para hacerlo

sean mutuamente satisfactorias... Tal comunidad dará a sus miembros rienda suelta para que estos desarrollen sus capacidades particulares, y las usen para llevar a cabo sus planes para su mayor beneficio. Esta actividad es El Bien para el Hombre”¹²⁰.

Consecuentemente, el consentimiento del titular de derechos, a quedar legalmente obligado¹²¹ es el componente moral que distingue, dentro de un sistema de titularidades, la transferencia de derechos enajenables válida de la inválida¹²². Sugerir que el consentimiento se encuentra en el corazón del Derecho contractual no es nada nuevo¹²³. Lo que no está ampliamente reconocido es que la obligación contractual surja como consecuencia del consentimiento a una transferencia de titularidades y que, por lo tanto, sea dependiente de una teoría de las titularidades¹²⁴. Sin embargo, sí es

¹¹⁸ BAIRD y JACKSON. Nota 108 *supra*. pp. 299-300 (“Las reglas legales deben confrontar los problemas asociados con la transferencia de propiedad de un individuo a otro. Generalmente, cuando somos dueños de una propiedad, queremos asegurar nuestro control sobre ella –que no existirá un nuevo “propietario” sin que medie nuestro consentimiento”).

¹¹⁹ DEMSETZ. Nota 44 *supra*. p. 64 (“Un sistema de derechos de propiedad que requiere del anterior acuerdo entre estos propietarios antes de que puedan someterse a alguna tarea particular asegura que estos costos serán tomados en cuenta (por otros”). Es bastante parecido a lo que Joel Feinberg notó: “Tener un derecho implica la posibilidad o “libertad” de ejercerlo o no en el momento en que uno lo elija. Esta libertad es otro aspecto de la propiedad de los derechos que nos ayuda a explicar porqué se les valora tanto. Cuando una persona tiene un derecho discrecional y ha entendido completamente el poder que su posesión le da puede, si así lo elige, hacer sacrificios por motivo de otros, como dar voluntariamente lo que le pertenece de pleno derecho, hacer un regalo al que no estaría obligado y perdonar a otros por el daño que le hayan ocasionado retirando la demanda por compensación de daños o simplemente aceptando de nuevo su amistad o su amor... Sin los deberes que los otros tienen hacia uno (en correlación con los deberes que tú tienes con los demás) no tendría sentido la noción de liberalidad hacia los demás, ayudando a los otros cuando uno tiene el derecho de no hacerlo, esas son precisamente las conductas “durante y más allá del deber”. FEINBERG, Joel. Nota 99 *supra*. pp. 156-157.

¹²⁰ MATSON. “Justice: A Funeral Oration”. En: Soc. Phil. & Pol’y. Otoño de 1983. pp. 94-112. Luego contrasta esta concepción de la justicia con otra: “La otra concepción sostiene que la justicia es la satisfacción de las necesidades de cada uno tan lejos como sea posible en el mismo grupo de experiencias placenteras. La visión sobre la vida humana que subyace aquí nos dice que la vida cuenta con dos fases separables, producción y consumo, la fase de consumo es aquella en la que El Bien reposa; no existe razón alguna por la cual un individuo debiera tener más o menos de este Bien que otro individuo; y el problema de cómo asegurar la producción requerida es meramente técnico. Una sociedad basada en esta concepción debe de estructurarse como una jerarquía autoritaria, en orden a resolver los problemas de producción y para administrar justicia. Por eso la he llamado Justicia de arriba hacia abajo...”.

Para un ejemplo de la justicia de “arriba hacia abajo” aplicada al Derecho contractual, véase KRONMAN. Nota 124 *infra*.

¹²¹ A diferencia de la “voluntad” o la “Intención”, la palabra “consentimiento” puede ser utilizada tanto subjetivamente para describir un estado mental como objetivamente para describir un acto inter-relacional. El diccionario de la lengua “Webster” nos da la siguiente definición:

Consentimiento: 1. a) acordar (hacer algo). b) dar permiso, aprobación o asentimiento (a alguien que propone algo). 2. Un acuerdo de opinión o sentir. Noten que el primer significado para ambos tanto el verbo consentir como el sustantivo consentimiento concierne a un acto objetivo, mientras el segundo significado concierne a un estado mental. El nombre “teoría del consentimiento contractual” juega entre la ambigüedad del “consentimiento” objetivo-subjetivo. Mientras el enfoque de una teoría del consentimiento puede, a veces variar, de la objetividad a la subjetividad, ver notas 154-161 *infra* y el texto que la acompaña, el título sigue siendo apto, aún cuando pueda estar referido al nivel objetivo. La teoría hace referencia a una manifestación de consentimiento y no a una manifestación de cualquier otra intención. Para clarificar el asunto, “asentimiento” será usado aquí como significado de la intención subjetiva de vincularse legalmente, y “consentimiento” será utilizado generalmente como significado de la intención objetiva manifestada de estar vinculado legalmente, ver notas 133-153 *infra* y el texto que las acompaña.

¹²² DEMSETZ. Nota 44 *supra*. p. 62 (“Un sistema adecuado de derechos de propiedad requiere del previo consentimiento de los propietarios antes que su propiedad pueda ser afectada por otros”).

¹²³ ATIYAH, P. “Promises, Morals and Law”. 1981. p. 177 (“Prometer puede ser reducido a una especie de consentimiento, ya que el consentimiento es una fuente más amplia y quizá aún más básica de la obligación”). GREEN. “Is an Offer Always a Promise?”. En: Ill. Law Review 23. 1928. pp. 95-96 (“Cuando somos lo suficientemente sofisticados como para tener ideas sobre propiedad, societarias o legales, ideas de Derecho, distinguiéndolas de las ideas sobre las situaciones *de facto*, una oferta para vender puede ser simplemente una expresión de consentimiento o voluntad por la cual pasará el propietario siempre y cuando acepte la oferta...”).

Si prometer es una instancia especial de consentimiento bien podría ser que la concepción tradicional de los contratos como concierne exclusivamente al problema de las promesas exigibles pueda haber cegado la profesión en lo que se refiere al rol teórico fundamental del consentimiento. Para un ejemplo de la típica insistencia moderna de la naturaleza promisoria de los contratos véase FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*.

La segunda limitación sugerida por esta definición es la que la que confina al Derecho contractual exclusivamente a las promesas. Está claro que también se refiere a los intercambios que se relacionan con el futuro ya que una “promesa” es el compromiso de un a persona sobre su futura conducta. Ejemplos de intercambio que no incluyen tal compromiso (por ende, que no envuelven un contrato en este sentido) son la transacción de trueque... y la venta al contado... Porque no se da ninguna promesa en ambos intercambios, no hay contrato.

Porque una teoría del consentimiento implica más que la exigibilidad de las promesas, los términos más apropiados para describir a las partes contratantes podrían ser “transferente” y “transferido”. Sin embargo, por conveniencia, los términos convencionales “promitente” y “destinatario” seguirán siendo utilizados aquí.

¹²⁴ CHEUNG. Nota 33 *supra*. p. 23 (“Las transacciones que se producen en el mercado traen consigo transferencias absolutas o parciales de derechos de propiedad entre las partes contratantes individuales”). EVERS. “Toward Reformulation of the Law of Contracts”. En: Journal of Libertarian Studies 1. 1977. p. 3 (describiendo la “teoría de la transferencia de titularidades” de los contratos basándose en los derechos de propiedad). KRONMAN. “Contract Law and Distributive Justice”. En: Yale Law Review 89. 1980. pp. 472-473 (“Contratos realizados para el intercambio de propiedad”). MACNEIL. “Relational Contract: What We Do and Do not Know”. En: Wis. Law Review pp. 483-523 (“Las relaciones de intercambio... presuponen alguna idea de propiedad...”). Para un reciente intento de emplear el concepto de propiedad para explicar el derecho a la restitución y algunos temas sobre los daños contractuales, véase FRIEDMANN. Nota 97 *supra*.

comúnmente sostenida y plausible la concepción de propietario que señala que ser dueño de recursos le da a uno el derecho de poseer, usar y disponer de ellos libre del uso de la fuerza o la amenaza de usarla por otros¹²⁵.

En una sociedad moderna, la cadena entre la adquisición inicial de recursos y su consumo final puede ser larga y complicada. Aun cuando no dejen de existir controversias, una transferencia válida de derechos debe estar condicionada a la realización de algún acto del titular de los derechos, incluso para aquellos que reconocen la legitimidad de los derechos de propiedad en principio, sobre el modo correcto de adquirir recursos¹²⁶ y la manera correcta de utilizarlos¹²⁷. La función asignativa que una teoría de las titularidades está, en parte, diseñada para cumplir sugiere que el consentimiento es el medio por el cual se transfieren los derechos¹²⁸.

En suma, la exigibilidad legal se encuentra moralmente justificada debido a que el promitente realiza voluntariamente ciertos actos que comunican su intención de crear una obligación legalmente exigible mediante la transferencia de derechos enajenables. Dentro de una aproximación basada en las titularidades, la obligación contractual, a diferencia de otros tipos de obligación legal, tiene como base dicho consentimiento.

B. Una definición de consentimiento

1. El consentimiento y la teoría objetiva de los contratos

A primera vista, una teoría contractual basada en el consentimiento puede parecer para algunos una versión de la teoría de la voluntad. Entender las diferencias fundamentales entre ambas aproximaciones ayudará a apreciar las virtudes comparativas de la teoría del consentimiento.

Una teoría de la voluntad basa la obligación contractual en el hecho que una obligación fue libremente asumida. Como ha sido señalado en el Capítulo I, una teoría que basa la obligación contractual en la existencia de una "voluntad de quedar obligado" está fuertemente presionada para justificar obligación contractual en la ausencia de un verdadero ejercicio de la voluntad. Es difícil de aceptar por qué uno se encuentre legal o moralmente comprometido a cumplir un acuerdo que no se tuvo realmente intención de realizar y, aún así, seguir una teoría que basa el compromiso en su cualidad intencional. Este componente subjetivo crea tensión entre una teoría de la voluntad y la ineludible necesidad de los individuos en sociedad, y aquellos que tratan de administrar un sistema legal coherente que confíe en las apariencias –confiar en el comportamiento de los individuos que aparentemente manifiestan su asentimiento¹²⁹ a una transferencia de titularidades.

En contraste a una teoría de la voluntad, el reconocimiento que una teoría del consentimiento hace de la dependencia que tiene la obligación contractual de un análisis de derechos, es capaz de explicar la relación normal objetiva-subjetiva que existe en el Derecho contractual. El concepto de derechos o de titularidad es un concepto social cuya principal función es especificar los límites en los cuales los individuos pueden operar libremente para alcanzar sus propios fines y, por ende, proveer la base para una actividad interpersonal que sea cooperativa. Los abogados tienden a concentrarse en la función que las nociones de titularidad juegan para especificar los remedios correctos para un comportamiento incorrecto, pero dada la justicia incierta de cualquier remedio legal¹³⁰, una función vital de un sistema bien definido de titularidades es evitar las disputas. Además, mientras que no es inusual la argumentar que para evitar disputas se debe elevar los costos de una mala conducta y, por lo tanto, disuadir a las "malas" personas¹³¹, se

¹²⁵ Ver, por ejemplo, KRONMAN. Nota 124 *supra*. p. 472. Esta idea no es nueva, ver AQUINAS, T. "Summa Theologica". Reimpreso en: "20 Great Books of the Western World". 1952. p. 311 ("El poder de los privados es ejercido sobre las cosas que poseen, y consecuentemente sus tratos conjuntos para resguardar tales cosas dependen de su propia voluntad, por ejemplo, comprando, vendiendo, regalando y así en adelante").

¹²⁶ Ver, por ejemplo, BECKER, L. "Property Rights: Philosophic Foundations". 1977. pp. 32-56 (asignando críticamente la labor de la adquisición de la propiedad). EPSTEIN. "Possession as the Root of Title". En: Ga. Law Review 13. 1979 p. 1221 (Defendiendo "la primera posesión" como el modo para adquirir la propiedad). ROSE. Nota 115 *supra* (distinguiendo el trabajo, el consentimiento y las teorías de la primera posesión en la adquisición de propiedad y discutiendo sus respectivos méritos).

¹²⁷ Para una visión general véase COLEMAN. "Moral Theories of Torts: Scope and Limits". Parte I. En: Law & Phil 1. 1982. p. 371 (Asignando las teorías morales competentes a la responsabilidad civil). COLEMAN. "Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits". Parte II. En: Law & Phil 2. 1983. p. 5.

¹²⁸ Sin embargo, véase la nota 113 *supra*.

¹²⁹ Véase, nota 121 *supra*.

¹³⁰ BARNETT. "Resolving the Dilemma of the Exclusionary Rule: An Application of Restitutive Principles of Justice". En: Emory Law Journal 32. 1983. pp. 937-979 ("Una de las tragedias de la justicia es la necesidad de objetivar el valor de los derechos valorados subjetivamente cuando los derechos son expropiados y no media ninguna negociación").

¹³¹ La visión del Derecho como "el hombre malo" se hizo famosa gracias al juez Holmes:

"Si quieres conocer el Derecho y nada más, tienes que mirarlo como un hombre malo, al que sólo le importan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, no como un hombre bueno, quien actúa, no importa si se encuentra dentro del Derecho o fuera de él, sino por las vagas sanciones de su consciencia". HOLMES. "The Path of the Law". En: Harvard Law Review 10. 1897. pp. 457-459. Otros que emplean la visión del "hombre malo" son POSNER. Nota 30 *supra*. pp. 164-172; BECKER. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: J. Pol. Econ. 76. 1968. p. 169.

soslaya frecuentemente que la perspectiva según las titularidades debe adoptar una óptica de la ley según un “buen hombre” tan seriamente como toma la óptica de un “mal hombre”¹³².

Los límites de la discreción individual definidos por un sistema claro de titularidad o legitimidad, sirven para asignar la autoridad sobre la toma de decisiones entre los individuos. Por ende, se comunica información vital a todos los que desean evitar disputas y respetar los derechos de otros, en la medida en que conocen cuáles son estos derechos¹³³. De este modo, se evitan los conflictos potenciales entre personas que, de otro modo, competirían por el control de algún recurso. Por lo tanto, una teoría sobre las titularidades exige que los límites de los dominios protegidos sean determinables no sólo por los jueces que deben resolver las disputas surgidas, sino también, y quizá de manera más importante, por las propias personas que han sido afectadas antes de que ocurra cualquier disputa.

En el Derecho contractual, este requerimiento de información o de “definición de límites” significa que la aprobación de enajenar derechos debe manifestarse de cierta forma por una de las partes a la otra, para así servir como criterio para la exigibilidad. Sin una manifestación de aprobación accesible a todas las partes afectadas, ese aspecto de un sistema de titularidades que rige la transferencia de derechos no podría cumplir su principal función. Al momento de la transacción, habrá fracasado en identificar claramente y comunicar a ambas partes (y a terceros) los límites legítimos que deben ser respetados. Sin tal comunicación, las partes involucradas en una transacción (y los terceros) no podrían determinar con precisión lo que constituye una conducta legítima y lo que constituye un compromiso en el cual pueden confiar. Ocurrirán, por lo tanto, disputas que se podrían haber evitado, y las incertidumbres inherentes al proceso de transferencia desalentarán la confianza.

Si este imperativo del sistema de titularidades puede dar inicialmente la impresión de ser *ad hoc*,

reaccionamos de esta manera sólo porque no estamos acostumbrados a pensar que de la transferencia de derechos surja una obligación contractual. La relación entre reglas legales y la teoría de las titularidades se entiende mejor en el campo del derecho de propiedad, en el cual la función definidora de límites de los derechos necesita de una aproximación objetiva. Ninguna teoría sería sugeriría que las personas adquieren inicialmente el derecho a recursos (sin dueño) simplemente porque creen subjetivamente que lo han hecho. Más bien, los derechos sobre objetos que carecen de dueño son adquiridos mediante la realización de un acto demostrativo y significativo con relación a tales objetos. Dependiendo de la teoría de la adquisición que se acoja, y las convenciones que se adopten, el acto que se requiere podría ser el poseer o señalar el recurso, transformarlo, o llenar un petitorio e inscribirlo en una oficina de registro¹³⁴. Cada una de estas convenciones manifiesta objetivamente la propiedad de un recurso que carecía antes de dueño o que había sido abandonado, comunicando a otros una demanda inconfundible para poseer, controlar y utilizar el recurso¹³⁵.

El análisis para el Derecho contractual es similar. Requerir el consentimiento de quien es titular del derecho como condición para una transferencia válida de derechos, es absolutamente vital para el régimen de titularidades por las razones ya expuestas en los párrafos anteriores¹³⁶. Pero, que uno acuerde una transferencia de derechos bajo tal régimen, generalmente no depende de la opinión subjetiva que uno tenga sobre el significado de palabras o de la conducta libremente elegida, sino del significado ordinario que a cada una de estas atañe. El lenguaje en sí mismo –el modo en el que la aceptación hacia una transferencia se manifiesta– es tan convencional, como aquellas convenciones que gobiernan las adquisiciones de derechos. Si la palabra “sí” normalmente significa sí, entonces una creencia subjetiva y no revelada que afirme que “sí” significa “no”, es generalmente irrelevante para un régimen

¹³² Al enfocarse exclusivamente en las sanciones impuestas por la conducta ilegal, la visión del “hombre malo” subestima la función epistemológica de los principios generales y las reglas de Derecho. Principios y reglas apropiados proporcionan información vital a las “buenas” personas (y a su consultor legal) que buscan evitar la violación de los derechos de otros sin estar fijándose en la severidad de las penalidades que pueden traer con su conducta. Véase HART, H.L.A. nota 85 *supra*. pp. 86-88 (distinguiendo el aspecto “interno” del aspecto “externo” de las reglas obligatorias); HAYEK, F. “Law, Legislation and Liberty”. 1973. pp. 35-123. (defendiendo el uso de reglas y principios en contra de las recientes críticas poco constructivas).

¹³³ ROSE. Nota 115 *supra*. pp. 78-79 (“La posesión, ahora, empieza a verse más como algo que requiere una clase de comunicación, y la original demanda sobre la propiedad parece más una clase de discurso, con una audiencia compuesta por todos los otros que puedan estar interesados en demandar el objeto en cuestión”).

¹³⁴ Véase, por ejemplo, BAIRD y JACKSON. Nota 108 *supra*. pp. 301-311 (discutiendo las ventajas y desventajas de varias convenciones utilizadas para registrar y transferir intereses en la propiedad real y en la personal).

¹³⁵ Ver ROSE. Nota 115 *supra*. p. 77 (“El principio del acto claro sugiere que el *common law* define los actos de posesión como una clase de declaración. Como Blackstone dijo, los actos deben ser una declaración de una intención de apropiación”). (cita omitida). HELMHOLZ. “Adverse Possession and Subjective Intent”. En: Wash. U.L.Q. 61. 1983. pp. 331-357 (Las cortes “normalmente otorgan el título al poseedor de buena fe, al que no se lo dan es al poseedor que sabe lo que está haciendo en el momento en que entra a la tierra en disputa”). La tendencia de la doctrina de la posesión de mala fe discutida por Helmholtz puede ser análoga en esas circunstancias a la teoría del consentimiento contractual, discutida en las notas 154-160 *infra* y el texto que la acompaña, donde la presunta significación del asentimiento objetivo puede ser vencida por la prueba del entendimiento subjetivo del destinatario de la promesa.

¹³⁶ Ver Notas 109-128 *supra* y el texto que las acompaña.

de asignación de titularidades. Sólo la confianza general en una conducta asertiva y objetivamente verificable permite que el sistema de titularidades cumpla su función definitoria de los límites en la asignación.

Además, una teoría legal que tratase de basar la correcta adquisición, uso o transferencia de los recursos solamente en intenciones subjetivas no sería capaz de proveer una gama coherente de derechos o titularidades. No es posible evitar que unas intenciones subjetivas entren en conflicto con las de otro. Por esta razón, en la medida en que una teoría trate de derivar derechos de tales intenciones, producirá “derechos” que necesariamente entrarán en un conflicto irreconciliable con los demás. Una teoría de este tipo necesitaría, entonces, apelar a otros principios para resolver estas conflictivas demandas de “derechos”, y sin embargo, por tal apelación, una tal teoría legal evidenciaría que no era del todo una teoría sobre derechos¹³⁷.

La función de una teoría de derechos es definir los límites de lo permitido a la acción humana¹³⁸ y la de resolver demandas en conflicto¹³⁹. Por eso, una teoría coherente de los derechos los asignará sobre la base de factores que minimicen la probabilidad de que se generen demandas conflictivas. En este sentido las conductas objetivamente manifestadas, que usualmente reflejan intenciones subjetivas, nos proporcionan una base mucho más sólida para la obligación contractual que la que nos brinda las intenciones subjetivas. La evidencia de una intención subjetiva extrínseca a la transacción, y que no estaba a disposición de la otra parte, es relevante, de darse el caso, sólo en la medida en que ayuda a las cortes en

determinar el significado “objetivo” de ciertos términos¹⁴⁰.

¿Cuál es el significado exacto transmitido por el promitente al destinatario que una corte debe identificar para que concluya que se ha producido un compromiso contractual? Si el consentimiento es concebido como un asentimiento “objetivo” o “manifiesto”, entonces, ¿qué es lo que debe afirmarse para que surja una obligación contractual? No basta con que uno manifieste un compromiso o promesa para abstenerse o para realizar un acto. Tal manifestación no sería nada más que una promesa¹⁴¹. La teoría contractual busca el factor “extra” que, si se encuentra presente, justificará la exigibilidad legal de un compromiso o promesa.

Una teoría de las titularidades especifica que el consentimiento para una transferencia de derechos es este factor extra¹⁴². El consentimiento requerido es una manifestación de la intención de enajenar algún derecho¹⁴³. En un sistema de titularidades, en la que las transferencias de derechos manifiestas justifican la protección legal de los acuerdos, cualquier tipo de manifestación implica necesariamente la intención de quedar “legalmente vinculado”, de adherir al compromiso asumido. Por eso, la frase “la manifestación de la intención de estar legalmente vinculado”¹⁴⁴ captura ordenadamente lo que una corte debería tratar de encontrar antes de declarar que una obligación contractual ha sido creada¹⁴⁵.

Charles Fried sostenía que el promitente incurre en una obligación moral porque invoca intencionalmente una convención social cuyo propósito es causar en los demás una expectativa de cumplimiento de lo

¹³⁷ Bajo una teoría de los derechos, estos derechos deben ser reconciliables. NOZICK, Robert. Nota 67 *supra*. p. 166 (“Los derechos individuales pueden ejercerse a la vez, cada persona puede ejercer sus derechos como mejor le parezca”). Esto ha sido elaborado por STEINER. “The structure of a set of Compossible Rights”. En: J. Phil 74. 1977. p. 767 (describiendo los requerimientos lógicos que un sistema de derechos trae consigo para el ejercicio compatible de los derechos designados). En el rol que este requerimiento formal juega en la formulación de los derechos sustantivos véase BARNETT. “Pursuing Justice”. Nota 107 *supra*. pp. 58-60.

¹³⁸ Ver Notas 93-94 *supra* y el texto que las acompaña.

¹³⁹ FEINBERG, Joel. Nota 99 *supra*. p. 152 (“No todas las demandas puestas como válidas en realidad lo son; y sólo las válidas pueden reconocerse como derechos”). Sigue en la p. 155 (“Tener un derecho es tener una demanda contra alguien cuyo reconocimiento como válida es determinada por algunas clases de reglas o principios morales”); STEINER. Nota 137 *supra*. p. 768 (“El encargado de adjudicar, entre dos personas cuyas acciones se destruyen mutuamente y en la que cada una puede mostrar que sus acciones están dentro del rango permitido para una demanda por un derecho, concluirá... al menos, que una de las dos demandas por ese derecho debería ser inválida”).

¹⁴⁰ Ver, por ejemplo, *Kabil Dev. Corp. v. Mignot*, 279 Or. 151, 157-158, 566 P.2d 505, 508-509 (1977) (Discutido en EISENBERG. “The Responsive Model of Contract Law”. En: Stanford Law Review 36.1984. pp. 107-1119. n.36).

¹⁴¹ Ver, por ejemplo, “Restatement (Second) of Contracts” S 2 (1979) (“Una promesa es una manifestación de la intención de actuar o abstenerse de actuar de una manera específica, esto hecho para justificar el entendimiento del destinatario en que un acuerdo se ha celebrado”).

¹⁴² Ver notas 117-128 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁴³ Tal manifestación de la intención de enajenar derechos puede ser directa o indirecta. El objeto de una transferencia contractual directa de derechos es la de transferir derechos enajenables –por ejemplo, el derecho de posesión. El objeto de una transferencia contractual indirecta de derechos es asegurar que alguien más ejercerá sus derechos no enajenables –por ejemplo, el derecho a trabajar— de una forma particular al requerir una transferencia de derechos enajenables (por ejemplo, daños dinerarios) si no hay cumplimiento. Ver nota 99 *supra*. Nota 218 *infra*. GREEN. Nota 123 *supra*. p. 95 (distinguiendo entre una “oferta auto-ejecutiva” y una “oferta para hacer o impedir hacer algo”).

¹⁴⁴ GREEN. “Is an Offer always a Promise?”. En: Ill. Law Review 23. 1928. pp. 301-302 (usando la frase, “una expresión de voluntad o consentimiento para ser respondida”). LORENZEN. “Causa and Consideration in the Law of Contracts”. En: Yale Law Review 28. 1919. pp. 621-646 (“Los acuerdos que son físicamente posibles y legalmente permisibles deberían, en principio, ser exigibles si la intención de las partes fue la de asumir relaciones legales”).

¹⁴⁵ Por supuesto, un requerimiento adicional de la obligación contractual en un sistema de titularidades es que los derechos transferidos sean válidos y enajenables. Ver notas 99-100 *supra* y el texto que las acompaña.

prometido¹⁴⁶. En contraste, una teoría del consentimiento especifica que el promitente incurre en una obligación contractual cuya exigibilidad legal resulta moralmente justificable al manifestar su asentimiento a la exigibilidad legal y, por tanto, invocar la institución del contrato. En las circunstancias descritas por Fried, el promitente puede tener una obligación moral para hacer lo que prometió. Pero, sin algo más, no tendrá una obligación legal y el destinatario de la promesa no tendrá derecho legal a su cumplimiento¹⁴⁷. Sólo se incurrirá en una obligación contractual de cumplimiento cuando el promitente manifieste al destinatario de su promesa su intención de estar legalmente vinculado. La base de la obligación contractual no es el prometer *per se*. La base del contrato es el consentimiento.

Resulta paradójico adherirnos a una noción “objetiva” de consentimiento que se base justamente en esas palabras y hechos de las personas que comúnmente se entienden reflejan su asentimiento subjetivo a quedar legalmente vinculados, no obstante ellas puedan no haber querido comunicar su significado común¹⁴⁸. Un análisis del consentimiento tiene interés genuino en la real intención de las partes, sin embargo, nunca tenemos acceso directo al subjetivo contenido mental otros individuos. Por esta razón, siempre debemos aprehender el significado de los términos comparando (1) la conducta de las personas con sus palabras, (2) o su conducta y sus palabras en un contexto con las mismas conducta y palabras en otro, (3) o la conducta y palabras de una persona con las de otra persona¹⁴⁹. Incluso en una teoría subjetiva, la evidencia de asentimiento subjetivo debe ser en cierto grado manifiesta, aunque sea expresado en el testimonio de un testigo o en algún tipo de documento auto-emitido.

Por esa razón, la única diferencia en el tratamiento de la evidencia de la intención subjetiva entre las aproximaciones objetiva y subjetiva del contrato se refiere a la evidencia de la intención subjetiva que es

extrínseca a la transacción. En el momento de la formación, tal evidencia extrínseca no está disponible para la otra parte que presencia lo que pareció ser o no un asentimiento a una transferencia de derechos. Por definición, desde que esta información no se encuentra disponible para la otra parte en el momento en que se manifiesta el asentimiento, su posterior utilización por una corte (siguiendo una aproximación subjetiva) contradice la función que brinda el consentimiento al definir claramente y comunicar los límites de una conducta legítima en el momento de la transacción¹⁵⁰. Una verdadera aproximación subjetiva de la intención contractual admitiría esta evidencia en comparación con una aproximación objetiva, que la descartaría.

El hecho que un consentimiento objetivo generalmente tenga preeminencia sobre un asentimiento subjetivo no amenaza el interés-libertad que los derechos formulados han querido proteger. Nadie sostiene que una aproximación objetiva a los derechos de adquisición o de uso de los recursos sea inconsistente con el interés-libertad que un esquema de derechos privado intenta conseguir. Por el contrario, estas aproximaciones a los derechos de adquisición o uso de los recursos tienen ventaja precisamente porque respetan y protegen los derechos y intereses de libertad de los otros, cuyos planes y expectativas estarían severamente limitados si no tuvieran la titularidad para confiar en la apariencia de las cosas y tomar la conducta asertiva de otros a su valor facial¹⁵¹.

Lo mismo sucede en el Derecho contractual. Los actos volitivos –palabras o hechos– que manifiestan asentimiento a una transferencia de titularidades supuestamente obligan al actor con prescindencia de su intención subjetiva. Esta teoría contractual de “responsabilidad objetiva” apela precisamente al reconocimiento de los derechos legítimos y los intereses en la libertad de los demás¹⁵². Hace más de cuarenta años, Lon Fuller notó que un Derecho de los contratos que busque asegurar un campo para la autonomía privada tiene una calidad “bipartita”

¹⁴⁶ FRIED, C. Nota 8 *supra*. p. 16.

¹⁴⁷ CORBIN, L. A. Nota 1 S 110 *supra*. p. 490 (“Para ser exigible, la promesa debe de ir acompañada por otro factor”).

¹⁴⁸ Similarmente, no se considera paradójico que, generalmente, el sistema legal criminal se rehuse a permitir que los veredictos del jurado sean censurados por evidencia de inocencia no presentada durante el juicio.

¹⁴⁹ Esta lista puede no ser exhaustiva.

¹⁵⁰ Aunque el destinatario puede confiar correctamente en la manifestación objetiva si este no confía de hecho en esta manifestación no serviría el propósito vinculante definitorio para protegerla legalmente. Ver notas 156-160 *infra* y el texto que las acompaña.

¹⁵¹ La correlativa *notioe* es el concepto legal que se opuso a la actual notificación. Pueden revisar POMEROY, J. “Equity Jurisprudence” S 842. p. 292. Symons. Quinta edición. 1941. (“Si la ignorancia de la ley fuera generalmente permitida como alegato, podría darse una inseguridad con respecto a los derechos legales, no habría certeza en las investigaciones judiciales y no habría finalidad en litigar”). (Pie de página omitido).

¹⁵² EPSTEIN. “A theory of Strict Liability”. J. Legal Studies 2. 1973. pp. 151-169.

“La doctrina de la responsabilidad objetiva sostiene que la prueba de que el demandado causó un daño crea: (a) la presunción (a favor del demandante) porque (bajo esta doctrina) la prueba de que el daño no fue recíproco es suficiente para alterar el balance y establecer a una persona como ganadora y a la otra como perdedora. No hay espacio para considerar, como parte del caso *prima facie*, alegaciones como que el demandado no quiso ocasionar el daño al demandante o que pudo evitar el daño con un cuidado razonable. Esta decisión es o el demandante o el demandado”.

y que esta calidad da origen a una teoría objetiva del contrato¹⁵³.

En una teoría del consentimiento, entonces, los contratos son interpretados con atención en honrar la real intención de las partes. Sin embargo, cuando la intención subjetiva de una de las partes no ha sido manifestada a la otra, sólo una interpretación “razonable” u objetiva del compromiso podrá establecer claramente los límites requeridos por una aproximación según las titularidades.

No hay nada de nuevo ni de revolucionario en la preocupación que tiene el Derecho de los contratos en la protección de la confianza de los destinatarios de una promesa. Una de las principales funciones de la institución de los derechos de propiedad es proteger legalmente ciertas expectativas de los titulares de los derechos para que éstos puedan confiar en el uso continuo de ciertos recursos. Por ejemplo, el propietario de un terreno confía en el título que posee cuando invierte en construir una casa o una fábrica sobre él, ya que espera que su título sea honrado por el sistema legal en un futuro. También confía en su título cuando parte de vacaciones ya que espera que su propiedad le siga perteneciendo cuando regrese.

En una teoría del consentimiento, la confianza en los hechos o en las palabras de otro se “justifica” sólo (1) cuando, y en la medida que, el significado de tales hechos o palabras tienen un significado comúnmente entendido dentro del contexto relevante o cuando se puede demostrar que ambas partes les han querido dar un significado especial en la transacción y (2) cuando este significado indique un consentimiento para

transferir derechos enajenables y legítimamente adquiridos. El difícil trabajo que enfrenta un sistema legal basado en las titularidades incluye determinar qué constituye un título “válido” y qué actos constituyen un “consentimiento”. Sólo cuando estos conceptos se encuentren correctamente definidos podemos “esperar” que el sistema legal actúe de una manera suficientemente predecible de tal forma que haga nuestra confianza “razonable” o “justificada”.

2. Los límites correctos de la aproximación objetiva

Una teoría del consentimiento también explica los límites de una aproximación objetiva –por qué la interpretación objetiva de los actos de una de las partes llevará, a veces, a probar una diferente comprensión subjetiva de una o ambas de las partes¹⁵⁴.

Para detectar la presencia de consentimiento, lo que importa es el significado que generalmente se le atribuye a alguna palabra emitida o a una conducta que indique asentimiento –un significado al cual ambas partes tienen acceso. En el derecho de los contratos, el significado generalizado se convierte en significado presunto¹⁵⁵. La presunción puede ser rebatida, aunque no tomando como referencia la intención subjetiva del promitente en cumplir con los actos a los cuales ha consentido, sino mediante la comprobación de cualquier significado especial que la conducta de las partes descubra que poseen en común, negando, por ende, la función social de lo que se acepta como significado general¹⁵⁶, o también mediante la prueba aportada por el promitente demostrando que el destinatario no puede realmente entender que el significado querido era el significado “razonable”¹⁵⁷.

¹⁵³ Distinguiendo su concepto de “autonomía privada” de la teoría de la voluntad, Fuller observó que:

El principio de autonomía privada, entendido propiamente, no es de ninguna manera inconsistente con una interpretación “objetiva” de los contratos. Sin duda, yendo más lejos, podríamos decir que la llamada teoría de la interpretación objetiva en su más extrema aplicación se hace comprensible sólo en los términos del principio de autonomía privada... esta teoría descansa sobre la necesidad de promover transacciones seguras. Pero las transacciones seguras presuponen que, anteriormente, se den “transacciones”, en otras palabras, actos de las partes privadas los cuales tienen una función de creación legal y de alteración de derechos.

FULLER. “Consideration and Form”. En: *Columbia Law Review* 41. 1941. pp. 799-808. Por supuesto, las transacciones seguras es sólo una de muchas funciones efectuadas por la institución de los derechos. Véase, también, RAZ. “Book Review”. *Harvard Law Review* 95. 1982. pp. 916-936.

El test objetivo de la formación de los contratos no es una contradicción a la visión sobre el propósito del Derecho contractual, la cual es la de apoyar la práctica de asumir obligaciones voluntarias. Por el contrario, está requerido para ello. Paradójico como suena, es en el orden de proteger la práctica del abuso y de la falsificación que el Derecho reconoce la validez de los contratos que no son obligaciones voluntarias.

¹⁵⁴ EISENBERG. Nota 140 *supra*. pp. 1117-1127 (discutiendo cuáles límites deberían de ser colocados apropiadamente en la aplicación de la aproximación objetiva).

¹⁵⁵ “Restatement (Second) of Contracts” S 201 literal a (1979) (“Las palabras son usadas como símbolos convencionales del estado mental, con significados estandarizados basados en prácticas habituales o consuetudinarias. A menos que se muestre una intención diferente, el lenguaje es interpretado de acuerdo con el significado general que prevalezca”).

¹⁵⁶ Ver, por ejemplo, *Weinberg v. Edelstein*, 201 Misc 343, 345, 110 N.Y.S 2d 806, 808 (Sup. Ct. 1952) (Una corte no puede “confiar en las definiciones de un simple diccionario”, por el contrario, debe determinar el significado de acuerdo “a las prácticas y costumbres comerciales”). “Restatement (Second) of Contracts” S 201 comentario a. 1979. (“Sin embargo, las partes que utilicen términos estandarizados en un diferente sentido corren el riesgo que su acuerdo sea mal interpretado en un litigio”).

¹⁵⁷ Permitir al promitente discutir si el destinatario de la promesa ha, de hecho, confiado en el significado objetivo es bastante consistente con la función de definir los límites vinculantes que tiene el Derecho contractual en una teoría del consentimiento. Asumiendo que el promitente puede probar tal alegación, la confianza, la cual está diseñada para proteger la aproximación objetiva, es inexistente, y permitir tal prueba proporcionaría pocas posibilidades de fraude. En este sentido, la teoría del consentimiento forma parte de la interpretación convencional de la teoría objetiva. Ver, por ejemplo, *Embry v. Hargadine, McKittrick Dry Goods Co.*, 127 Mo. App. 383, 392, 105 S.W. 777, 780. 1907 (sosteniendo que el demandado es responsable del incumplimiento contractual si una persona razonable hubiera comprendido que éste aceptó la oferta del demandante y el demandante, de hecho, así lo entendió).

No se “justifica” que el destinatario de una promesa confíe en el significado ordinario de las palabras o hechos del promitente cuando se puede probar que un significado especial fue el entendido por ambas partes. De modo similar, hacer exigible un significado “razonable” no cumple ningún propósito constructivo cuando no coincide con lo que el destinatario realmente entendió¹⁵⁸. La función determinadora de límites¹⁵⁹ de un análisis de los derechos simplemente no requiere que tal confianza sea protegida o que tal significado sea exigido¹⁶⁰.

Esto también explica por qué el mal uso de un término particular por una parte A quien no era consciente de su significado ordinario no obligaría a A si fuese posible demostrar que B—la otra parte— pudo advertir este error de las circunstancias de la transacción¹⁶¹. La comprobación de este hecho mostraría que la función determinadora de límites normal que rige toda aproximación objetiva designada para proteger a partes en la posición de B habría sido satisfecha por el real conocimiento que B tenía del significado empleado por A. Una teoría del consentimiento, por lo tanto, explica tanto por qué las partes son libres de apartarse del significado ordinario de las palabras o hechos, sea intencional como inadvertidamente, como por qué prevalecerá el significado “objetivo” ordinario si no pudiese probarse ese alejamiento por ambas.

Las personas generalmente se valen de palabras y acciones convencionales para comunicar sus intenciones con un grado considerable de precisión. Por esta razón, la mayoría de los casos decididos mediante una aproximación objetiva basados en el significado ordinario y natural de las palabras u otras conductas asertivas diferirán sólo en raras circunstancias, de aquellos decididos aplicando una aproximación subjetiva. La mayoría de casos ofrecerían soluciones iguales mediante las dos aproximaciones. Pero, a diferencia de la teoría basada en la voluntad, la teoría del consentimiento—debido a que está basada en nociones fundamentales sobre titularidades— puede

explicar tanto por qué optamos por hacer generalmente exigible la manifestación objetiva del consentimiento cuando ésta difiere de la intención subjetiva, así como las excepciones en las que la evidencia de una intención o voluntad subjetiva prevalecerá.

C. Determinando la obligación contractual dentro de la teoría del consentimiento

1. La presunción natural del consentimiento

Richard Epstein ha sugerido que los principios legales usados para determinar la obligación pueden ser comprendidos de mejor manera si se les considera como presuntivos en la naturaleza¹⁶². Esto significa que los principios legales que intentan describir de forma general las obligaciones que resultarán de ciertas acciones, no deberían ser aplicados de una manera “absoluta”. Más bien, los principios legales deben establecer un “caso *prima facie*” de obligación legal que describa la conexión normal o presunta entre actos específicos y sus consecuencias legales¹⁶³. Cualquier presunción de ese tipo sobre la obligación puede, sin embargo, ser “refutada” si se prueba la existencia de otros factores que son reconocidos generalmente por el sistema legal por socavar el significado normal del caso *prima facie*. Tales respuestas o “excepciones” al caso *prima facie* son en sí mismas sólo presuntamente aceptables. Estas pueden a su vez ser refutadas aún por otros factores alegados por la persona que busca alivio. En este sentido, los principios o elementos que determinan la obligación legal vienen en “etapas”¹⁶⁴.

En una teoría del consentimiento, en la ausencia de la afirmación de una excepción válida, la prueba del consentimiento para realizar una transferencia de derechos enajenables (más su incumplimiento), es legalmente suficiente para obtener sentencia por incumplimiento de contrato. El consentimiento es *prima facie* vinculante debido a su conexión usual con el asentimiento subjetivo (protegiendo, de ese modo, el interés basado en la confianza del promitente) y debido

¹⁵⁸ FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 7.9. pp. 483-492.

¹⁵⁹ Véase, notas 139-140 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁶⁰ FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 7.9. p. 484 (“Sin embargo, desde que un contrato involucra a dos partes, la búsqueda de significado comienza con el significado dado por ambas al lenguaje contractual; cada una necesita del asentimiento de la otra”). U.C.C S 1-201 (3). 1978 (“Un acuerdo” significa la negociación de las partes fundada en su lenguaje o por implicación de otras circunstancias incluyendo el curso del trato o los usos del mercado o el curso del cumplimiento provisto en este acto”).

¹⁶¹ “Restatement (Second) of Contracts” S 153 (1979) (especificando cuando el error de una de las partes hace que un contrato sea anulable).

¹⁶² EPSTEIN. “Pleadings and presumptions”. En: University of Chicago Law Review 40.1973. p. 556 (describiendo la operación de las etapas de los alegatos en el análisis legal); EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 641 (“Poniendo el problema en el lenguaje del procedimiento civil, los principios que indican la exigibilidad de las promesas deberían determinar cuándo el incumplimiento de una promesa dada hace surgir una demanda legal. Las cuestiones que conciernen la calidad de las promesas individuales deberían ser pasibles de defensas”).

¹⁶³ Una aproximación que construye reglas legales presumiblemente aplicables—el caso *prima facie*— basadas en circunstancias normales y luego permite ciertas defensas basadas en circunstancias “anormales” que elimina las propiedades del caso *prima facie* (aunque no la elimina totalmente) serviría para minimizar el problema de la “textura abierta” de las reglas generales que se notó. Nota 85 *supra* y el texto que la acompaña.

¹⁶⁴ EPSTEIN. “Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability”. En: Journal of Legal Studies 3. 1974. p. 165 (ofreciendo una amplia descripción sobre esas circunstancias que refutan la presunción normal incluida en el caso *prima facie* de responsabilidad civil en la cual una persona será estrictamente responsable por los daños que cause). EPSTEIN. Nota 152 *supra*. pp. 166-174 (habiendo intencionalmente causado daño a otro, A es *prima facie* responsable por la lesión, pero si A alega exitosamente una defensa válida, B puede no estar legitimado para un juicio).

a que las personas usualmente tienen acceso sólo a las intenciones manifiestas de otros (protegiendo, de ese modo, el interés basado en la confianza del destinatario y de otros, así como la “seguridad de las transacciones”). En las dos secciones siguientes se discutirá el caso *prima facie* del consentimiento y el rol que juegan las excepciones al consentimiento en esta teoría.

2. Estableciendo el caso *prima facie* del consentimiento

Hay dos maneras de manifestar la intención de una persona de vincularse legalmente. La primera es “encauzar” deliberadamente el comportamiento de uno mediante el uso de la formalidad legal¹⁶⁵ de tal forma que explícitamente se transmita un cierto significado –el de tener una intención de estar legalmente vinculado– a otro. Este es el mecanismo formal para consentir. La segunda manera es transmitiendo tal significado de forma indirecta o implícita a través de otro tipo de comportamientos. Este es el mecanismo informal para consentir.

a. Consentimiento formal

Durante una parte considerable de la historia del *common law*, el modo principal para crear aquello que hoy consideramos como obligación contractual, fue tomar un acuerdo mediante la forma de un escrito sellado¹⁶⁶. Las acciones que se basaban en promesas informales eran afectadas por la excepción de apuesta, lo que menoscababa seriamente la habilidad del destinatario para obtener la exigibilidad¹⁶⁷. El surgimiento de la acción de cumplimiento puede entenderse como la forma en la cual los jueces del *common law* respondieron a presiones competitivas¹⁶⁸

para escapar de estas (y otras) barreras procesales que impedían la exigibilidad de las promesas informales.

Como ya se ha dicho anteriormente¹⁶⁹, sin embargo, el surgimiento de esta acción como la principal acción de la exigibilidad contractual requirió del desarrollo de una limitación doctrinal a la exigibilidad de los compromisos –esto es, la doctrina de la consideración¹⁷⁰. Este desarrollo eventualmente derivó en el ascenso de la teoría negocial de la consideración, la cual tuvo como consecuencia no deseada el crear problemas doctrinarios para la exigibilidad de compromisos formales ahí en donde no había negociación por la consideración. A pesar de su antigua historia, los acuerdos formales, tales como aquellos bajo sello, fueron vistos como “excepciones” al requerimiento “normal” de la consideración. Expresiones tales como “un sello importa consideración” o es “un sustituto de la consideración” se volvieron comunes¹⁷¹.

A pesar de tales casos y replanteamientos¹⁷², las promesas formales han tenido un lugar incierto en el Derecho contractual¹⁷³ debido a que carecían de un fundamento teórico. En un clima de opiniones dominado por nociones como “negociación” y “confianza inducida”, en donde no hay negociación ni una confianza demostrable que sustenten la exigibilidad, la presencia de una formalidad significativa podría no ser suficiente para satisfacer a una corte¹⁷⁴. Ni siquiera los renombrados escritos contractuales de Lon Fuller¹⁷⁵ pudieron cambiar el estatus de orfandad del contrato formal.

Una teoría del contrato basada en el consentimiento otorga el sustento teórico ausente en los contratos

¹⁶⁵ FULLER. Nota 153 *supra*. p. 801 (el uso de la formalidad legal “ofrece un marco legal en el cual la parte puede ajustar sus acciones o, para cambiar la figura, esta ofrece canales para la expresión legal efectiva de la intención”).

¹⁶⁶ SIMPSON, A. Nota 75 *supra*. pp. 88-90.

¹⁶⁷ *Ibid.* pp. 137-144.

¹⁶⁸ HELMHOLZ. “Assumpsit and Fidei Laessio”. En: Law Q. Rev. 91. 1975. p. 406 (describiendo la competencia entre las cortes del “*common law*” y las cortes del clero en la exigibilidad de las promesas informales).

¹⁶⁹ Notas 73-75 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁷⁰ El “Statute of Frauds”, de 1677, fue otra de tales limitaciones. Ver SIMPSON, A. Nota 75 *supra*. pp. 599-600.

¹⁷¹ Ver, por ejemplo, *In Re Conrad's Estate*, 333 Pa. 561, 563, 3 A. 2d 697, 699 (1938); *Aller v. Aller*, 40 N. J. L. 446 (1878). Ver CRANE. “The Magic of the Private Seal”. En: Columbia Law Review 15. 1915. pp. 24-26 (“Los libros frecuentemente hablan sobre el sello para describir a la consideración, pero el estatuto correcto de la regla es que un instrumento sellado no requiere de la consideración”) (pie de página).

¹⁷² “Restatement (Second) of Contracts” § 95 (1979) (especificando las condiciones necesarias para que el escrito sellado sea vinculante sin que medie la consideración).

¹⁷³ FRIED, C. Nota 8 *supra*. pp. 28-29 (“La tendencia de considerar a la técnica del sello como una reliquia anacrónica, su estrechez y la naturaleza episódica de las excepciones estatutarias dejaron a la doctrina de la consideración como la norma a seguir”).

¹⁷⁴ Es difícil de determinar cuánto de este declive se debe a razones teóricas y cuánto debido al significado incierto de ciertas formalidades que supuestamente constituían sellos. Observen la opinión del canciller Kent en *Warren v. Lynch*, 5 Johns. 239, 245-246 (N.Y. 1810) (“Hacer un garabato con un lápiz no es un sello y no merece atención alguna... Denominar a un papel como instrumento no lo hace uno, si se desea el requisito de la formalidad... La política de esta regla consiste en dar solemnidad a la ejecución de importantes instrumentos, por medios en los cuales la atención de las partes sea más certera y efectivamente fijada, y para disminuir la posibilidad de fraude”).

Con las leyes de Nueva York de 1892, ch. 677 § 13 (“El sello privado de una persona... sobre algún instrumento o escrito debería consistir en... la palabra sello o las letras “L.S” al costado de la firma”). Ver también EISENBERG. Nota 1 *supra*. pp. 660 (describiendo la erosión de los “elementos de rito y personificación”). FULLER. Nota 153 *supra*. pp. 823 (cuestionando que “con nuestras rutinarias e institucionalizadas formas actuales de hacer negocio, una ‘formalidad general’ puede alcanzar el objetivo que la formalidad intenta conseguir”).

¹⁷⁵ FULLER. Nota 153 *supra*. pp. 822-823 (“Las decisiones que subyacen el uso de formalidades mantendrán su relevancia mientras un hombre realice promesas a otro”).

formales y explica su lugar adecuado en un bien articulado Derecho de los contratos. El uso voluntario de una reconocida formalidad por parte del promitente le manifiesta al destinatario una intención de quedar legalmente vinculado de la forma menos ambigua posible. Como señaló una corte:

“Si una parte ha expresado total y absolutamente su intención en un escrito sellado y entregado, con la sanción más solemne conocida por nuestro Derecho, ¿qué cosa debería impedir su ejecución si es que no hay fraude o ilegalidad?”¹⁷⁶.

Los contratos formales deben constituir un caso “sencillo” de exigibilidad contractual, pero para las teorías predominantes que requieren de una consideración negociada, de una confianza inducida o inclusive de “eficiencia” económica, sería muy difícil explicar porqué¹⁷⁷. Por el contrario, en una teoría basada en el consentimiento no hay necesidad de una negociación subyacente o de una confianza demostrable para que tal compromiso sea propiamente exigible.

Lo mismo es cierto –como lo ha reconocido nuevamente Lon Fuller– para las consideraciones nominales y para falsas declaraciones de una consideración¹⁷⁸. Una teoría del consentimiento reconoce que una expresión de las partes, evidenciada de modo adecuado, que muestre que existe la “consideración” puede cumplir la función canalizadora de las formalidades, sea que exista o no en los hechos una consideración negociada para el compromiso. Si es bien conocido que la frase “en retribución a la buena y valiosa consideración” significa que uno intenta estar vinculado legalmente, entonces, estas palabras

satisfacen una función canalizadora así como también, y quizás de mejor manera, que como lo hace un sello o alguna otra formalidad¹⁷⁹. La regla actual que dice que la falsedad de tal declaración permite que una corte declare nula una transacción debido a la falta de consideración¹⁸⁰ es, por lo tanto, contraria a una teoría consensual del contrato¹⁸¹.

b. Consentimiento informal

El consentimiento para transferir derechos puede ser expreso o encontrarse implícito. Los contratos formales que expresan el consentimiento para la transferencia de derechos enajenables no presentan ningún problema para la teoría del consentimiento. En cambio, la exigibilidad de compromisos informales, en donde la evidencia de intenciones legalmente vinculantes es más oscura, ha incomodado durante siglos al Derecho contractual¹⁸². Ante tales acuerdos, las cortes deben inferir el asentimiento a quedar legalmente vinculados de las circunstancias o “consideraciones”¹⁸³ o “causa”¹⁸⁴ que indujeron las acciones de las partes.

(i) La negociación como evidencia de consentimiento

En el marco de una teoría del consentimiento, la consideración negociada, juega un rol canalizador¹⁸⁵. El hecho que una persona haya recibido algo de valor en respuesta a una “promesa” podría, en efecto, indicar que esta promesa ha sido una expresión de la intención de transferir derechos¹⁸⁶. Más aún, en algunas circunstancias en donde las transferencias gratuitas son inusuales, recibir un beneficio en respuesta de una promesa debe servir como aviso objetivo para el promitente de que tal promesa ha sido

¹⁷⁶ *Aller v. Aller*, 40 N. J. L. 446, 451 (1878). Pueden ver también “Handbook of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and Proceedings 194”. 1925 (“No veo por qué un hombre no debería poder hacerse responsable si desea hacerlo”) (declaración de S. Willinston).

¹⁷⁷ Por ejemplo, cuando no hay consideración separada para realizar una oferta irrevocable por un cierto periodo de tiempo, una teoría de la negociación de la consideración tendría un problema al explicar la exigibilidad de tales “ofertas de la firma” como son reconocidas por U.C.C.S 2-205 (1977), ya que éstas no requieren ni consideración ni una confianza para obtener exigibilidad.

¹⁷⁸ FULLER. Nota 153 *supra*. p. 820 (“El motivo correcto para mantener estas decisiones parecería ser que la decisión que subyace el uso de formalidades está aquí satisfecha por el hecho que las partes se han tomado el trabajo de difundir su transacción bajo la forma de un intercambio”).

¹⁷⁹ EISENBERG. Nota 1 *supra*. pp. 660-661 (“Puede asumirse tranquilamente que las partes que falsamente difunden una promesa no negociada como una negociada lo hacen con el propósito expreso de hacer su promesa legalmente exigible”).

¹⁸⁰ Ver Restatement (Second) of Contracts S 71 literal b. 1979. Ver, por ejemplo, *Schnell v. Nell*, 17 Ind. 29, 32 (1861) (“La consideración de un centavo es, plenamente, en este caso, meramente nominal y esa es toda su intención”). *Shepard v. Rhodes*, 7 R.I.470, 475 (1863) (La consideración de un dólar fue “una mera consideración nominal”). (Énfasis en el original).

¹⁸¹ Pueden ver el “Restatement (Second) of Contracts” S 87 (1) (a). 1979 (calificando la prohibición del S 71 que permite relaciones de significativa consideración para comprender la oferta de una “firma” como exigible, como un contrato de opción).

¹⁸² LORENZEN. Nota 144 *supra*. p. 646 (criticando los límites colocados por el derecho anglo-americano en las formas por las cuales “la intención de asumir una obligación” puede demostrarse).

¹⁸³ En este uso arcaico de la palabra “Consideración”, véase SIMPSON, A. Nota 75 *supra*. p. 321 (“Los alegatos sobre las acciones contra el incumplimiento siempre han incluido temas de incentivos”).

¹⁸⁴ Para un posible paralelo entre la consideración y el concepto civilista de “causa”, ver MASON. “The Utility of Consideration: A Comparative View”. En: Columbia Law Review 41. 1941. pp. 825-831. LORENZEN. Nota 144 *supra*. p. 646 (“No existe realmente una “doctrina” que pueda definir la causa”).

¹⁸⁵ “Restatement (second) of Contracts” S 75. 1979 (“A partir del principio que dice que la negociación es vinculante es ampliamente entendido y reforzado, en muchas situaciones por la costumbre y convenciones, el hecho que la negociación... tiende a satisfacer la función preventiva y canalizante de la forma.”)

¹⁸⁶ ATIYAH, P. Nota 123 *supra*. p. 184 (“[Una] muy común justificación para tratar una promesa como vinculante es que esa promesa es evidencia de la existencia de alguna otra obligación que debía el promitente. Al hacer una promesa explícita, el promitente concede o admite la existencia y la extensión de la obligación pre-existente”).

interpretada por la otra parte como legalmente vinculante¹⁸⁷.

Aunque la existencia de negociación o alguna otra motivación para una transacción puede ser buena evidencia del tipo de acuerdo alcanzado, en una teoría del consentimiento la ausencia de consideración no excluye la aplicación de sanciones legales si es que otros indicios de consentimiento se encuentran presentes. Para regresar a los ejemplos dados por Fried¹⁸⁸, si es que puede probarse que una de las partes consintió voluntariamente quedar vinculada legalmente a mantener abierta una oferta de transferencia de derechos, o a cancelar una deuda, o a modificar una obligación o a pagar por favores pasados, entonces, estos compromisos son exigibles (en la medida en que se cumplan otros requerimientos contractuales tales como la aceptación).

Donde negociar es la norma –como lo es en las transacciones que implican ventas– hay poca necesidad de que la ley requiera pruebas explícitas de la intención de vinculación legal como puede ser una formalidad adicional¹⁸⁹ o inclusive la prueba de la existencia de una negociación. En tales circunstancias, si se puede probar la existencia de un acuerdo para vender entre partes no relacionadas, presumiblemente ha habido una manifestación de la intención de quedar legalmente vinculado. Por esta razón, resulta totalmente coherente con una teoría del consentimiento la restricción del Código Comercial uniforme, que señala que “[un] contrato hecho para la venta de bienes puede ser hecho de cualquier manera que sea suficiente para demostrar un acuerdo, incluyendo la conducta de ambas partes que reconozca la existencia de tal contrato”¹⁹⁰.

En un sistema legal inspirado en una aproximación según el consentimiento, el reconocimiento de que la “consideración” es sólo evidencia presunta del consentimiento, y que ese consentimiento puede ser demostrado por otros medios, puede obtener

resultados que correspondan de manera notable con la práctica cotidiana. Para evitar confusiones y errores innecesarios es importante, sin embargo, entender el marco teórico¹⁹¹.

(II) La confianza como evidencia de consentimiento

Una teoría del consentimiento también identifica aquellas circunstancias en que la presencia de confianza es un sustituto adecuado del requerimiento tradicional de la consideración. Si la función primaria de la consideración es servir como medio en el cual se manifiesta el asentimiento de encontrarse legalmente vinculado, y no como un requerimiento de un caso *prima facie* de la obligación contractual, entonces, se vuelve menos complicado afirmar la equivalencia entre confianza y consideración¹⁹². Los gastos realizados por el destinatario de una promesa sobre la base de su confianza en las palabras y conducta del promitente pueden servir como prueba tanto de la naturaleza de la transacción como de la existencia de consideración, especialmente cuando la confianza es o debería ser conocida por el promitente¹⁹³.

Supongamos que *A* hace una promesa sustancial a *B* –por ejemplo, una promesa para transmitir tierras. La promesa es clara, pero ambigua en lo que se refiere al efecto legal perseguido. ¿Pretende *A* encontrarse obligado y sujeto a la exigibilidad legal si incumple, o está simplemente estableciendo su visión actual de sus intenciones futuras? Supongamos ahora que *B* comunica a *A* la intención de confiar de modo sustancial en la promesa de *A* –por ejemplo, construyendo una casa en el terreno– y que *A* no se pronuncia. Supongamos, además, que *B* comienza a construir y observa que *A* contempla sin decir nada. Parecería que en tal circunstancia la ambigua intención legal de *A* ha sido esclarecida. Pues al permanecer silencioso ante una confianza tan sustancial que *B* no habría actuado sin el compromiso legal de *A* –*A* no podría asumir razonablemente que *B* intenta obsequiarle la casa–

¹⁸⁷ Los deberes, si hay alguno, que la recepción de un beneficio no gratuito imponen en el receptor están mucho más allá de lo pretendido por este artículo, excepto en el hecho de notar que tal recepción puede manifestar la intención del receptor de estar legalmente vinculado a un acuerdo contemporáneo.

¹⁸⁸ Ver Nota 77 *supra* y el texto que la acompaña. Noten que en la mayoría de estos casos, las formalidades adecuadas estuvieron presentes para indicar que hubo consentimiento.

¹⁸⁹ Ver FULLER. Nota 153 *supra*. p. 806 (La función canalizadora de la formalidad “no tenía cabida en donde las actividades del hombre ya estaban divididas en definitivas y claras categorías de negocios... Es por esta razón que las transacciones importantes sobre las acciones y productos en el mercado pueden ser llevadas cabo de forma segura de la manera más informal”). Sin embargo, la formalidad puede ser requerida si así fuera la costumbre de intercambio o si la transacción era particularmente larga o inusual en algún otro aspecto.

¹⁹⁰ U.C.C.S 2-204. 1977.

¹⁹¹ FULLER. Nota 153 *supra*. p. 824. Concluye: “Un ataque original a estos problemas nos llevará a unas conclusiones sustancialmente equivalentes a las que resultan de la actual formulación de la doctrina de la consideración. Lo que necesita ser abolido no es la doctrina de la consideración sino la concepción del método legal que asume que la doctrina puede comprenderse y aplicarse sin referirse a los fines para los que sirve. Cuando queramos definir de nuevo la doctrina de la consideración en términos de la política que la delinea, el problema de adaptarla a nuevas condiciones se resolverá por sí mismo”.

¹⁹² Véase, por ejemplo, ATIYAH, P. Nota 123 *supra*. pp. 184-189.

¹⁹³ *Ibid.* pp. 192-195 (discutiendo el valor evidente de la confianza en una promesa).

A ha puesto de manifiesto una intención de quedar legalmente vinculado¹⁹⁴.

De este modo, el silencio del promitente al observar una confianza sustancial en la promesa por parte del destinatario puede manifestar el asentimiento del promitente al destinatario¹⁹⁵. En una teoría del consentimiento, si el consentimiento es probado, entonces, la exigibilidad está garantizada, incluso en ausencia de una negociación o de alguna formalidad.

Como hemos discutido anteriormente¹⁹⁶, cuando se trata de discernir la confianza “razonable” (o prudente) en una promesa, no se puede extraer una conclusión que sea independiente de lo que advertimos como exigible en esa misma promesa, lo cual nos hace regresar nuevamente a la pregunta sobre la exigibilidad con la que empezamos este trabajo. Una teoría basada únicamente en la confianza no puede, en consecuencia, dar respuesta satisfactoria a este tema. Por el contrario, en una teoría del consentimiento, la confianza se encuentra legalmente protegida (y, por lo tanto, considerada como justificada) sólo si se trata de una confianza en una intención manifiesta de vincularse legalmente¹⁹⁷. La confianza en un compromiso que no llega a ser una intención manifiesta de quedar legalmente obligado no se encuentra legalmente protegida y todo riesgo queda en cabeza del destinatario.

La única evaluación de “razonabilidad” que es requerida en una teoría del consentimiento de la obligación contractual es una evaluación sobre el significado “razonable” –o probable– de las palabras y conducta del promitente. A pesar de lo difícil que tal búsqueda interpretativa del significado pueda ser, no se encuentra plagada por el mismo tipo de *circularidad* que encontramos en una evaluación de la “confianza razonable”. La interpretación del significado en un contexto contractual implica determinar a) el significado no jurídico habitual de las palabras como; o, b) el

especial significado de los términos de arte legales y de las formalidades que han sido libremente empleadas por las partes¹⁹⁸; o, c) algún otro significado especial que haya sido comprendido mutuamente por las partes¹⁹⁹. En cualquier caso, éste es el tipo de investigación en la cual todos nosotros estamos rutinariamente involucrados día a día cuando nos comunicamos²⁰⁰.

Al proporcionar un criterio más claro para la exigibilidad, disponible para las partes, la teoría del consentimiento incentiva a actuar con información. Una vez que el estándar legal de exigibilidad contractual se conoce consentido, ¿a quién corresponde decir qué conducta es entonces “razonable” o prudente? Podría ser prudente o no confiar en un compromiso que se sabe inexigible, dadas otras cosas que el destinatario puede conocer del promitente. Esto no es materia que debiera decidir una corte. Sin embargo, debe quedar claro que una teoría del consentimiento podría identificar aspectos de la obligación contractual que una teoría de negociación ignoraría y, por lo tanto, podría proteger mejor y facilitar la confianza: bajo la teoría del consentimiento uno no requiere haber confiado en una negociación para ser protegido.

Una vez que se ha determinado que la confianza se encuentra protegida porque (y, por lo tanto, cuando) está basada en el consentimiento, una corte de justicia puede decidir cuánto de esa confianza debe ser protegida –esto es, ¿cuál es la extensión de la responsabilidad por las consecuencias producidas por el incumplimiento de una obligación admitida como exigible?²⁰¹ La aproximación estándar es adoptar una evaluación sobre la “predictibilidad”²⁰² de la responsabilidad que se parece mucho al juicio de prudencia o predictivo utilizado para evaluar la existencia de una obligación basada en la confianza: ¿qué podría haber esperado razonablemente un promitente que hiciera el destinatario movido por su confianza en el contrato? Bastante de este mismo

¹⁹⁴ Ver, por ejemplo, *Greiner v. Greiner*, 293 P. 759 (Kan. 1930). *Seavey v. Drake*, 62 N.H. 393 (1882). *Roberts-Horsfield v. Gedicks*, 94 N.J. Eq. 82, 118 A. 275 (1922). En cada uno de estos casos, el promitente mantuvo silencio sobre la confianza sustancial en una promesa para traspasar un terreno. Las cortes otorgaron una compensación a pesar de la falta de consideración negociada.

¹⁹⁵ MCCORMICK. “Evidence”. S 270. p. 799. Tercera edición. 1984 (“Si una declaración es hecha por otra persona en la presencia de una de las partes de la acción, conteniendo aseveraciones de hechos los cuales, de ser falsos, la parte negaría naturalmente de inmediato. Esta falla al hablar ha sido tradicionalmente admitida en contra de la parte”). (pié de página omitido).

¹⁹⁶ Ver Notas 20-25 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁹⁷ Esto está sujeto a la calificación que las cortes exigirán acuerdos subjetivos donde estos sean probados. Ver nota 156 *supra* y el texto que la acompaña.

¹⁹⁸ Una formalidad ideal es un acto que es tan extraño que no tiene un significado “normal” más que el que le da la ley, de tal manera que ninguna persona “razonable” que no trate de darle el efecto legal podría cumplir con el acto. Prender una vela y luego derramar su cera en un documento para imprimir un sello era un acto de lo más extraño. Cuando un documento “sellado” podía ser ejecutado al imprimirse en él las letras “L.S” después de la firma, el acto, obviamente, perdía este carácter. Ver nota 174 *supra*

¹⁹⁹ Este significado incluirá cualquier uso especial utilizado en una comunidad particular. Ver, por ejemplo, *Weinberg v. Edelstein*, 201 Misc. 343, 345. 110 N. Y. S. 2d 806, 808 (Sup Ct. 1952).

²⁰⁰ HART, H.L.A. Nota 85 *supra*. p. 123 (“Los términos generales serían inútiles para nosotros como medio de comunicación a menos que fueran... familiares, generalmente casos poco debatidos”).

²⁰¹ EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 651 (“[I]a determinación sobre qué clases de promesas deberían de ser exigidas legalmente está estrechamente relacionada con que varias de estas promesas deberían de ser exigibles efectivamente”). (pies de página omitidos).

²⁰² Por ejemplo, *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341, 355, 156 Eng. Rep. 145, 151 (1854).

problema sobre la responsabilidad existe en lo que se analizó anteriormente respecto al tema de la obligación²⁰³. En este caso, como en el anterior, lo que la mayoría de las personas hará depende de su percepción sobre cuál es la regla legal que se ocupa del alcance de la responsabilidad y, por lo tanto, tal predicción no puede, por sí misma, determinar la regla legal.

Así como la teoría del consentimiento se encarga del problema de la obligación empleando el criterio del "consentimiento de la obligación", ésta también manejará el problema del alcance de la responsabilidad empleando el criterio del "consentimiento de la responsabilidad". Ésta es básicamente la misma respuesta que esbozó el juez Holmes en el caso *Globe Refining Co. Vs Landa Cotton Oil Co.*²⁰⁴ y fue denominada *test* del "asentimiento tácito"²⁰⁵.

Mientras algunos han objetado la frecuente naturaleza ficticia de tal consentimiento "tácito"²⁰⁶, la fuente de este problema no yace en la teoría del consentimiento. Este problema yace, en realidad, en el centenario rechazo judicial para hacer exigibles las cláusulas expresas que especifican la extensión de la responsabilidad cuando tales cláusulas difieren del estándar de daños que las cortes aplicarían por su propia cuenta²⁰⁷. Bajo este marco legal, ¿por qué las partes imbuidas de racionalidad económica negocian dicha cláusula a menos que no discrepen radicalmente con ese marco legal y estén buscando una forma de evitarlo? Al reconocer el derecho que tienen las partes para consentir el alcance de la responsabilidad, a la vez que el de la obligación, podemos anticipar que el ficticio asentimiento "tácito" será suplantado por los acuerdos reales –implícitos o expresas– cuando las partes se encuentren en desacuerdo con la regla marco establecida por las cortes²⁰⁸.

Sin embargo, en tanto las partes puedan decidir libremente excluir la responsabilidad absoluta por todo daño consecuente que sea previsible, la adopción de una teoría del consentimiento en esta área ejercerá menos presión que su adopción en el nivel de la obligación. La mayoría de las partes sabe que se está vinculando mediante un contrato y, si es así, que pueden prever y de hecho prevén cláusulas que limitan, a través del consentimiento, las consecuencias por las que pueden ser responsables. Por el contrario, si la teoría del consentimiento no es empleada para evaluar la existencia de una obligación, las partes que no saben que están contratando no siempre podrán, o no podrá fácilmente, evadir una obligación que les puede ser impuesta.

En suma, la consideración negociada y la confianza no negociada son equivalentes al punto que la existencia de alguna de ellas en una transacción podrá manifestar las intenciones de una o de las dos partes de vincularse legalmente. De cualquier forma, la ausencia de consideración negociada o de confianza no impediría la exigibilidad de la transferencia de titularidades que pueda ser probada de alguna otra forma, por ejemplo, mediante un documento formal escrito o mediante una prueba idónea de un compromiso verbal suficientemente libre de ambigüedades²⁰⁹.

3. Excepciones al contrato: refutando el caso *prima facie* de consentimiento

El consentimiento, tanto formal como informal, es necesario para distinguir un caso *prima facie* de obligación contractual. Esto significa que, en ausencia de una excepción "afirmativa" al caso *prima facie* de la obligación contractual, la intención manifiesta de una de las partes de transferir derechos enajenables justificaría la exigibilidad de tal compromiso. Las

²⁰³ Ver notas 19-25 *supra* y el texto que las acompaña.

²⁰⁴ U.S. 190. pp. 540-545. 1903 (el conocimiento de una limitación de responsabilidad "debe de hacerse saber a la parte que se afecta, de modo tal, que la parte beneficiada con tal limitación pueda razonablemente creer que la persona con la que está contratando ha aceptado el contrato con esa especial condición inherente al mismo"). Ver *British Columbia Saw-Mill Co. V. Nettleship*, 3 L.R.-C.P. 499, 509 (1868). Ver también *Hooks smelting co. V. Planters Compress.*, 72 ark. 275, 286-87, 79 S.W. 1052, 1056 (1904) (empleando el *test* del asentimiento tácito). HOLMES, O. "The Common Law". Editado por M. Howe. 1963. pp. 236-237 ("La notificación, incluso en el momento de estar realizando el contrato, de las circunstancias especiales a partir de las cuales existirá un daño especial por la ruptura del contrato, no es suficiente a menos que la asunción de ese riesgo haya sido tomada como justa en el contrato"). MCCORMICK, C. "A Handbook on the Law of Damages" S 141. 1935. pp. 578-579.

²⁰⁵ FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 12.14. p. 875. (describiendo el *test* del asentimiento tácito, algo que ha sido rechazado por la mayoría de jurisdicciones). U.C.C. S 2-715 comentario 2. 1977 ("El *test* del "acuerdo tácito" para recuperar los daños consecuenciales es rechazado"). Sin embargo, *Murrow v. First Nat'l Bank*, 261 Ark. 568, 550 S.W.2d 429 (1977) (reteniendo el *test* del asentimiento tácito).

²⁰⁶ MCCORMICK, C. Nota 204 *supra*, S 141. p. 580 ("Se aumenta la ficción de una promesa tácita a la ficción original de la "Contemplation"...").

²⁰⁷ Véase "Liquidated Damages Recovery Under the Restatement (Second) of Contracts". En: Cornell Law Review 67. pp. 862-866. 1982 ("Donde el daño actual del incumplimiento contractual fue pequeño o inexistente, algunas cortes usan principios equitativos para evitar exigir una cláusula de liquidación de daños") (cita omitida). Pueden revisar también SIMPSON, A. Nota 75. pp. 118-125 (describiendo el declive de la *conditioned penal bond*).

²⁰⁸ POLINSKY, A. Nota 28 *supra*. p. 25 (el Derecho contractual proporciona una amplia gama de términos que minimizan los costos de transacción al ir acomodando la intención de las partes). POSNER, R. Nota 30 *supra*. p. 69 (Una de las funciones económicas del Derecho contractual es la de "reducir la complejidad de los costos de transacción al proporcionar una gama de términos normales que, en la ausencia del Derecho contractual, tendrían que ser expresamente negociados por las partes").

²⁰⁹ No se está sugiriendo aquí que tales medidas que tienen una función de evidencia –como una *statute of frauds*, una regla de *parol evidence*, o ciertos requerimientos formales– sean inapropiadas en una teoría del consentimiento. LORENZEN. Nota 144 *supra*. p. 644 (el Derecho puede "requerir ciertas formalidades para prevenir el fraude, como una garantía, tanto como le sea legalmente posible proporcionarlas para que el contrato represente la seria y deliberada intención de las partes. Sin embargo, se admite que está voluntad de las partes de asumir relaciones legales debería tener algún control").

excepciones tradicionales al contrato pueden ser entendidas como describiendo circunstancias que, de probarse han existido, privan a la manifestación de asentimiento de su moral normal y, por lo tanto, de su significado legal. Estas excepciones pueden ser agrupadas en tres grupos, cada uno de los cuales menoscaba el caso *prima facie* de consentimiento de diferente manera.

El primer grupo de excepciones –coacción, *misrepresentation*, y (posiblemente) *unconscionability*²¹⁰– describe circunstancias en las que la manifestación de una intención de quedar legalmente obligado ha sido obtenida indebidamente por el destinatario de la promesa. La manifestación de asentimiento ha sido obtenida por coacción del destinatario²¹¹ o ha estado basada en la desinformación provocada por este destinatario²¹². El segundo grupo –incapacidad, minoría de edad, toxicomanía– describe atributos del promitente que indican su falta de habilidad para expresar un asentimiento con algún tipo de significado. El tercer grupo –error, impracticabilidad comercial, frustración– se deriva de la imposibilidad de expresar en un acuerdo todas las posibles contingencias que pueden afectar el cumplimiento. Cada uno describe aquellos eventos (a) cuya no ocurrencia fue, posiblemente, una verdadera aunque tácita asunción sobre la cual se basó el consentimiento y (b) por los cuales el destinatario debería cargar con el riesgo en caso ocurrieran²¹³. Cada tipo de excepción difiere por el modo como erosiona el normal y presumible significado del consentimiento. Pero toda excepción válida a un contrato describe las circunstancias generales en las que la apariencia de asentimiento tiende a carecer de su normal significado moral.

Estas excepciones tradicionales a los contratos funcionarían en una teoría del consentimiento, como lo hacen actualmente, para preservar la real voluntariedad de la transferencia de derechos en esos raros casos donde el consentimiento ha sido indebidamente coaccionado o donde creamos reconocer otras circunstancias, como la desinformación, que vician la presencia del consentimiento. Sin embargo, esta negativa a hacer exigibles algunos casos de aparente consentimiento

no refleja la retirada hacia una teoría subjetiva de la voluntad. Sigue siendo cierto que la manifestación objetiva de la intención de estar legalmente vinculado es suficiente para hacer surgir un compromiso exigible. La única calificación es que tal manifestación objetiva debe haber sido voluntaria²¹⁴.

Una teoría del consentimiento explica tanto la recepción moderna de la teoría objetiva en los casos *prima facie* de obligación contractual como las excepciones tradicionales contra los casos *prima facie*, los cuales están basados en circunstancias que, de alguna manera significativa, contradicen la normal naturaleza voluntaria del consentimiento. Cuando se prueba que tales circunstancias han existido ni siquiera un asentimiento manifiesto de quedar legalmente obligado justifica su exigibilidad.

CONCLUSIÓN: LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO EN PERSPECTIVA

Una teoría del consentimiento de la obligación contractual considera ciertos acuerdos como legalmente vinculantes porque las partes disponen de ciertos derechos en la transacción y manifiestan su asentimiento para que esos derechos sean transferidos. Esta aproximación captura con precisión lo que está en juego cuando los individuos buscan intercambiar o conferir titularidades que han adquirido o que van a adquirir. Esta teoría provee una explicación coherente tanto de la preferencia tradicional del *common law* por una interpretación objetiva de los contratos como de sus excepciones.

Una teoría del consentimiento nos dice que una muestra de consentimiento es suficiente (*prima facie*) para obtener exigibilidad y que las excepciones que nos muestran circunstancias que afectan la significación moral del consentimiento objetivo se encuentran garantizadas. Una teoría del consentimiento también nos proporciona un enfoque sobre la insatisfacción moderna por la doctrina de la consideración, mientras pone en mejor perspectiva la reconocida necesidad de exigir algunos compromisos gratuitos y de proteger algunos actos de confianza que no fueron negociados. ¿Qué con los cinco “principios” del contrato discutidos en la Parte I? La teoría del consentimiento especifica la

²¹⁰ Para un análisis de *unconscionability* que se haría en esta categoría de defensas pueden revisar EPSTEIN. Nota 54 *supra*. LEFF. Nota 54 *supra*.

²¹¹ PHILLIPS. “Are Coerced Agreements involuntary”. En: *Law & Phil* 3. p. 133. 1984 (distinguiendo los acuerdos coercitivos e involuntarios).

²¹² EPSTEIN. “Privacy, Property Rights and Misrepresentations”. En: *Ga Law Review* 12. 1978. pp. 455-466 (“Palabras falsas... socavan la voluntariedad de la conducta de un individuo...”).

²¹³ En este tercer grupo de defensas, el consentimiento no ha sido inducido impropriamente por el destinatario de la promesa, y la persona que está dando el consentimiento sí era capaz de eso. Esto, en parte, puede ayudarnos a explicar porqué las cortes son tan receptivas a los argumentos del destinatario diciendo que el promitente asumió el riesgo del error, la impracticabilidad o la frustración contractual. Ver FARNSWORTH. Nota 13 *supra*. S S 9.3-.4, 9.6.7. pp. 659-694.

²¹⁴ COHEN. Nota 7 *supra*. p. 578: “El desarrollo de un sistema legal... debe delinear alguna distinción entre los actos voluntarios e involuntarios... El conjunto del Derecho contractual moderno, puede argumentarse, debería responder a la necesidad de una mejor discriminación en el cuidado del carácter intencional de los actos. La ley del error, la coacción y el fraude contractual sería ininteligibles a parte de tal distinción.

mejor manera de relacionar estos elementos vitales del Derecho contractual. De este modo, nos ayuda a determinar a qué principio o preocupación se le debería dar prioridad en diferentes situaciones.

La preocupación que posee la teoría del consentimiento con respecto al tema de la voluntad y autonomía individual se refleja en la manera en la cual es determinado el consentimiento –la teoría busca que la manifestación de una intención sea legalmente vinculante. Por lo tanto, la exigibilidad contractual, normalmente, reflejará la voluntad de las partes. Sin embargo, a diferencia de una teoría de la voluntad, la teoría del consentimiento explica la exigibilidad de una manifestación de asentimiento que es contraria a la real intención de una parte. La teoría del consentimiento, al igual que la teoría basada en la confianza, protege legalmente la confianza del destinatario en el consentimiento del promitente incluso, en ciertas circunstancias, en que el promitente no tuvo subjetivamente la intención de vincularse. La teoría del consentimiento difiere de la teoría de la confianza al ofrecernos un criterio útil, independiente de la confianza misma²¹⁵, mediante el cual distinguir la confianza legalmente protegida de la que no lo está.

La teoría del consentimiento facilita una eficiente distribución de los recursos mediante la protección legal de los intercambios consentidos. Tales intercambios consensuales producen información vital que de otra manera no se habría conocido sobre el valor, permitiendo que los recursos se asignen al usuario que los valora más. Sin embargo, la teoría del consentimiento desapruueba las transferencias no consensuales sin perjuicio de la alegada “eficiencia” de tales transferencias. Una teoría del consentimiento también evita la indeterminación extrema de la aproximación basada en la justicia sustantiva, ya que logra proteger el concepto de justicia (que no es un fantasma) –justicia procesal– mediante su confianza en los principios generales formulados sobre la formación y elusión del contrato.

Finalmente, aunque la teoría del consentimiento reconoce que, bajo ciertas circunstancias, las partes pueden manifestar asentimiento a la transferencia de derechos mediante la negociación e incurriendo en confianza dañina no negociada, ella también reconoce una relación de dependencia existente entre la teoría contractual y la teoría de las titularidades. En ese sentido, la teoría del consentimiento evita los peligros que surgen al basar completamente la obligación contractual en la confianza o en la negociación.

¿Cómo calza la teoría del consentimiento dentro de la tipología de las teorías contractuales sugeridas en la Parte I? La teoría del consentimiento contractual es una teoría sobre titularidades, por lo cual basa la obligación legal en los derechos de las partes. Contrariamente a las teorías basadas en una de las partes, la teoría del consentimiento acentúa la función interrelacional del Derecho contractual. El criterio de exigibilidad, es decir, la intención manifiesta de quedar legalmente obligado, respeta los intereses de ambas partes. Un corolario del requisito de manifestación es que el significado de la conducta del promitente sea interpretado desde la perspectiva de destinatarios (razonables) de tal promesa. Requerir que sea la intención de quedar legalmente obligado la que deba ser manifiesta protege la autonomía de los promitentes.

Además, una teoría del consentimiento reconoce que las preocupaciones sustantivas que surgen en el nivel de las titularidades –por ejemplo, una distinción entre derechos enajenables e inajenables– pueden afectar la exigibilidad de ciertos compromisos. Una aproximación consensual evita esa clase de investigación sustantiva en –y también, la interferencia con– los arreglos contractuales ordinarios tal como lo demandan las teorías basadas en la sustancia. Finalmente, una teoría del consentimiento apoya el reconocimiento tradicional de que ciertos procesos, como la negociación o el uso de sellos, hacen surgir una presunción muy fuerte de exigibilidad. A diferencia de una teoría basada en los procesos, la teoría del consentimiento especifica claramente su dependencia en las nociones subyacentes de titularidades, que permiten que un sistema legal pueda elegir qué procesos reconocer y saber cuándo los requerimientos procedimentales deberían ser obviados.

Al describir la aceptación de las nuevas teorías científicas, Thomas Kuhn ha anotado que el hecho que las nuevas teorías no puedan responder inicialmente todas las preguntas que se plantean impide que no puedan suplantar a las viejas teorías²¹⁶. En lugar de eso, las nuevas teorías son aceptadas porque nos explican verdades conocidas y porque resuelven previas anomalías problemáticas y proveen prometedoras nuevas áreas a la investigación²¹⁷. Por estos criterios, la teoría del consentimiento debería ser considerada una aproximación potencialmente valiosa para explicar la obligación contractual.

Sin embargo, la teoría debe ser aún ampliada y elaborada antes de poder ser evaluada a plenitud. Por

²¹⁵ Pueden revisar las notas 197-200 y el texto que las acompaña.

²¹⁶ KHUN, T. “The Structure of Scientific Revolutions”. Segunda edición. 1970. pp. 157-159.

²¹⁷ Ibid. p. 169.

ejemplo, el reconocimiento de que la obligación contractual sea dependiente de una noción más profunda de titularidades individuales promete una explicación de porqué algunos derechos pueden por naturaleza ser no enajenables y, por lo tanto, porqué algunos acuerdos consensuales podrían ser inexigibles. Esta comprensión puede también ayudarnos a determinar qué forma de remedios contractuales – daños monetarios o ejecución específica– es apropiado si un contrato se incumple²¹⁸.

El propósito de este artículo no ha sido terminar con la discusión sobre la teoría y doctrina de los contratos, sino permitir que la discusión en curso sobre la obligación contractual salga de su largo callejón sin salida y comience a navegar por una ruta más productiva. Si el movimiento que propugna la “muerte

del contrato” es producto de una desilusión y de un abandono tanto de la teoría contractual basada en la voluntad como fuente distinta de la obligación contractual, como de la teoría negocial de la consideración como el medio de distinción formal entre los ejercicios exigibles e inexigibles de la voluntad, la “resurrección del contrato” es un reconocimiento de la función propia del Derecho contractual como mecanismo de transferencia conceptualmente dependiente de nociones más fundamentales como las titularidades individuales. Un mejor entendimiento de la obligación contractual debería finalmente resultar en reglas y principios contractuales que faciliten la importante necesidad social de realizar y confiar en compromisos exigibles. Éstas y otras promesas de la teoría del consentimiento esperan por un desarrollo futuro.

Randy E. Barnett

²¹⁸ Pueden revisar BARNETT, Nota 99 *supra* (discutiendo cómo una teoría del consentimiento contractual y una apropiada distinción entre derechos enajenables y no enajenables nos sugieren que las reglas que rigen la elección de los remedios deberían variar dependiendo de cuál de los tres tipos de contratos ha sido incumplido: un contrato para recursos externos, un contrato por servicios personales o un contrato para servicios empresariales).

REPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y ACUERDOS PRELIMINARES: *FAIR DEALING* Y FRACASO EN LAS NEGOCIACIONES*

E. Allan Farnsworth**

Las negociaciones contractuales, a primera vista, parecen un simple juego de ofertas y aceptaciones, sobre las cuales se han escrito innumerables tratados teóricos y prácticos. Sin embargo, ¿qué sucede cuando las partes escapan a esta clásica forma de negociar y entran al campo de los acuerdos preliminares? Muy pocos son los autores que se han aventurado a opinar sobre el tema.

En el presente artículo, el autor nos lleva a través del intricado mundo de los acuerdos preliminares y las reglas que los rigen. Asimismo, nos explica los criterios de la responsabilidad precontractual y los casos en que ésta se aplica.

* El presente artículo fue publicado originalmente en el Columbia Law Review 87, 1987, p. 217, bajo el título "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations". La traducción y publicación se hacen bajo autorización expresa del Columbia Law Review. La traducción fue realizada por Iván Blume Moore y Giorgio Massari Figari, miembros de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión de Jesús Matos Castillo, Postgraduate Studies in International Affaire, Columbia University; Master of Laws (LL.M.), New York University School of Law (NYU). Las notas de traductor fueron realizadas por Javier de Belaunde de Cárdenas, Director de Contenido de THEMIS.

** Alfred McCormack Professor of Law de la Universidad de Columbia. B.S., Michigan, 1948; M.A., Yale, 1949; J.D., Columbia, 1952; docteur honoris causa, University of Paris II, Catholic University of Louvain; LL.D., Dickinson College of Law.

INTRODUCCIÓN

Nuestra era es la de los contratos –tanto para el suministro de energía por un plazo largo, como para el desarrollo de un centro comercial, la toma de control amistosa de una corporación, o la firma de un borrador. Mucho se ha escrito sobre cómo negociar estos contratos¹. Poco se ha escrito sobre las reglas que gobiernan estas negociaciones². El presente artículo examina estas reglas y el reciente número de casos en los que han sido aplicadas.

Las reglas que gobiernan la formación de los contratos usualmente son analizadas en términos de las reglas clásicas de la oferta y la aceptación³. Éstas son reglas seductoras que proceden de una premisa muy simple: dos partes intercambian propuestas hasta que la “oferta” de una de ellas es “aceptada” por la otra formando un contrato. El vocabulario preciso conformado por los términos “oferta” y “aceptación”, “revocación” y “lapso”, “rechazo” y “contra-oferta” son partes disecadas de inasequibles rompecabezas, como aquellos presentados por “la batalla de formularios” y los contratos por correspondencia. Sin embargo, no importa que tan bien diseñadas hayan estado estas reglas a la mesurada cadencia en la forma de contratación en el siglo diecinueve, en la actualidad éstas tienen poco que decir sobre los complejos procesos que llevan a las más grandes transacciones.

Es común que los compromisos contractuales de gran envergadura sean redactados en un documento extenso o en un grupo de ellos, firmados por las partes en múltiples copias e intercambiados entre ellas, más o menos, simultáneamente al momento del cierre del contrato⁴. Sus términos son aprobados a través de negociaciones, usualmente cara a cara durante un considerable periodo de tiempo y a menudo involucrando a funcionarios corporativos, banqueros, ingenieros, contadores, abogados y otros. Las negociaciones están muy lejos de ser un simple acuerdo

enmarcado por las reglas clásicas de la oferta y la aceptación, que evocan la imagen de una negociación unitemática, adversaria y de suma-cero, opuestas a la negociación multitemática, contemporánea y maximizadora de beneficios⁵.

Durante la negociación de este tipo de contratos normalmente no hay oferta o contra-oferta para que las partes acepten, sino un proceso gradual en que se llega a un acuerdo de forma fragmentada, en sucesivas “rondas”, con una sucesión interminable de borradores. Puede ser que primero haya un intercambio de información e identificación de los intereses y diferencias de las partes, luego una serie de compromisos, con un acuerdo tentativo sobre los puntos más importantes y, finalmente, un refinamiento de los términos contractuales. Las negociaciones pueden comenzar con los gerentes, quienes se abstienen de hacer ofertas porque quieren que los términos de cualquier compromiso valedero sean tratados por sus abogados. Una vez que estos negociadores iniciales decidan que han resuelto las materias que ellos consideran importantes, dejan el resto en manos de los abogados⁶. Los borradores preparados por los abogados no son ofertas porque estos carecen del poder para hacerlas⁷. Cuando se llega al acuerdo final, frecuentemente se espera que esté incorporado en un documento o en varios que serán intercambiados por las partes al momento del cierre del contrato.

Si las partes firman e intercambian documentos al momento del cierre, no hay duda alguna que han dado su consentimiento a los términos del contrato. Hay una pequeña ocasión para aplicar las reglas clásicas de la oferta y la aceptación. Sin embargo, si las negociaciones fracasan y no se han firmado e intercambiado documentos, surgen una serie de preguntas que las clásicas reglas de la oferta y la aceptación no responden. ¿Una parte que esté decepcionada puede reclamar a la otra por no haberse

¹ Un tratamiento popular es FISHER, R. y W. URY. “Getting to YES: Negotiating Agreement Without Giving In”. 1981; ver también MENKEL-MEADOW. “Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving”. En: U.C.L.A. L. Rev. 31. 1984. p. 754 (en el que recolecta y discute las fuentes).

² Sobre negociaciones precontractuales, ver SCHMIDT, J. “Negociation et conclusion de contrats”. 1982; KESSLER y FINE. “Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study”. En: Harv. L. Rev. 77.1964. p. 401; SUMMERS. “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”. En: Va. L. Rev. 54. 1968. p.195, pp. 220-27. Sobre acuerdos preliminares, ver LUTTER, M. “Der Letter of Intent”. 1983 (en alemán); DUGDALE y LOWE. “Contracts to Contract and Contracts to Negotiate”. En: Journal of Business Law 28. 1976; FONTAINE. “Les Lettres d’intention dans la negotiation des contrats internationaux”. En: Droit et Pratique du Commerce International 73. 1977; HOLMES. “The Freedom Not to Contract”. En: Tul. L. Rev. 60. 1986. pp. 776-86; KNAPP. “Enforcing the Contract to Bargain”. En: N. Y. U. L. Rev. 44. 1969. p. 673; SCHMIDT. “Preliminary Agreements in International Contract Negotiation”, En: Hous. J. Int’l L. 6. 1983. p. 37; TROWER. “Enforceability of Letters of Intent and Other Preliminary Agreements”. En: Rocky Mtn. Min. L. Inst. 24. 1978. p. 347.

³ Ver 1 A. CORBIN. “Contracts”. 1963. p. 27.

⁴ Ver 2 “Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems”, pp. 1585-1586 (R. Schlesinger ed.). 1968. Una alternativa al cierre es dar los documentos en depósito e intercambiarlos a través del depositario.

⁵ Las negociaciones cuyo objetivo es el arreglo de disputas pueden estar más cerca a la negociación suma-cero. Este tipo de negociaciones no son un tema central en este artículo.

⁶ Este artículo no toca el tema de las obligaciones de los abogados durante las negociaciones. Ver PERSCHBACHER. “Regulating Lawyers Negotiations”. En: Ariz. L. Rev. 27. 1985. p. 75.

⁷ Por otra parte, los borradores pueden no ser ofertas por su indefinición y por la falta de seriedad de hacer una oferta.

comportado de acuerdo a un estándar de *fair dealing*? Si es así, ¿cuál es el significado de *fair dealing* en este contexto? ¿Puede la parte decepcionada obtener la restitución? ¿Obtener un reembolso de los gastos propios en los que ha incurrido? ¿Ser indemnizada por la pérdida de oportunidades? Mientras este tipo de acuerdos paradigmáticos se vuelve más grande y complejo, y las negociaciones típicas se vuelven más complicadas y prolongadas, esta clase de preguntas llegan a las cortes en mayores cantidades. Algunos observadores han concluido que las doctrinas contractuales existentes no son adecuadas para proteger a las partes. Por el contrario, yo sostengo que esas doctrinas, aplicadas imaginativamente, son tanto necesarias como deseables.

La resolución de las disputas como consecuencia del fracaso de las negociaciones depende, en cualquier caso particular, del régimen legal bajo el cual las partes se encuentran negociando para finalizar el acuerdo. En este artículo, identificaré y esbozaré los contornos de cuatro regímenes y consideraré los requisitos necesarios del *fair dealing* en cada uno. Los cuatro regímenes son: los dos regímenes polares, negociación y acuerdo final; y los dos regímenes intermedios que pueden resultar de los acuerdos preliminares, acuerdos con términos abiertos y acuerdos para negociar.

Los dos regímenes polares, negociación y acuerdo final, son desarrollados en la Parte I. Si el régimen de negociación, establecidas las bases de responsabilidad, es utilizado en forma creativa por los litigantes y aplicado liberalmente por las cortes, brinda a las partes suficiente protección. El mal desarrollo de estas bases en conexión con las negociaciones no se debe a los defectos de las mismas, sino al fracaso de los litigantes de explotarlas cabalmente, incluyendo el error de no buscar una indemnización por los daños ocasionados por la pérdida de oportunidades en los casos apropiados. En todo caso, si las partes deciden avanzar rápidamente al régimen del acuerdo final para evitar los riesgos a los que están expuestas bajo el régimen de negociación, la ley contractual existente, con su tolerancia de condiciones, va más allá en honrar su decisión.

Las partes que no desean apresurarse en llegar al acuerdo final, son libres de hacer un acuerdo preliminar para asignar los riesgos de sus negociaciones. Estos acuerdos, en particular los acuerdos con términos abiertos y acuerdos para negociar, son el tema de la Parte II. Sostengo que la ley contractual existente es

completamente capaz de reconocer y ejecutar dichos acuerdos preliminares, y que la negativa por algunas cortes de hacer cumplir este tipo de acuerdos para negociar no es una restricción justificable a la autonomía de las partes bajo la ley contractual existente. La Parte III analiza el contenido del deber de *fair dealing* cuando es impuesto en un acuerdo para negociar⁸.

I. LOS REGÍMENES POLARES

A. Negociación

1. La visión tradicional: “libertad de negociación”

Tradicionalmente, las cortes han otorgado a las partes la libertad de negociar sin riesgo de responsabilidad precontractual. Bajo las reglas clásicas de oferta y aceptación, no hay responsabilidad contractual hasta que el contrato se haya celebrado por la aceptación de una oferta; previo a la aceptación el oferente es libre de retractarse revocando su oferta. Esta “libertad de contratos” es realizada por la renuencia judicial de leer una propuesta como oferta⁹.

Tradicionalmente, además, las cortes toman una perspectiva de este periodo precontractual que releva a las partes del riesgo de cualquier responsabilidad, sea contractual o no, y esto resulta en una amplia “libertad de negociación”. Como regla general, una de las partes envuelta en negociaciones precontractuales puede romperlas sin responsabilidad alguna, en cualquier momento y por cualquier motivo –una corazonada, un cambio de circunstancias, o un mejor acuerdo– o sin motivo alguno. El único costo de hacerlo es la pérdida de lo invertido en las negociaciones, en términos de tiempo, esfuerzo y gasto.

En la raíz de esta visión del periodo precontractual se encuentra lo que yo llamo la “perspectiva aleatoria” del *common law* sobre las negociaciones: la parte que entra en negociación con otra con la esperanza de obtener alguna ganancia como resultado del acuerdo final, corre el riesgo de cualquier pérdida si la otra parte rompe las negociaciones. Esta pérdida incluye los gastos en los que la parte afectada ha incurrido, cualquier detrimento de su situación y cualquier oportunidad que haya perdido como resultado de las negociaciones. Todo se arriesga para un resultado exitoso de las negociaciones; todo se pierde en el fracaso. Como lo dijo un juez inglés: “él toma este

⁸ “Fair dealing” es usado en este artículo en vez de “buena fe”, término que es comúnmente usado para referirse a este tipo de estándar. “Buena fe” también denota el tipo de honestidad que hace a uno comprador de buena fe, una referencia distinta de la hecha aquí. Tanto el Uniform Commercial Code y el Restatement (Second) of Contracts emparejan “fair dealing” con “buena fe.” Uniform Code Council. § 2-103. 1978; Restatement (Second) of Contracts § 205.1981.

⁹ Ver FARNSWORTH. “Contracts”. 1983. § 3.10. pp.125-126.

trabajo como una apuesta, y su costo es parte de los gastos generales de su negocio los que espera serán cubiertos por las ganancias de dichos contratos...¹⁰. Esta perspectiva aleatoria de las negociaciones descansa sobre la inquietud de que limitando la libertad de negociación se podría desincentivar a las partes de entrar en una.

Si las negociaciones tienen éxito y resultan en un acuerdo final, la parte que se ha comportado de manera impropia puede ser privada del pacto sobre la base de haber incurrido en *misrepresentation*^I, *duress*^{II}, *undue influence*^{III}, o *unconscionability*^{IV}. Pero, si las negociaciones fracasan por una conducta similar, tradicionalmente, las cortes han sido renuentes en imponer responsabilidades precontractuales¹¹. Aunque el deber de *fair dealing* es generalmente impuesto a las partes que contratan, éste no es formulado para

que se extienda sobre las negociaciones precontractuales¹². Sin embargo, las décadas pasadas han visto incursiones en esta tradicional libertad de negociación.

El problema de responsabilidad que surge de las negociaciones infructuosas es comúnmente visto desde la óptica de la oferta y la aceptación. El destinatario de la oferta no pierde simpatía si esta es revocada, ya que es ampliamente protegido por el poder de aceptar la oferta antes que sea revocada. Bajo esta perspectiva aleatoria, el destinatario de una oferta que escoge confiar en ella sin aceptarla está tomando el riesgo de que esta confianza no se vea compensada¹³. Sin embargo, como ha sido indicado, la secuencia clásica de la oferta y aceptación, a menudo, se encuentra ausente en negociaciones contractuales importantes. Por lo tanto, retornamos

¹⁰ *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis*, [1957] 1 W.L.R. 932, 934 (Q.B.).

^I Nota del traductor: De acuerdo con Cabanellas y Hoague, el término *misrepresentation* alude a una "declaración inexacta, errónea o falsa, que induzca a error a la parte a quien tal declaración se efectúa". CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. "Diccionario Jurídico". Tomo I. Sao Paulo: Heliasta. 2001. p. 500. Ahora bien, de acuerdo con el diccionario Black's, "el término denota no sólo palabras habladas o escritas sino cualquier otra conducta...". GARNER, Bryan A. (editor). "Black's law dictionary". Octava edición. St. Paul, MN: West. 2004. p. 1022. Es importante notar que estaremos ante una *misrepresentation* independientemente de la intención de la parte que induce a la contraparte a contratar. No obstante, para que la parte perjudicada pueda optar por anular el contrato se requiere que la *misrepresentation* califique como fraudulenta o, en todo caso, sea material. FARNSWORTH, E. Allan. "Contracts". Cuarta edición. Nueva York: ASPEN. 2004. pp. 243-244.

^{II} Nota del traductor: el término debe ser entendido como violencia o intimidación. Así, entre otros, BULLARD, Alfredo. "La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el Derecho de contratos". En: THEMIS-Revista de Derecho 43. 2001. p. 232. En otros lugares el término ha sido traducido como "dureza", "coerción" y "coacción", los dos primeros en: COOTER, Robert y Thomas ULEN. "Derecho y economía". México, D. F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 266-267, pp. 333-336; mientras que el tercero en: POSNER, Richard A. "El análisis económico del derecho". México, D. F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 112-115.

^{III} Nota del traductor: el término es equiparable a la figura del temor reverencial. MAZZUCCO, Patricia y Alejandra MARANGHELLO. "Diccionario bilingüe de terminología jurídica". Reimpresión de la segunda edición ampliada. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT. 1995. p. 173. En su reconocido tratado sobre contratos el autor del presente artículo explica cómo la figura del *undue influence* fue desarrollada en el régimen del *equity* para otorgar remedio a las partes inducidas a una transacción por una "persuasión impropia". La figura requiere de una relación previa entre las partes y el ejercicio por la parte "fuerte" de una "persuasión impropia" sobre la parte "débil". Asimismo, el autor señala que la expansión del concepto del *common law* de *duress* ha dejado prácticamente sin aplicación en las cortes la figura del *undue influence*. FARNSWORTH, E. Allan. Op. cit., pp. 264-267.

^{IV} Nota del traductor: De acuerdo con la definición de Cabanellas y Hoague, el término *unconscionability* implica un contrato: "irrazonable. Carácter abusivo u opresivo. Iniquidad. La condición de un contrato, o de alguna de sus cláusulas, que lo hace opresivo, abusivo o manifiestamente irrazonable en perjuicio de una de sus partes". CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. Op. cit., p. 773. De acuerdo con el diccionario Black's la *unconscionability* depende de circunstancias al momento de formación del contrato. GARNER, Bryan A. (editor). Op. cit., p. 1560. El término ha sido traducido al español como "inconciencia" y "falta de conciencia" (apreciada por las cortes en el contrato) respectivamente en: COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit., p. 359 y siguientes; POSNER, Richard A. Op. cit., p. 115. Para una mayor explicación sobre los alcances de la doctrina de la *unconscionability* se puede revisar FARNSWORTH, E. Allan. Op. cit., p. 298 y siguientes. No obstante, el autor advierte de la dificultad de definir la figura: "En ninguna parte entre las muchas definiciones del Código se puede encontrar una de *unconscionability*. Que el término sea incapaz de recibir una definición precisa es tanto la causa de su fortaleza como de su debilidad".

¹¹ Una víctima de *duress*, *undue influence* o *unconscionability* no tiene derecho a daños. Ver E. Farnsworth, nota 9, § 4.9, § 4.28, p. 310, *supra*. Sobre *misrepresentation*, ver notas 54-64 *infra* y el texto que las acompaña.

¹² Ver U.C.C. (1971). § 1-203; Restatement (Second) of Contracts § 205 & comment c. (1981). Sin embargo, algunos fundamentos para evitarlo, por lo menos en la formulación del Restatement (Second) son establecidos usando "buena fe". Ver, por ejemplo, id. § 161(b) (la no revelación puede ser *misrepresentation* si "lleva a no actuar de buena fe y de acuerdo a los estándares razonables de *fair dealing*"); id. § 176 (la amenaza puede ser *duress* si es "una violación del deber de buena fe y *fair dealing* en el contrato").

¹³ *James Baird Co. v. Gimbel Bros.*, 64 F.2d 344 (2d Cir. 1933).

Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958), representa un límite dentro de la tradicional libertad para negociar. Este precedente sostuvo que si un contratante en general al hacer su propia oferta debía confiar en la oferta del subcontratante, la promesa de este último de no revocar su oferta debe estar implícita "para precluir la injusticia que resultaría si la oferta pudiera ser revocada después de que el destinatario de la oferta hubiera actuado sobre la base de una confianza desde ese momento". *Ibid.* p. 414, 333 P.2d p. 760. De esto el Restatement (Second) of Contracts generaliza que si el oferente debe esperar razonablemente que la oferta induzca a una acción o *forbearance* de carácter substancial antes de la aceptación y si la oferta lo hace, esta es "vinculante como un contrato de opción para evitar la injusticia". Restatement (Second) of Contracts § 87(2) (1981).

La regal de *Drennan* extiende su protección solamente a los destinatarios de la oferta, no a los oferentes. No existe un principio comparable que proteja al oferente que actúa con la esperanza de que haya un contrato en el futuro. El destinatario de la oferta no está vinculado hasta que acepte la oferta, y su silencio no es una aceptación, sin importar qué esperanzas pueda hacer surgir este silencio en el oferente. Ver Restatement (Second) of Contracts § 69 (1981). Es verdad que la compañía aseguradora que se demora mucho en rechazar al postulante a un seguro puede encontrarse responsable por haber "aceptado" al postulante o haber cometido un agravio al haberse demorado. *American Life Ins. v. Hutcheson*, 109 F.2d 424 (6th Cir.) (aceptación), *cert. denied*, 310 U.S. 625 (1940); *Rosin v. Peninsular Life Ins. Co.*, 116 So. 2d 798 (Fla. Dist. Ct. App. 1960) (demora negligente); ver KEETON, "Basic Text on Insurance Law". 1971. pp. 47-50. (*liability in tort preferable*). Sin embargo, esta excepción generalmente no ha sido extendida más allá del campo de los seguros. Véase *Southern Cal. Acoustics v. C.V. Holder, Inc.*, 71 Cal. 2d 719, 456 P.2d 975, 79 Cal. Rptr. 319 (1969) (*dictum*) (el listado del subcontratante por parte del contratante general no implica una promesa en la cual el subcontratante pueda confiar). Sin embargo, ver *Jacques v. First Nat'l Bank*, 307 Md. 527, 515 A.2d 756 (1986) (el banco fue considerado responsable por procesar negligentemente el pedido de préstamo). Por otra parte, la regal de *Drennan* no protege al destinatario de la promesa si esta no es una oferta.

a la pregunta si existe responsabilidad cuando ninguna oferta ha sido hecha en el momento en que las negociaciones se rompen.

En décadas recientes, las cortes han demostrado una creciente disponibilidad para imponer responsabilidades precontractuales. Agruparé los supuestos que esto ocurra bajo cuatro encabezados. Los primeros tres, enriquecimiento sin causa como resultado de las negociaciones, *misrepresentation* hecha durante las negociaciones, y promesa específica durante las mismas, han sido reconocidas por las cortes de los Estados Unidos; la cuarta, la obligación general que surge de las propias negociaciones, no ha sido reconocida. Los cuatro supuestos mencionados presentan una serie de asuntos relacionados con respecto a remedios que analizaré antes de pasar a una discusión de los supuestos en sí.

2. Medidas de recuperación

Las reglas que regulan la responsabilidad precontractual están relativamente poco desarrolladas, incluso en los supuestos ya reconocidos. Esto puede deberse, en parte a la considerable incertidumbre que envuelve a las medidas de recuperación en cualquiera de estos supuestos. Considero que las cortes están dispuestas a ser más generosas en este aspecto de lo que comúnmente se cree y que el reconocimiento de esta generosidad va a incentivar el desarrollo de las reglas de responsabilidad precontractual. Ninguno de los cuatro supuestos apoyará la recuperación medida de la manera más generosa, por daños y perjuicios^v. Una sentencia basada en ese interés podría dar a la parte perjudicada el “beneficio del negocio” que no fue logrado. Por otro lado, si no se llega a ningún acuerdo, y, en contraste con la situación en la cual se ha hecho una oferta, no se puede saber a qué tipo de acuerdo se hubiera llegado, no hay manera de medir los daños y perjuicios. Sin embargo, aparte de esta clara restricción, la incertidumbre prevalece.

Si la responsabilidad está basada en el primero de los supuestos, el del enriquecimiento sin causa, la

recuperación es medida de acuerdo al interés en la restitución^{vi}, como en casos similares en los que se discute una restitución. Se le exige a la parte que está en falta, que devuelva aquello que ha recibido, colocando a la parte afectada en la posición en la que debió encontrarse, si no hubiese habido falta. El beneficio puede ser medido ya sea por el incremento de la propiedad del demandado o por el valor razonable que el demandado tendría que pagar a alguien más por servicios comparables a aquellos proporcionados por el demandante¹⁴. Sin embargo, el demandante tiene que demostrar que sus servicios resultaron en un beneficio real por el demandado. Este es un obstáculo que un demandante no enfrenta bajo un contrato implícito en los hechos^{vii}, y que no necesita probar que sus servicios beneficiaron al demandado¹⁵. Esto se ha convertido en un obstáculo particularmente difícil para que los demandantes reclamen una restitución, luego de fracasadas las negociaciones¹⁶.

Sin embargo, en 1979 un caso de California, *Earhart v. William Low Co.*¹⁷, legó al sistema legal una generosa definición del tipo de beneficio que eliminaría este obstáculo y que ampliaría significativamente la aplicación de la responsabilidad precontractual en los supuestos de enriquecimiento sin causa. Después de largas negociaciones, Earhart, un constructor, y Low, un inversionista, hicieron un contrato, sujeto a un financiamiento, para la construcción de un parque para casas de remolque. Low, era dueño de parte del terreno y tenía el resto bajo contrato, también sujeto a financiamiento. Antes de que se obtuviera un financiamiento, y a pedido de Low, Earhart comenzó a trabajar en ambas áreas del terreno. Low nunca pudo conseguir el financiamiento necesario. Siguió adelante con el proyecto sólo en su propia tierra, usando a otro constructor. Earhart demandó a Low por el trabajo realizado en ambas áreas. La corte de primera instancia, que evidentemente consideraba que la demanda era de carácter restitutorio, decidió que la recuperación de lo gastado sólo podía darse en el caso de los gastos incurridos por los trabajos en las tierras de Low y no por las tierras que estaban bajo contrato, porque Low

^v Nota del traductor: Siguiendo a Polinsky, la referencia es a uno de los resultados posibles del remedio de la acción por daños: el resarcimiento de los *expectation damages* o resarcimiento de daños y perjuicios que implica “asignar a la parte perjudicada por el incumplimiento una cuantía de dinero que la coloque en la misma posición en que se hallaría si el contrato se hubiera cumplido” (daño emergente más lucro cesante). POLINSKY, Mitchell. “Introducción al análisis económico del Derecho”. Barcelona: ARIEL. 1985. pp. 40-41 y nota del editor. En la presente traducción el término se utilizará como daños y perjuicios.

^{vi} Al igual que en el supuesto anterior, el resarcimiento de los *restitution damages* es uno de los resultados del remedio de la acción por daños. Ibidem.

¹⁴ Ver Restatement (Second) of Contracts § 371 (1981).

^{vii} Nota del traductor: *contract implied-in-fact* en el original. “Contrato presumido a partir de los hechos que hacen suponer una intención de convenirlo”. CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. Op. cit., p. 177.

¹⁵ Ver *Bastian v. Gafford*, 98 Idaho 324, 325, 563 P.2d 48, 49 (1977).

¹⁶ Ver *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257 (2d Cir.) (el posible comprador de una subsidiaria extranjera fracasó en demostrar que sus actividades beneficiaron al padre al incrementar las ganancias de las subsidiarias), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984); *Burst v. Adolph Coors Co.*, 503 F. Supp. 19, 23 (E.D. Mo. 1980) (la solicitud para una franquicia fracasó en demostrar que la información en la solicitud era un beneficio para el franquiciante), *aff'd per curiam*, 650 F.2d 930 (8th Cir. 1981).

¹⁷ 25 Cal. 3d 503, 600 P.2d 1344, 158 Cal. Rptr. 887 (1979).

no había recibido beneficio alguno de estas últimas¹⁸. Durante la apelación, la Corte Suprema de California, aparentemente sintiéndose limitada por la teoría de la restitución, decidió que los servicios prestados por Earhart, incluso en las tierras que no eran propiedad de Low, habían beneficiado a este último porque, en palabras que nos recuerdan un contrato implícito en los hechos, “un demandado que recibe la satisfacción de obtener el cumplimiento de otra persona por los servicios prestados, incurre en la obligación de pagar por el trabajo y los materiales gastados en la confianza de ese pedido”¹⁹.

Este extraordinariamente vasto concepto de beneficio, en efecto, permitió la misma recuperación que hubiese sido dada por un contrato implícito en los hechos. Si este concepto de beneficio fuese aceptado por otras cortes, la responsabilidad precontractual basada en el supuesto de enriquecimiento sin causa podría ser impuesta incluso si ningún beneficio real hubiese sido conferido al acusado y las demandas por restitución serían mucho más atractivas. Empero, parece poco probable que un concepto tan artificial tenga aceptación general, y considero que los recientes acontecimientos concernientes a las medidas indemnizatorias acaecidas bajo los otros supuestos son más saludables y más significativos.

Si la imputación de responsabilidad se basa en el segundo, tercer o cuarto supuesto, léase *misrepresentation*, promesa específica u obligación general, la medida de restitución adecuada se debe basar en el interés de la confianza^{viii} que la parte afectada puso en las acciones de la otra parte. Esta deberá ser responsable por el daño causado a la parte afectada por haber confiado, esta última, en las acciones de la primera, ya sea por su *misrepresentation*, la promesa o compromiso en cuestión. Esta medida propuesta ha de poner a la parte afectada de regreso a la posición en la que se encontraría si no se hubiesen dado la *misrepresentation*, la promesa o el compromiso.

Estas medidas de recuperación pueden, sin embargo, diferir de acuerdo al supuesto en que estén basadas. Supongamos que en el Día Uno las partes comienzan a negociar, cada una implícitamente estableciendo que sus intenciones son serias. En el Día Diez una de las partes hace una promesa específica, pretendiendo

cumplirla. En el Día Veinte esta misma parte deja de tener interés en las negociaciones, pero no revela esto y deja que las negociaciones continúen. En el Día Treinta las negociaciones se rompen. La responsabilidad basada en la *misrepresentation* estaría limitada a la confianza que hubo en los últimos diez días debido a que antes de ello no hubo *misrepresentation* en la cual confiar. La responsabilidad basada en una promesa específica estaría limitada a la confianza durante los últimos veinte días, porque antes de eso no hubo una promesa específica en la cual confiar. Aunque, si la responsabilidad fuera impuesta debido a la obligación general existente, esta incluiría la confianza durante todos los días, porque se pudo confiar en la obligación general desde el comienzo.

Sin importar bajo qué supuesto esté basado, el monto de la recuperación depende, fundamentalmente, en lo que se considere como confianza. Es claro que uno debe contar los gastos realizados por uno mismo así como el empeoramiento de la situación de la parte afectada. Por otro lado, no es tan claro que las otras oportunidades que estuvieron disponibles para la parte afectada, y que ahora se han perdido, deban ser contadas en resguardo de la confianza.

Si los daños a la confianza pretenden, como se señala, colocar a la parte afectada en la posición en la que se hubiera encontrado si la *misrepresentation*, la promesa o el compromiso no hubieran sido consumados, entonces las oportunidades perdidas deben ser contabilizadas. La cuestión, raramente, ha llegado a las cortes porque los demandantes que pueden ver reparados sus daños de la manera más generosa posible, por daños y perjuicios, no les interesan las oportunidades perdidas. Sólo un demandante que está excluido de la posibilidad de medir los daños causados por daños y perjuicios podrá tener interés en contar las oportunidades perdidas. Asimismo, en el caso de una demanda por incumplimiento de contrato, a diferencia de la responsabilidad precontractual, en la cual el demandante está por alguna razón excluido de poder ser indemnizado por daños y perjuicios, la medida de los daños estará basada normalmente en la confianza pero dejando de lado las oportunidades perdidas, porque la misma razón para no medir el daño en términos de daños y perjuicios se aplica para no

¹⁸ Si la corte hubiera dejado que la demanda se basara en un contrato implícito en los hechos, hubiera permitido la recuperación del trabajo hecho en ambos caminos sin importar el beneficio.

¹⁹ 25 Cal. 3d at 510, 600 P.2d at 1348, 158 Cal. Rptr. at 891. La Corte Suprema estableció el tema, sin embargo, en términos lo suficientemente amplios para incluir la teoría del contrato implícito en los hechos. *Ibid.* p. at 505, 600 P.2d at 1345, 158 Cal. Rptr. p.888. Una corte canadiense llegó a un resultado similar simplemente por confundir los intereses de confianza con los intereses de restitución. *Cineplex Corp. v. Viking Rideau Corp.*, 28 Bus. L. Repts. 212, 217 (Ont. 1985) (admitiendo la posibilidad de “gastos incurridos por confiar en la buena fe” de la otra parte negocial bajo “la ley de restitución”).

^{viii} Nota del traductor: Al igual que en los anteriores supuestos, el resarcimiento de los *reliance damages* es uno de los resultados del remedio de la acción por daños. POLINSKY. Op. cit., pp. 40-41 y nota del editor. Como explica el autor, se repararía el daño emergente por la confianza generada en el cumplimiento.

medirla en términos de oportunidades perdidas²⁰. Esto no supone que las oportunidades perdidas no sean un componente apropiado de la confianza. Donde nada opera para excluir la medida sobre la base de daños y perjuicios, seguramente no habrá razón alguna para excluir las oportunidades perdidas, pero los casos contractuales no van a revelar esto porque los demandantes simplemente perseguirán los daños sobre la base de daños y perjuicios en estos casos.

A veces el demandante está impedido por razones de política, de medir los daños que se le han causado en términos de daños y perjuicios. A este tipo de demandantes no les está permitido contar sus oportunidades perdidas. Aquí, el propósito de cuantificar los daños en términos de confianza en vez de daños y perjuicios es el de limitar la recuperación, y contar las oportunidades perdidas evitaría este propósito. Un ejemplo de esto es el caso *Sullivan vs. O'Connor*²¹, ocurrido en Massachusetts en 1973, en el cual la corte apoyó el descubrimiento por el cual se constató que el demandado, un cirujano, había sido contratado para lograr un resultado establecido mediante una operación en la nariz del demandante. Sin embargo, la corte concluyó que sería inapropiado asignar daños basados “en la usual teoría de daños y perjuicios”²². Muchas razones sugirieron “moderación en aliento de la recuperación”, confinándola a “una más apaciguada medida de los daños” en términos de confianza²³. Si la corte hubiera estado más dispuesta a contar las oportunidades perdidas, en todo caso, el demandante hubiera argumentado que si ella no hubiera contratado al acusado, hubiera hecho un contrato similar con otro cirujano cuyos esfuerzos sí hubieran sido exitosos. Esto habría evitado el propósito de la corte de limitar la recuperación, realizando su

cuantificación en términos de confianza en vez de tomar en cuenta los daños y perjuicios²⁴.

En algunas ocasiones el demandante se ve impedido de medir los daños en términos de daños y perjuicios por dificultades probatorias. Este demandante, a su vez, se verá impedido de contar las oportunidades perdidas. Tomemos como ejemplo, uno de los casos favoritos de los profesores, el de *Security Stove & Manufacturing Co. vs. American Railways Express*²⁵. En aquella ocasión, la demandada, una empresa de transportes, fue contratada para llevar el nuevo caldero desarrollado por el demandante a Atlantic City, para su exhibición en una convención de una asociación. El envío de una de las partes vitales del caldero se demoró y llegó después de que la convención había cerrado. Se le indemnizó al demandante por los daños a la confianza y credibilidad depositada en el cumplimiento de la prestación, incluyendo sus gastos por mandar empleados a Atlantic City y alquilar un puesto en la convención. El demandante no pidió que lo indemnizaran por daños y perjuicios pues era difícil probar la pérdida de ganancias. Empero, el demandante hubiera tenido la misma dificultad si hubiera contado dentro de los daños la oportunidad perdida de contratar a otro transportista. Generalmente, si la razón por la cual se escoge los daños en términos de confianza se debe a la dificultad de medir los daños y perjuicios, la misma dificultad resultará del intento de contar las oportunidades perdidas.

No obstante, hay situaciones en las que es apropiado contar las oportunidades perdidas cuando consideramos los daños a la confianza. Considere un caso en que los daños y perjuicios son inviables porque el acuerdo es ilusorio^{ix} o porque es demasiado

²⁰ Si las oportunidades perdidas son contadas en el caso de una demanda ordinaria por rompimiento de contrato, los daños a la confianza serán normalmente iguales a los daños a las expectativas, poniendo a la parte agraviada en una posición en la cual se encontraría si se hubiera llevado a cabo el contrato. Supongamos, por ejemplo, que el comprador contrata para comprar bienes en un mercado, a un precio de mercado de \$100, y cuando el vendedor se niega a darlos después de que el mercado ha subido, los compradores cubren la diferencia comprando bienes de reemplazo a \$110. Los daños son calculados sobre la base de la oportunidad perdida por el comprador (el precio de \$110 menos el precio de \$100 al que el comprador podría haber comprado de otro vendedor) serían de \$10, el mismo resultado se obtendría si los daños fueran calculados sobre la base de las expectativas perdidas del comprador (el precio de \$110 menos el precio de \$100 que hubiera pagado el comprador si el vendedor hubiera cumplido el contrato). *U.C.C.* § 2-712 (1978). Como Fuller y Perdue señalaron en su artículo, si las oportunidades perdidas son calculadas, el grado de correspondencia en el daño medido sobre la base de los dos intereses dependerá “en la amplitud en que las oportunidades de naturaleza similar están abiertas cuando el demandante hizo el contrato materia de la demanda.” FULLER y PERDUE. “The Reliance Interest in Contract Damages”. En: *Yale L.J.* 46. 1936. p. 74 (en adelante Fuller y Perdue, Reliance Interest 1) [traducción al español disponible en la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho]; ver también COOTER y EISENBERG. “Damages for Breach of Contract”. En: *Calif. L. Rev.* 73. 1985. pp. 1432, 1440-1441, 1445-1449 (en un mercado competitivo, los daños a la confianza, incluyendo las oportunidades perdidas, generalmente son iguales a los daños a las expectativas). Empero, Fuller y Perdue declinaron tomar esta posición sobre si las oportunidades perdidas deberían ser contadas. FULLER y PERDUE. “Reliance Interest 1”. *Supra.* p. 55; FULLER & PERDUE. “Interest in Contract Damages”. En: *Yale L.J.* 46. 1936. pp. 417-18 [en adelante Fuller & Perdue, Reliance Interest 2]. El *Restatement of Contracts* no dice nada sobre el tema. Ver *Restatement (Second) of Contracts* § 344 & comment (1981).

²¹ 363 *Mass.* 579, 296 *N.E.2d* 183 (1973).

²² *Ibid.* p. 583, 296 *N.E.2d* at 186.

²³ *Ibid.* pp. 584-585, 296 *N.E.2d* at 187.

²⁴ La corte, puede, sobre la base de un razonamiento similar, calcular las oportunidades perdidas en los daños a la confianza por rompimiento de una promesa gratuita, ya que el *Restatement (Second) of Contracts* sugiere que el razonamiento para calcular los daños a la confianza en estos casos se puede limitar a un remedio “que requiera la justicia”. *Restatement (Second) of Contracts* § 90(1) (1981). Section 139(1), que trata sobre los acuerdos en la confianza en una promesa no ejecutable por ser fraudulenta, contiene lenguaje similar, pero la posibilidad de calcular el recobro por estos daños en este tipo de situaciones recibe poca atención. Para una discusión inusual sobre la posibilidad de calcular estos daños a la confianza en conexión con el § 139, ver *Palandjian v. Pahlavi*, 614 *F. Supp.* 1569, 1581 n.1 (*D.C. Mass.* 1985).

²⁵ 227 *Mo. App.* 175, 51 *S.W.2d* 572 (Ct. App. 1932).

^{ix} Nota del traductor: “illusory agreement” en el original. Se refiere a los acuerdos en los cuales una parte da como *consideration* una promesa lo suficientemente insustancial como para imponer una obligación, estos acuerdos son inejecutables. GARNER, Bryan A. (editor). *Op. cit.*, p. 345.

indefinido para ser ejecutable. En este tipo de casos la inviabilidad de los daños y perjuicios no son el resultado de razones de "política interna" o dificultad probatoria. No hay, simplemente, daños y perjuicios a cuantificar. Obviamente, en algunos casos, el destinatario de la promesa no podrá probar que había otra oportunidad disponible cuando la promesa fue hecha, o que si hubiera sabido de una la habría tomado. Por otro lado, hay casos en los cuales las promesas pueden sobreponerse a estos obstáculos y debería poder contarse las oportunidades perdidas²⁶.

La Corte Suprema de Minnesota decidió sobre un caso de este tipo en 1981, el de *Grouse vs. Group Health Plan, Inc.*²⁷. En esa ocasión un farmacéutico demandó a una clínica por incumplir un contrato laboral que era ilusorio porque podía resolverse a voluntad de cualquiera de las partes. Aunque el demandante no había comenzado a trabajar para la clínica, él ya había renunciado a su trabajo en una farmacia y había rechazado la oferta de un hospital, confiando en la promesa de trabajo hecha por la clínica. La corte citó la sección 90 del Restatement of Contracts^x y estableció que el demandante "tenía el derecho de asumir que le darían una oportunidad, de buena fe, para desarrollar sus deberes" a la altura de los estándares de la clínica. Sin embargo, como la clínica podía resolver el contrato en cualquier momento, "la cuantificación de los daños no era tanto lo que hubiese ganado (de la clínica) sino por lo que perdió al renunciar al trabajo que tenía y

por declinar, por lo menos, a una oferta de trabajo en otro lugar". La corte devolvió lo actuado con el objeto que se realice un nuevo juicio sobre el tema de los daños ocasionados²⁸. Otras autoridades apoyaron el fallo en el caso *Grouse* para contar las oportunidades perdidas dentro de los daños ocasionados en términos de confianza en la otra parte²⁹.

Si una corte concede daños a la confianza cuando las negociaciones fracasan en llegar a un contrato, se deben contar las oportunidades perdidas siempre y cuando la parte afectada pruebe la existencia de los elementos que acreditan³⁰ este tipo de daño. Ya que no es una cuestión de existencia de daños y perjuicios como alternativa a daños derivados de la confianza, esta no es una situación en la cual una política de prohibición de daños y perjuicios sea burlada por el hecho de incluir las oportunidades perdidas. Tampoco hay razón alguna para creer que todos los casos de responsabilidad precontractual involucran problemas especiales probatorios que pudieran justificar una regla general que prohíba la recuperación por oportunidades perdidas en una demanda de responsabilidad precontractual.

En algunas ocasiones, para estar segura, la parte afectada puede ser incapaz de demostrar que su fracaso en conseguir otras oportunidades fue justificable. Una parte que por un pequeño costo pudiera haber conseguido varias oportunidades al mismo tiempo, se encuentra en

²⁶ Sin embargo, confróntese *Mooney v. Craddock*, 35 Colo. App. 20, 26, 530 P.2d 1302, 1305 (Ct. App. 1974) (donde el acuerdo de arrendar el club de atletismo era demasiado indefinido para ser ejecutable, "un cálculo apropiado del recobro" era "la pérdida sostenida calculada por sobre los gastos hechos").

²⁷ 306 N.W.2d 114 (Minn. 1981).

^x Nota del traductor: Los Restatement son "trabajos de doctrina, elaborados por el American Law Institute, que exponen y analizan, en forma similar a un código comentado, las principales reglas jurídicas de origen jurisprudencial aplicables en los Estados Unidos en distintas materias". CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. Op. cit., p. 655. El Restatement que se ocupa de los contratos fue uno de los primeros en ser elaborado por el American Law Institute, en él participaron reconocidas figuras vinculadas al Derecho contractual estadounidense como Williston y Corbin. El primer Restatement de contratos fue terminado en 1932. Luego, en 1981, se publicó una revisión, el Restatement Second de contratos, en el cual el autor del presente artículo asumió la gran responsabilidad de ser el *Reporter*. Si bien los Restatements no son vinculantes para las cortes, dada la capacidad y prestigio de las personas involucradas en su elaboración suelen ser frecuentemente citados en las decisiones de las cortes como sustento. Al respecto, el autor del presente artículo señala "... existe acuerdo entre los que aplauden los Restatements y quienes los desprecian acerca de su influencia (...) Un *restatement* no puede tener mayor autoridad que la de las personas entendidas en la materia involucradas en su estudio y deliberación. No necesita otra y ¿cuál podría ser mayor? Un ex director del Instituto explicó que si una corte decide no seguir lo señalado por el Restatement lo hará con el conocimiento que la regla que rechaza fue escrita por personas que por sus estudios y reputación se suponen especialistas en la materia...". FARNSWORTH, E. Allan. Op. cit., pp. 26-28 (citas omitidas).

²⁸ *Ibid.* p. 116. La corte no indicó el periodo de tiempo por el cual los daños debían ser calculados. Ver también *Walters v. Marathon Oil Co.*, 642 F.2d 1098, 1100 (7th Cir. 1981), en el cual la corte otorgó daño por las ganancias perdidas en la franquicia, sumando, como justificación, que en los daños a la confianza basados en la promesa del franquiciante el franquiciado agraviado "había perdido la oportunidad de realizar la inversión en otro lugar". Comparar con FEINMAN. "Promissory Estoppel and Judicial Method". En: Harv. L. Rev. 97. 1984. pp. 687-688 (la corte en el caso *Marathon* otorgó estos daños basados en los daños y perjuicios, los cuales "en los casos de negocios (...) pueden reflejar mejor la oportunidad perdida que el recobro por daños a la confianza) con BIRMINGHAM. "Notes on the Reliance Interest". En: Wash. L. Rev. 60. 1984. p. 237 (criticando a Feinman y viendo a la corte en el caso *Marathon* como "protegiendo los intereses en la confianza, pero otorgando lo que hubiera dado en el caso de proteger los intereses por daños y perjuicios").

²⁹ Ver, por ejemplo, *Hunter v. Hayes*, 533 P.2d 952 (Colo. Ct. App. 1975) (el demandado le dijo al demandante que renunciaba a trabajar para el demandado); ver FULLER y PERDUE. "Reliance Interest 1". Nota 20 *supra*. pp. 74-75 ("donde el rompimiento del contrato del demandado resulta en que la propiedad del demandante queda disponible por un periodo, las cortes al otorgar al demandante la renta por el valor de los predios han considerado que estaban dando el reembolso por la oportunidad perdida para emplear la propiedad para otros propósitos (el interés de confianza) (...) (citando *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 P. 621 (1896), en el cual la corte sugiere otra alternativa que parece basada en las oportunidades perdidas, intereses en capital disponible); *Restatement (Second) of Contracts* § 348(1) (recobro basado en "el valor de la renta de la propiedad o en el interés del valor de la propiedad"). Sin embargo, véase HUDEC. "Restating the Reliance Interest". En: Cornell L. Rev. 67. 1982. p. 719 (contrastando las oportunidades perdidas de ganar sueldos con oportunidades perdidas de una ganancia emprendedora, sugiriendo que la primera hace la demanda más atractiva, porque "el tiempo de trabajo es usualmente percibido como un activo"). Para discusiones sobre oportunidades perdidas, ver COOTER y EISENBERG. nota 20 *supra*. p. 1432; GOETZ & SCOTT. "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract". En: Yale L.J. 89. 1980; Comment. "Expanded Application of Promissory Estoppel in Restatement of Contracts Section 90 — Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.". En: Mich. L. Rev. 65. 1966. p. 358; Comment. "Once More into the Breach: Promissory Estoppel and Traditional Damage Doctrine". En: U. Chi. L. Rev. 37. 1970. pp. 567-568; Comment. "Lost Profits as Contract Damages: Problems of Proof and Limitations on Recovery". En: Yale L.J. 65. 1956.

³⁰ Ver *Restatement (Second) of Contracts* § 350 (1981) (inevitabilidad); "*Restatement (Second) of Contracts*". § 351 (previsibilidad) "*Restatement (Second) of Contracts*". § 352 (certeza).

una pobre posición para reclamar que fue justificable abandonar la búsqueda de todas las oportunidades posibles, menos una. Empero, aunque esta puede ser una razón para rehusarse a contar las oportunidades perdidas en algunas instancias, especialmente donde las negociaciones no progresaron más allá de las primeras etapas, no es razón para negarse a contarlas en todos los casos. Una parte puede justificarse por fracasar en conseguir otras oportunidades, por ejemplo, si las negociaciones avanzaron hasta un punto en que se espera que la parte negocie exclusivamente o empiece su desempeño. En el caso *Grouse*, la corte decidió que el abandono por parte del demandante de perseguir otras oportunidades era justificado, aunque no había contrato porque el acuerdo era ilusorio. A veces, el abandono de otras oportunidades puede ser justificado, aunque no exista contrato por no haber llegado a acuerdo alguno³¹.

El reconocimiento de las oportunidades perdidas como un componente de los daños en términos de confianza de la otra parte, tendría el efecto accidental de fomentar el desarrollo de una ley que regule la responsabilidad precontractual. El hecho de que si las oportunidades perdidas deben ser contadas en cada caso particular será discutido en el siguiente análisis de los cuatro posibles supuestos de responsabilidad.

3. Enriquecimiento sin causa como fundamento de responsabilidad

El deber de restituir los beneficios recibidos durante las negociaciones es, quizá, el mayor fundamento para establecer la responsabilidad precontractual. Una de las partes en las negociaciones no puede, impunemente, adjudicarse de manera injusta este tipo de beneficios para su uso propio. Para prevenir tal enriquecimiento sin causa la ley impone que hay responsabilidad medida a partir de los intereses de restitución de la parte afectada. Comúnmente, las demandas por restitución

involucran tanto ideas reveladas, como servicios prestados durante las negociaciones.

Los casos más claros al respecto son aquellos que involucran la apropiación de ideas de manera indebida. Supongamos, por ejemplo, que el propietario de un negocio, en el curso de la negociación para la venta del mismo a un posible comprador, confía a este una idea con el fin de permitir al comprador valorar el negocio y, cuando las negociaciones fracasan, el comprador utiliza la idea revelada. El comprador puede ser responsable por la apropiación indebida de la idea del propietario del negocio en varios supuestos, de los cuales el único es la restitución.

Aunque ello es raro en las situaciones analizadas en este artículo, la apropiación indebida puede generar el incumplimiento de un contrato, ya sea este expreso o implícito en los hechos. Donde el asunto en cuestión de las negociaciones es la idea en sí, las partes pueden acordar que se pagará una compensación si la idea es divulgada y luego usada³². Las cortes han encontrado con frecuencia, este tipo de acuerdos por inferencia de los hechos³³. Cuando en las negociaciones de la venta de un negocio, el tema en materia no es la idea misma y su divulgación es meramente incidental, por lo general, sería muy irregular justificar la inferencia de semejante acuerdo en los hechos³⁴. Por consiguiente, un contrato implícito en los hechos no es usualmente el supuesto más plausible para asignar responsabilidades cuando una idea ha sido apropiada durante negociaciones como las reseñadas en este artículo.

Uno de los supuestos más usuales para asignar responsabilidad es cuando la idea es considerada como “propiedad” del dueño del negocio. Cuando se trata de apropiación indebida, el propietario tiene el derecho a daños por responsabilidad y quizá, derecho a un *equitable relief*³⁵. Esta ha sido la razón fundamental

³¹ Ver, por ejemplo, *Jacques v. First Nat'l Bank*, 307 Md. 527, 538, 515 A.2d 756, 761 (1986), (sin embargo, el aspirante a un préstamo hipotecario residencial “no promete que no dejará de aplicar al mismo préstamo, simultáneamente, frente a otros prestamistas, por lo que pensamos que las practicas del mercado, y el costo particular de cada aplicación, tiene el efecto de, por lo menos temporalmente, sacar al cliente del mercado”).

³² Ver *Sikes v. McGraw-Edison Co.*, 665 F.2d 731 (5th Cir.) (idea para una podadora de césped), cert. denied, 458 U.S. 1108 (1982).

³³ Por ejemplo, *Blaustein v. Burton*, 9 Cal. App. 3d 161, 88 Cal. Rptr. 319 (Ct. App. 1970) (idea para una versión de película de “The Taming of the Shrew”) *Anisgard v. Bray*, 11 Mass. App. 726, 419 N.E.2d 315 (1981) (idea para un complejo de tenis).

³⁴ Por ejemplo, *Faris v. Enberg*, 97 Cal. App. 3d 309, 318, 158 Cal. Rptr. 704, 709 (1979) (creador de la idea sobre un programa concurso sobre deportes, quien reveló su idea durante las negociaciones llevadas a cabo para contratar a un comentarista deportivo, no pudo recuperar su idea, regulada por un acuerdo tácito porque “nunca pensó en vender su idea sobre un programa concurso sobre deportes a nadie”).

³⁵ Nota del traductor: “reparación o protección judicial derivada del régimen del Equity”. CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. Op. cit., p. 274. Como señala el autor del artículo, en general, los remedios disponibles de las cortes pueden clasificarse en específicos y sustitutos. En el primer caso se otorga la *misma* prestación que fuera prometida, mientras que en el segundo se otorga algo —normalmente dinero— en vez de la prestación prometida. Adicionalmente, los remedios pueden clasificarse de acuerdo a su origen en de *common law* (también denominados, legales) y de *equity* según, antes de la unificación, fueran otorgados por las cortes del *common law* o del *equity* respectivamente. El principal remedio legal era otorgar una suma de dinero (remedio sustituto) mientras el principal remedio del *equity* era el cumplimiento de lo prometido (remedio específico). FARNSWORTH. Op. cit., pp. 734-735. Sobre el régimen del *equity* resulta interesante lo señalado por Cabanellas y Hoague: “Sistema jurídico desarrollado en Inglaterra paralelamente al sistema de Derecho estricto e incorporado en general al régimen jurídico anglo-norteamericano. Bajo el sistema inglés de Derecho estricto, las acciones judiciales se encontraban estrictamente limitadas. Ante la insuficiencia de estas acciones para proteger intereses legítimos de las partes, éstas recurrían al rey, el cual a su vez delegaba a tribunales especiales (Chancery Courts) la decisión de estos casos. Tales tribunales desarrollaron un conjunto de reglas, primero basadas en la equidad según esos tribunales la entendían, y luego cristalizadas en un régimen jurídico propio. Durante el siglo pasado la mayoría de los tribunales del *equity* se fusionaron con los del Derecho estricto, pero quedó vigente el conjunto de reglas históricamente desarrolladas por aquéllos, que hoy se conoce con el nombre de *equity*”. CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. Op. cit., p. 275.

³⁵ Ver Restatement of Torts § 757 comment e (1939). El Restatement (Second) of Torts no abarca este tema.

tradicional cuando la idea es un secreto comercial³⁶. Aunque hay muchas ideas que no califican como secretos comerciales³⁷, algunas cortes han encontrado derechos de propiedad cuando las ideas son “novedosas” y “concretas” sin tener en cuenta si califican como secretos comerciales³⁸.

Otro de los supuestos, aceptado por algunas cortes, es que la apropiación indebida es una violación de una relación confidencial³⁹. Por otro lado, no es suficiente que el creador de esa idea declare que ésta está siendo revelada en confidencia; una relación confidencial preexistente es necesaria. Los casos más claros son aquellos como los del empleador y el empleado, principal y agente y los *joint venturers*. Siempre que las negociaciones se lleven a cabo en condiciones y posiciones homogéneas la relación entre las partes negociantes no puede ser caracterizada como “confidencial” por este propósito⁴⁰.

Finalmente, una de las partes puede tener un reclamo basado en la restitución de los beneficios que la otra parte ganó por una idea que es novedosa y concreta⁴¹. La recuperación basada en la restitución es medida sobre la base del beneficio que trajo la idea a la parte que se la apropió, mientras que, por lo menos en principio, la recuperación basada en un derecho de propiedad o en una relación confidencial es medida sobre la base de lo perdido por la parte cuya idea fue apropiada. En la práctica, sin embargo, la recuperación en estos tres supuestos tiende a ser medida sobre la base del beneficio de la parte que

se apropió de la idea, como la única manera de medición factible⁴².

La parte también puede ser restituida por servicios prestados durante las negociaciones fallidas, a diferencia de las ideas indebidamente apropiadas. Sin embargo, la mera circunstancia de que los servicios prestados por una de las partes beneficiaron a la otra no da derecho a la primera de ellas a reclamar restitución alguna, pues bajo el punto de vista aleatorio de las negociaciones, la corte puede tratar tanto a los beneficios como a las pérdidas como un riesgo inherente a las negociaciones mismas. Como lo señaló una corte, el tiempo, esfuerzo y las actividades expedidas durante las negociaciones, son “la molienda común de las negociaciones encaminadas hacia la consumación de un acuerdo”, y “los esfuerzos de ambos lados, si fracasan, no garantizan que una de las partes pueda demandar que la otra ha sido enriquecida a costa de ella. Los esfuerzos de cada lado fueron hechos con el propósito de avanzar en pos de sus propios intereses”⁴³. Esta conclusión, a veces es reforzada por el enunciado que sólo “el enriquecimiento sin causa es lo que debe evitarse” por las reglas de restitución⁴⁴.

Un atractivo tipo de demanda por indemnización es aquella presentada por un arquitecto o constructor que ha prestado sus servicios a un inversionista durante las etapas de planificación de un proyecto, sólo para que el inversionista haga el contrato con otra persona. El caso de *Hill vs. Waxberg*⁴⁵, resuelto por el Noveno Circuito en 1956, es uno de estos. Hill le pidió a Waxberg, un

³⁶ De acuerdo con Holmes, la “palabra propiedad tal como es aplicada a los secretos comerciales es una expresión que no ha sido analizada, como consecuencia del hecho que la ley hace rudimentarias exigencias a la buena fe”. Ver *Du Pont de Nemours Powder Co. v. Masland*, 244 U.S. 100, 102 (1917).

³⁷ Por ejemplo, *Speedry Chem. Prods., Inc. v. Carter's Ink Co.*, 306 F.2d 328 (2d Cir. 1962). En este caso no hay una definición precisa de secreto comercial. Ver *Unif. Trade Secrets Act § 1(4) & comment*, 14 U.L.A. 542 (1980 & Supp. 1987); *Restatement of Torts § 757 & comment b* (1939) (que exige que los secretos comerciales estén en “continuo uso en el negocio”). Para una definición más amplia de secreto comercial. Ver *Smith v. Dravo Corp.*, 203 F.2d 369, 373 (7th Cir. 1953) (“casi todo el conocimiento o información usada para conducir un negocio propio puede ser conservada por su poseedor como un secreto (...). Todo lo que se requiere es que esta información o conocimiento represente, hasta cierto grado, los esfuerzos independientes hechos por aquel que los reclama.” (citas omitidas)).

³⁸ Un caso utilizado en seminarios es *Liggett & Meyers Tobacco Co. v. Meyer*, 101 Ind. App. 420, 194 N.E. 206 (1935) (en banc). Ha sido seguido, por ejemplo, *John W. Shaw Advertising, Inc. v. Ford Motor Co.*, 112 F. Supp. 121 (N.D. Ill. 1953); *How J. Ryan & Assoc. v. Century Brewing Ass'n*, 185 Wash. 600, 55 P.2d 1053 (1936).

³⁹ *Capital Films Corp. v. Charles Fries Prods*, 628 F.2d 387 (5th Cir. 1980); *Blaustein v. Burton*, 9 Cal. App. 3d 161, 88 Cal. Rptr. 319 (1970); ver también *Crocac Corp. v. Sheller-Globe Corp.*, 385 F. Supp. 251 (N.D. Ill. 1974) (confianza ganada de forma fraudulenta).

⁴⁰ *Faris v. Enberg*, 97 Cal. App. 3d 309, 324-25, 158 Cal. Rptr. 704, 713 (1979) (las negociaciones no llevaron a una “relación confidencial”, lo que lo distingue del caso *Blaustein v. Burton*, donde ambas partes “usaron a los mismos abogados”. *Blaustein* “había sido invitado constantemente por” los Burtons para que revelara su idea, por lo que él “prestó sus servicios cuando le fueron requeridos”). Sin embargo, véase *Schreyer v. Casco Prods. Corp.*, 190 F.2d 921, 924 (2d Cir. 1951) (lo revelado durante las negociaciones llevadas a cabo para la producción y venta de la plancha eléctrica llevaron a la formación de una “relación confidencial”, pero no se menciona “secreto comercial” alguno), cert. denied, 342 U.S. 913 (1952).

⁴¹ *Matarese v. Moore-McCormack Lines*, 158 F.2d 631 (2d Cir. 1946); *Schott v. Westinghouse Elec. Corp.*, 436 Pa. 279, 259 A.2d 443 (1969); Ver 1 PALMER. “The Law of Restitution”. § 2.8. pp.119-120.1978; 2 PALMER. *supra*, § 10.11, pp. 466-472.

⁴² Ver, por ejemplo, *Schreyer v. Casco Prods. Corp.* 190 F.2d 921 (2d Cir. 1951) (el incremento de las ganancias se obtuvo como resultado de un incremento en la producción que fue posible gracias a la apropiación indebida de una idea), cert. denied, 342 U.S. 913 (1952); *How J. Ryan & Assoc. v. Century Brewing Ass'n*, 185 Wash. 600, 55 P.2d 1053, 1054 (1936) (“El valor del derecho de propiedad o el valor de los servicios dependen del valor que el usuario da a la idea...”).

⁴³ *Songbird Jet Ltd. v. Amax*, 581 F. Supp. 912, 926 (S.D.N.Y. 1984); de acuerdo con *Rutledge v. Housing Auth.*, 88 Ill. App. 3d 1064, 1069, 411 N.E.2d 82, 86 (1980); *W.F. Holt Co. v. A & E Elec. Co.*, 665 S.W.2d 722, 738 (Tenn. Ct. App. 1983); ver *Restatement (Second) of Restitution § 6 comment b*, at 67-68 (Tent. Draft No. 1 1983); véase *Precision Testing Laboratories, Ltd. v. Kenyon Corp. of Am.*, 644 F. Supp. 1327, 1350-51 (S.D.N.Y. 1986) (se determina la existencia de enriquecimiento sin causa porque “los servicios proporcionados por el demandante estaban diseñados para beneficiar” al demandado; distinguiéndose del caso *Songbird Jet*, “porque en este los servicios del demandante estaban diseñados para promover sus propios intereses”).

⁴⁴ *Rutledge*, 88 Ill. App. 3d at 1069, 411 N.E.2d at 86 (énfasis en el original); ver también *Restatement (Second) of Restitution § 6(2)* (Tent. Draft No. 1 1983) (puede haber enriquecimiento sin causa cuando la conducta de las negociaciones sea *unconscionable*).

⁴⁵ 237 F.2d 936 (9th Cir. 1956).

constructor, que lo ayude a prepararse para la construcción de un edificio bajo el entendimiento de que si se podía lograr el financiamiento de la FHA, Waxberg sería contratado para realizar la obra. Waxberg lo hizo, esperando ser compensado con las ganancias que obtendría del contrato. Cuando la FHA acordó financiar la obra, Hill y Waxberg no pudieron llegar a un acuerdo sobre el contrato, culpándose mutuamente por el fracaso. Cuando Hill hizo un contrato con otra persona, Waxberg demandó a Hill por los gastos que él había realizado y por el valor razonable de sus servicios, que habían sido de cierto valor para Hill. La corte sostuvo que Waxberg tenía derecho a ser reparado por “el valor del beneficio que fue adquirido”⁴⁶, porque algo resulta de la naturaleza de los contratos implícitos cuando uno presta servicios a solicitud de otro con la obvia expectativa de pago, y en el proceso confiere un beneficio al otro. No hace diferencia alguna si el pago esperado es un pago inmediato al contado o en forma de ganancia derivada de un contrato, cuya consumación podría o debería ser anticipada por hombres razonables⁴⁷.

El Restatement (Second) of Restitution apoya la indemnización en este tipo de casos si la conducta del demandado “parece *unconscionable*” y si la pérdida o el gasto no resulta “de un riesgo justo de ser asumido” por el demandante en vez del demandado⁴⁸, una calificación consistente con la visión aleatoria del *common law*.

Hay escasas glosas judiciales con respecto a los requerimientos del Restatement, ya que pocas cortes han visto reclamos de indemnización por beneficios

conferidos durante negociaciones fallidas⁴⁹. Incluso en el caso *Hill vs. Waxberg*, los servicios prestados por el demandante deben haber sido efectuados a solicitud de la otra parte⁵⁰. Sin embargo, un demandante que pueda probar que se le ha solicitado sus servicios, con frecuencia puede presentar un reclamo basado en un contrato implícito en los hechos por el valor razonable de estos servicios y, por lo tanto, evitar tener que probar que sus servicios en realidad beneficiaron a la otra parte. Por esta razón, usualmente los demandantes han hecho reclamos sobre la base de contratos implícitos en los hechos además de, o en vez de, demandas por restitución y las cortes que han permitido esta reparación, generalmente, han favorecido el supuesto anterior⁵¹. Sin embargo, si la generosa definición de beneficio establecida en el caso *Earhart vs. William Low Co.* es aceptada, no habría razón alguna para preferir un supuesto en vez del otro⁵².

A pesar del atractivo de la restitución, ésta ha sido mayormente abandonada como base de la responsabilidad precontractual. A excepción de los casos que implican la indebida apropiación de ideas, solamente algunas decisiones tales como la de *Hill vs. Waxberg* y *Earhart vs. William Low Co.* han estimulado a las partes a demandar la restitución por los beneficios conferidos durante negociaciones fallidas. Hasta donde se puede decir de los casos reportados, las cortes tampoco han sido frecuentemente solicitadas para conceder tales demandas. Los potenciales litigantes – quizás desalentados por las dificultades para probar estos beneficios⁵³ e inconscientes de que pueden ser

⁴⁶ Ibid. p. 939.

⁴⁷ Ibid. pp. 938-939 (pie de página omitido). La fuerza de este argumento se ve debilitada, sin embargo, por la explicación hecha por la corte de que la indemnización también se podría basar en el supuesto de un contrato implícito en los hechos. Ibid. p. 939.

⁴⁸ Restatement (Second) of Restitution § 6(2) (Tent. Draft No. 1, 1983). El hecho que la conducta del demandado “parezca *unconscionable*” puede depender de si el fracaso de las negociaciones se debió a la falta de buena fe de ambas partes, una pregunta que no fue discutida en el caso *Hill v. Waxberg*. Una explicación que permite la indemnización está basada en el caso *Hill v. Waxberg*. Sobre las faltas, ver *Brewer St. Inv. v. Barclays Woollen Co.*, [1954] 1 Q.B. 428 (C.A. 1953), discutido en la nota 274 *infra*.

⁴⁹ Una rara excepción, excluyendo el caso *Hill v. Waxberg*, es *Comm v. Goodman*, 6 Ill. App. 3d 847, 286 N.E. 2d 758 (1972), en el cual un arquitecto fue indemnizado por un constructor. Véase también, *Precision Testing Laboratories, Ltd. v. Kenyon Corp. of Am.*, 644 F. Supp. 1327 (S.D.N.Y. 1986) (la indemnización se debió al beneficio logrado durante las negociaciones para hacer un *joint venture*); *Williams Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis*, [1957] 1 W.L.R. 932 (Q.B.) (el constructor, después de hacer la oferta más baja, preparó, a pedido del dueño, estimado que realizaban el precio de la propiedad cuando era vendida). Para casos que rechazan pedidos de indemnización, ver nota 43 *supra*.

⁵⁰ *Accord Gould v. American Water Works Serv.*, 52 N.J. 226, 245 A.2d 14 (1968) (*per curiam*) (el demandante cavó pozos sin que el demandado, al que le estaba tratando de vender molinos, se lo pidiera. Fue un “voluntario” sin derecho a indemnización), cert. denied, 394 U.S. 943 (1969).

⁵¹ El caso *Hill v. Waxberg* fue decidido sobre la base de un supuesto alternativo de un contrato implícito en los hechos. Véase también *Burridge v. Ace Storm Window Co.*, 60 Dauphin Co. 199, 201-02, 69 Pa. D. & C. 184, 187 (C.P. 1949) (la demanda presentada por los demandantes para una restitución, sobrevivió la excepción por falta de acción, pero la corte también encontró un contrato implícito en los hechos).

⁵² Un caso inglés, ocurrido recientemente, sugiere que, bajo algunas circunstancias, los pedidos hechos durante las negociaciones precontractuales pueden no terminar en un contrato implícito en los hechos. En el caso *British Steel Corp. v. Cleveland Bridge & Engineering Co.*, [1984] 1 All E.R. 504 (Q.B. 1981) (opinión de Robert Goff, J., co-autor del trabajo, líder en temas de indemnización en el Reino Unido), un posible cliente de una fábrica de acero, pidió al posible vendedor que empezara a producir y entregar mercancías, estando pendiente el contrato formal que aún estaba siendo negociado. Al fracasar las negociaciones, el posible vendedor demandó al posible comprador por el trabajo aceptado por él. La corte rechazó la demanda hecha por el posible vendedor sobre la base de la existencia de un contrato implícito en los hechos para pagar un precio razonable, pues, habiendo estado las partes involucradas en un proceso de negociación, no se podía predecir cual sería la responsabilidad del vendedor en caso se entregaran productos defectuosos o la entrega fuera tardía. “[E]s difícil inferir de la actuación del comprador al hacer el pedido, que él esté asumiendo la responsabilidad por su posible conducta, ya que esta responsabilidad recaerá sobre él por el contrato que ambas partes esperan concluir pronto.” Por el contrario, la corte decidió que “la ley impone, simplemente, la obligación de hacer un pago razonable por este tipo de trabajo, que ha sido hecho sobre pedido, una obligación de indemnización.” Ibid. pp. 510-511. Sin embargo, esta preclusión puede limitar la posibilidad de recobro por parte de los demandantes sólo hasta el extremo de que la indemnización por beneficios, sea menos generosa que la indemnización bajo un contrato implícito en los hechos, por ejemplo el “beneficio” no tiene una definición muy generosa como la adoptada en el caso *Earhart v. Low*.

⁵³ Ver, por ejemplo, *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257, 263-64 (2d Cir. 1984) (el demandante “no pudo demostrar que concedió algún beneficio” al demandado durante las negociaciones, cert. denied, 469 U.S. 828 (1984)).

definidos en forma generosa— han consentido silenciosamente la visión aleatoria del proceso de negociación del *common law*.

4. *Misrepresentation* como fundamento de responsabilidad

Misrepresentation, otro supuesto fundamental de responsabilidad precontractual, no ha sido más popular entre los demandantes de lo que ha sido la restitución. Una parte no puede representar fraudulentamente sus intenciones de llegar a un acuerdo y quedar impune. Tal aserción es una de hecho, de un estado mental, y si es fraudulenta, se puede accionar en contra de ella por *tor*⁵⁴, pero pocas acciones como estas han llegado a las cortes.

*Markov vs. ABC Transfer & Storage Co.*⁵⁵ es una rara excepción. En este caso, el arrendador de las instalaciones de un almacén, intencionalmente *misrepresented* frente al arrendatario que pretendía renovar el arrendamiento existente por otros tres años, mientras que “silenciosamente, estaba negociando la venta de los locales al mismo tiempo”⁵⁶. El motivo del arrendador era asegurarse que los locales estuvieran ocupados durante las negociaciones para su venta y, en caso estas fracasaran, el arrendamiento pudiera ser renovado. Con sólo unas semanas de anticipación a la expiración del arrendamiento el comprador notificó al sorprendido arrendatario para que desocupara los locales, por lo que el arrendatario demandó al arrendador por fraude. La Corte Suprema de Washington concluyó que el arrendador había prometido fraudulentamente “renovar el arrendamiento (...) y negociar el monto de la renta de buena fe” y explicó que es suficiente para que haya fraude “que la promesa sea hecha sin cuidado o sin importar si será cumplida”⁵⁷.

La corte otorgó daños al arrendatario por las pérdidas originadas en la confianza depositada en el arrendador. Lo otorgado incluyó no solamente el costo adicional incurrido por el arrendatario como resultado de su rauda mudanza a otro almacén, sino que también incluyó las ganancias perdidas por el arrendatario cuando su cliente principal se fue porque no se había

hecho ninguna preparación para la mudanza⁵⁸. La corte contó dentro de los daños derivados de la confianza a la oportunidad perdida del arrendatario de continuar al servicio de su cliente principal. Los problemas probatorios del arrendatario se vieron reducidos al mínimo porque la oportunidad que fue perdida implicaba la continuidad de un arreglo ya existente.

La representación de un serio intento de llegar a un acuerdo con la otra parte, se encuentra implícita en el acto de negociación. Por lo tanto, el análisis del caso de Markov generalmente se aplica, aun en ausencia de cualquier representación explícita, si una de las partes entra a la negociación sin ninguna intención de llegar a un acuerdo. También se aplica si una de las partes, habiendo perdido esa intención, continúa en negociaciones o fracasa en dar a la otra parte una pronta notificación de su cambio de opinión. Esto apoya la posibilidad de recuperación en otras situaciones también. Así, por ejemplo, una de las partes de la negociación que engaña a la otra sobre su capacidad para actuar como agente de otro puede ser encontrada responsable por daños a la confianza, si las negociaciones fracasaron cuando la otra parte descubrió el engaño⁵⁹. De hecho, parecería que una parte que estuvo involucrada en negociaciones fallidas puede demandar basándose en el supuesto de *misrepresentation*, incluyendo el ocultamiento de información, que al ser descubierta causó que las negociaciones fracasaran.

Un caso suizo proporciona un interesante ejemplo de este tipo de demandas, aunque la corte Suiza no basó su decisión en el supuesto de *misrepresentation*. La oficina central de un banco permitió que una de sus sucursales negociara durante meses con un potencial cliente que buscaba financiamiento para su nuevo negocio de arrendamiento financiero, así como un financiamiento limitado por dos meses sobre la base de la oferta del banco. En el último momento, cuando un texto de la propuesta final ya había sido preparado por el banco y enviado al potencial cliente para su firma, el banco reveló que era requerida la aprobación de la oficina central y que ésta rechazó la operación. La Corte Federal Suiza sostuvo que el potencial cliente debía ser indemnizado sobre la base de los daños a la

⁵⁴ Ver *Restatement (Second) of Torts* §§ 525, 530 (1977).

⁵⁵ 76 Wash. 2d 388, 457 P.2d 535 (1969).

⁵⁶ *Ibid.* pp 393, 457 P.2d. pp. 537-538.

⁵⁷ *Ibid.* pp 396, 457 P.2d. p. 539.

⁵⁸ *Ibid.* pp 394, 457 P.2d. p. 538. La medida de los daños en los casos de *misrepresentation* fraudulenta generalmente incluye “las pérdidas pecuniarias sufridas... como consecuencia... de la confianza depositada” por la parte perjudicada y, si se prueba de forma certera, “los beneficios del contrato”. *Restatement (Second) of Torts* § 549 (1977).

⁵⁹ The *Restatement (Second) of Agency* parece estar de acuerdo. El *Restatement (Second) of Agency* § 330 (1958) establece que en una *misrepresentation* de capacidad hay responsabilidad “pues es procedente una acción por responsabilidad civil extracontractual por las pérdidas causadas por la confianza depositada en tal *misrepresentation*”. Aunque esto parezca aplicable en una situación en la cual las negociaciones fracasan en llegar a un contrato, se ha señalado que el agente significativo no es responsable hasta que se haya llegado a un contrato y, siendo este rechazado, quede roto. *Moore v. Maddock*, 224 A.D. 401, 231 N.Y.S. 291 (App. Div. 1928), *aff'd*, 251 N.Y. 420, 167 N.E. 572 (1929). *Contra Memphis Cotton Press & Storage Co. v. Hanson*, 4 Tenn. App. 293 (Ct. App. 1926).

confianza. Aunque cualquiera de las partes pudo haber interrumpido las negociaciones sin dar razón alguna, cada parte estaba bajo el deber “de informar a la otra, hasta un cierto punto, de las circunstancias particulares que influenciarían su decisión de concluir el contrato o de concluirlo bajo ciertas condiciones”⁶⁰.

La corte aprobó una indemnización por daños a la confianza basados en la oportunidad perdida del prestatario de obtener financiamiento en otra parte. Después del fracaso de las negociaciones, este prestatario obtuvo financiamiento de otro banco, que de otra manera hubiera podido obtener dos meses atrás. Por lo tanto, era apropiado incluir dentro de los daños a la confianza las ganancias que este prestatario hubiera obtenido durante estos dos meses que tuvo que esperar por culpa del banco. Los problemas probatorios del arrendatario fueron minimizados porque la oportunidad perdida implicó la continuación de un acuerdo existente.

Bajo el supuesto de *misrepresentation*, una corte americana pudo haber llegado al mismo resultado, tanto en lo referente a la responsabilidad como a la medida de los daños, siempre y cuando el banco hubiera estado enterado de la equivocación del potencial cliente al creer que la sucursal podía comprometer al banco. En este caso, la culpa del banco de no corregir esta equivocación podría llevar a un supuesto de *misrepresentation* por ocultar información⁶¹.

Por otro lado, las cortes rara vez han aplicado las reglas sobre *misrepresentation* en un caso de negociaciones fallidas⁶². Quizás esto se deba a que las partes pocas veces se ven tentadas a *misrepresent* sus verdaderas intenciones. Mientras que es una técnica común durante las negociaciones que una de las partes tienda a exagerar sus intenciones de interrumpir las negociaciones, las partes raramente tienen alguna razón para exagerar sus intenciones de querer negociar. Una razón posible es la sugerida por el caso Markov. En otros escenarios, menos posibles por supuesto, habrá partes que podrán negociar con sus competidores para evitar que estos se aprovechen de

otro acuerdo, o con un cliente antiguo, con tal de evitar decirle que sus negocios ya no son deseados. Pocas son las razones que se sugieren al respecto⁶³. Y aun cuando se usan este tipo de *misrepresentations*, puede que la parte afectada se vea desalentada de demandar por la dificultad de probar el intento fraudulento⁶⁴ o – ignorante de la posibilidad de contar la pérdida de oportunidades– de demostrar la pérdida substancial que ha sufrido.

5. Promesa específica como fundamento de responsabilidad

Un fundamento más común para la responsabilidad precontractual podría parecer ser la promesa específica que una parte le hace a la otra de manera que esta última se interese en las negociaciones. En las dos décadas pasadas, las cortes han llegado a reconocer que se puede atribuir responsabilidad sobre la base de este tipo de promesas. Una parte no puede, impunemente, romper una promesa hecha durante las negociaciones si la otra parte ha contado con esta.

Este tipo de responsabilidad se ha desarrollado, en gran medida, por los casos surgidos de las negociaciones entre los franquiciantes y los potenciales franquiciados, en los cuales estos últimos han sido indemnizados por daños a la confianza⁶⁵. En 1965, la Corte Suprema de Wisconsin, en el caso *Hoffman vs. Red Owl Stores*⁶⁶, fue más allá de lo establecido en los primeros casos sobre franquicias y decidió que Red Owl Stores, un concesionario de supermercado, era responsable frente a Hoffman por prometer que los \$18,000 en efectivo con que él podía contribuir, serían suficientes para obtener la franquicia. Las negociaciones se prolongaron y, durante todo ese tiempo, Hoffman vendió su panadería, compró y vendió una pequeña tienda de comestibles, se mudó a otra ciudad, e hizo un pago inicial por un terreno. Finalmente, las negociaciones colapsaron cuando Red Owl exigió a Hoffman una contribución mayor y éste se negó a hacerla. La corte concluyó que “la promesa necesaria para sustentar una causal de acción para hacer cumplir una promesa” no tiene que “abarcar todos los detalles esenciales de una posible transacción (...) a fin de ser el equivalente de una oferta”⁶⁷.

⁶⁰ *Escophon AG v. Bank in Langenthal, Bundesgericht, Switz.*, 105 BGE II 75, 80, 128 J.T. I 66, 70 (1979). Aunque esta cita parece ser un adecuado resumen sobre la racionalidad de la decisión, la corte consideró que la conducta del banco cae en el supuesto de la culpa *in contrahendo* y no un supuesto de *misrepresentation*, tal y como lo consideraría una corte de *common law*. Ver nota 85 que acompaña al texto, *infra*.

⁶¹ Ver *Restatement (Second) of Contracts* § 161 (1981).

⁶² Para observar la poca cantidad de casos que han llegado a las cortes francesas en similares circunstancias, ver SCHMIDT. “La Sanction de la faute precontractuelle”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 73. 1974. p. 54.

⁶³ Para el alegato que sustenta que una de las partes entró a las negociaciones como razón para adquirir una licencia de transmisión de televisión, ver *Skycom Corp. v. Telstar Corp.*, 813 F.2d 810, 813 (7th Cir. 1987).

⁶⁴ Ver, por ejemplo, *Zeman v. Lufthansa German Airlines*, 699 P.2d 1274, 1285 (Alaska 1985) (se falló en el juicio sumario a favor del demandado, sobre demandas de fraude debido a la falta de demostración de la “indiferencia imprudente” requerida por el caso Markov).

⁶⁵ *Goodman v. Dicker*, 169 F.2d 684 (D.C. Cir. 1948); ver también, *Chrysler Corp. v. Quimby*, 51 Del. 264, 144 A.2d 123 (1958) (promesa de no terminar con la franquicia).

⁶⁶ 26 Wis. 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965).

⁶⁷ *Ibid.* pp 697-698, 133 N.W.2d. pp. 274-275.

Debido a que Red Owl no hizo oferta alguna fue imposible darle un valor a los daños y perjuicios de Hoffman, cuya indemnización fue medida sobre la base de daños a la confianza⁶⁸. La corte no dejó que las ganancias de la pequeña tienda de comestibles, que fueron perdidas en el proceso de venta, fueran incluidas en los daños a la confianza⁶⁹, mas fue consistente con el derecho de contar las oportunidades perdidas, porque la compra así como la venta de la tienda de comestibles se basó en la confianza puesta en la promesa hecha⁷⁰. Hoffman no pidió que le repararan las pérdidas que causó la venta de la panadería como consecuencia de su confianza en la promesa de Red Owl, por lo que la corte tuvo que decidir sobre si incluir oportunidades perdidas dentro de los daños a la confianza⁷¹.

Este caso deja por sentado que la responsabilidad basada en una promesa específica sí tiene lugar en las reglas de responsabilidad precontractual, aunque la promesa está muy lejos de ser una oferta. En realidad, se puede argumentar que un caso de responsabilidad es más sólido cuando no hay oferta alguna ya que no hay nada más, salvo aceptar la promesa hecha basándose en la confianza depositada en la otra parte. Sin embargo, durante las dos décadas posteriores a Red Owl, su influencia ha sido mayor en las "revistas jurídicas" que en las "crónicas judiciales"⁷². En parte, el pequeño número de casos en que los demandantes han buscado ser reparados sobre la base de promesas hechas durante las negociaciones preliminares se debe al temor que inclusive las cortes que permiten que se repare a la parte afectada, van a imponer una pesada carga sobre los demandantes para que demuestren que la promesa fue

hecha y que había motivos justificados dentro del contexto de las negociaciones para confiar en ella⁷³. Empero, es muy posible que también se deba a un desconocimiento por parte de los abogados de la posibilidad de contar las oportunidades perdidas dentro de los daños por pérdida de confianza, lo que sería suficiente para separar una demanda que justifique el litigio posterior⁷⁴. Cualquiera que sea la razón, el impacto de Red Owl no ha estado a la altura de su promesa.

Similar destino siguió el caso *Heyer Products Co. v. Estados Unidos*⁷⁵, en el cual se sostuvo que los daños a la confianza se podrían basar en una promesa implícita. Heyer, el postor para la buena pro de un contrato con el cuerpo de la artillería del ejército, demandó al gobierno alegando que había concedido el contrato a un postor con una oferta para tomar represalias contra Heyer por atestiguar contra el cuerpo de la artillería en una audiencia del senado. La corte declinó basar su decisión en el hecho de que Heyer había hecho una oferta, sino que, por el contrario, sostuvo que la responsabilidad se podría basar en el comportamiento impropio del gobierno en inducir a Heyer que participe en el proceso de licitación. Mientras que el gobierno "podría aceptar o rechazar una oferta como quisiera y ningún contrato resultaría hasta que una de las ofertas sea aceptada (...) queda implícito necesariamente que existe una promesa de dar una consideración justa e imparcial a la oferta de Heyer"⁷⁶. Si Heyer hubiese podido probar sus argumentos, la promesa implícita del gobierno habría sido vista como rota⁷⁷ y, por tanto, hubiera tenido que compensar a Heyer pérdidas a la confianza (sus costos en la preparación de la oferta), aunque no por sus beneficios

⁶⁸ En uno de los casos de franquicia, la corte otorgó indemnización por daños y perjuicios sobre la base de la teoría del *promissory estoppel*. *Walters v. Marathon Oil Co.*, 642 F.2d 1098 (7th Cir. 1981). En contraste a lo acontecido en el caso Red Owl, sin embargo, los términos del acuerdo último eran conocidos porque el franquiciado desilusionado no sólo había confiado en la promesa del franquiciante, sino que había enviado su solicitud de aplicación para la franquicia.

⁶⁹ 26 Wis. 2d pp. 700-701, 133 N.W.2d pp. 276-277.

⁷⁰ Parece que él vendió la tienda de comestibles por más de lo que había pagado por ella. Id. at 701, 133 N.W.2d. p. 276.

⁷¹ Pero en *Clark Oil & Ref. Corp. v. Leistikow*, 69 Wis. 2d 226, 238, 230 N.W.2d 736, 744 (1975), la Corte Suprema de Wisconsin distinguió lo ocurrido en el caso Red Owl. En el caso Clark Oil, la corte encontró que mientras que a los que se les había hecho las promesas "alegaban que habían dejado a sus empleadores anteriores plantados como resultado" de ciertas promesas, "no había argumento que la injusticia realizada sólo podría haber sido evitada haciendo cumplir las promesas hechas y era cuestionable que el haber dejado sus anteriores empleos era resultado de las acciones de un carácter definido y substancial". Ibid. pp. 238, 230 N.W.2d. p. 744 (citando el caso Red Owl, 26 Wis. 2d at 698, 133 N.W.2d. p. 275). La corte notó que Hoffman había "sufrido pérdidas monetarias" por la confianza depositada.

⁷² Aunque el caso Red Owl ha sido citado en otras situaciones que involucran la *promissory estoppel*, parece haber ocasionado pocas demandas que contengan hechos parecidos. Hay excepciones como los casos *Werner v. Xerox Corp.*, 732 F.2d 580 (7th Cir. 1984) y *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900 (Colo. 1982) (en banc). En el caso *Skycorp Corp. v. Telstar Corp.*, 813 F.2d 810, 817 (7th Cir. 1987), la corte *interjected* un tema de *promissory estoppel* en la etapa de apelación. *Misrepresentation* hubiera sido una base mejor para esa demanda.

⁷³ Ver, por ejemplo, *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257, 265 (2d Cir.) (el posible comprador de una subsidiaria extranjera "no puede señalar un punto claro y no ambiguo de la promesa hecha por la matriz, para poder consumir el acuerdo, tampoco puede demostrar que confiaba razonablemente en una promesa implícita en la conducta de la matriz durante las negociaciones"), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984).

⁷⁴ Un caso se ha basado en lo ocurrido en el caso Red Owl y tomó en cuenta las oportunidades perdidas dentro de los daños a la confianza. *Hunter v. Hayes*, 533 P.2d 952 (Colo. Ct. App. 1975).

⁷⁵ 140 F. Supp. 409 (Ct. Cl. 1956).

⁷⁶ Id. at 412, 413; accord *Armstrong & Armstrong, Inc. v. United States*, 356 F. Supp. 514 (E.D. Wash. 1973), *aff'd per curiam*, 514 F.2d 402 (9th Cir. 1975); *King v. Alaska State Hous. Auth.*, 633 P.2d 256 (Alaska 1981). Pero también consúltese el caso *Rapp v. Salt Lake City*, 527 P.2d 651 (Utah 1974) (desistimiento de seguir a Heyer para demandar a la corporación municipal). Summers analiza a Heyer bajo el título "negociando sin una seria intención de contratar" en el cual sugiere que el recobro sería sobre la base de *tort*. SUMMERS. nota 2 *supra*. p. 221. Esta caracterización parece cuestionable en vista de la referencia hecha por Heyer en la corte con respecto a un "contrato implícito". Asimismo, si la acción era posible bajo un supuesto de *tort*, la Corte de Reclamos no habría tenido jurisdicción. Ver HEYER. 140 F. Supp. p. 414 (Laramore, J., discrepa).

⁷⁷ HEYER. 140 F. Supp. pp. 413-414.

perdidos⁷⁸. Aunque la corte advirtió que la recuperación se podría obtener solamente si se prueba “un estímulo fraudulento para las ofertas⁷⁹, “las decisiones subsecuentes han requerido solamente comportamientos “arbitrarios y caprichosos⁸⁰”.

La promesa implícita encontrada en el caso de Heyer se puede generalizar en asegurar que una parte no actuará sobre la base de motivos ulteriores a las negociaciones. La otra parte tomaría el riesgo que las negociaciones pudieron fallar por razones usuales del negocio, pero no por razones extrañas. Ninguna generalización ha ocurrido y la razón del caso de Heyer no se ha ampliado más allá de la esfera de los contratos con el gobierno. Una vez más el error de no apreciar la posibilidad de tomar en consideración las oportunidades perdidas puede ayudar a explicar esto.

6. La obligación general como fundamento de responsabilidad

De casos decididos sobre la base de *misrepresentation* y de una promesa específica, algunos autores han generalizado y sostenido que una obligación general de *fair dealing* puede surgir de las negociaciones en sí mismas, al menos si la parte afectada ha sido llevada a creer que se llegará a un acuerdo final. Summers escribió que si las cortes siguen a Red Owl: “Ya no va a ser posible para una parte boicotear una negociación contractual con impunidad, cuando la otra ha sido inducida a confiar en la probabilidad que las negociaciones serán exitosas⁸¹. Sin embargo las cortes americanas han sido

poco receptivas a estos argumentos y han declinado a encontrar una obligación general que impida a una de las partes romper las negociaciones, aun cuando existían probabilidades de éxito⁸². Su negativa se sostiene en la formulación de un deber general de *fair dealing* y de negociar de buena fe contenidos en el Uniform Commercial Code y el Restatement (Second) of Contract que, al menos, por interpretación en contrario, no se extiende a las negociaciones⁸³.

Las cortes europeas han estado más dispuestas a aceptar las propuestas de estos autores para establecer una responsabilidad precontractual basada en una obligación general de *fair dealing*⁸⁴. Pero incluso en Europa es difícil encontrar casos en los cuales se haya impuesto la responsabilidad precontractual, donde era claro que las cortes americanas no lo hubiesen hecho. En 1861, el jurista alemán Rudolf Von Jhering adelantó la tesis que las partes en una negociación precontractual están contractualmente predestinadas a observar la “diligencia necesaria”. Una parte que incumple su obligación contractual –*culpa in contrahendo*– es responsable por daño a la confianza⁸⁵. El mismo Jhering estaba primordialmente interesado en estos problemas, mientras el efecto de la culpa en los contratos concluyó por equivocación y nunca aplicó su tesis a situaciones que involucraran negociaciones fallidas. Fue Raymond Saleilles, un académico francés, quien en 1907 desarrolló la perspectiva que las partes que han entrado a las negociaciones deben actuar con buena fe y no pueden romper las negociaciones “arbitrariamente” sin compensar al otro por daño a la confianza⁸⁶.

⁷⁸ Heyer fracasó en probar sus argumentos. *Heyer Prods. Co. v. United States*, 177 F. Supp. 251 (Ct. Cl. 1959).

⁷⁹ 140 F. Supp. p. 414.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, *McCarty Corp. v. United States*, 499 F.2d 633, 638 (Ct. Cl. 1974); *King v. Alaska State Hous. Auth.*, 633 P.2d 256, 262-63 (Alaska 1981); ver *Buchser v. Stadtgemeinde Zurich, Bundesgericht, Switz.*, 46 BGE II 369, 372-73, 69 JT I 38, 41 (1920) (sugiere que una ciudad que pida ofertas será responsable frente a los ofertantes si no piensa contratar con alguno de ellos, sino hacerlo por sí misma)

⁸¹ SUMMERS. Nota 2 *supra*. p. 225. Knapp señala que la corte en el caso Red Owl “compensó al demandante por la confianza depositada en la palabra dada por el demandado (...) que se iba a llegar a un acuerdo, en términos satisfactorios para el demandante”. KNAPP. Nota 2 *supra*. p. 688; ver también GILMORE. “The Death of Contract”. 1974 (en el que se refiere “al considerable número de instancias en que las cortes han impuesto, lo que puede ser llamado, un deber precontractual de negociar con buena fe”); Comment. “Reconstructing Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing as a Tort”. En: Calif. L. Rev 73 1985. pp. 1316-1318 (en el que sugiere que la “conducta de mala fe” durante las negociaciones debe ser tratada como un supuesto de *tort*); Comment. “A Call for a Common Law Culpa in Contrahendo Counterpart”. En: U.S.F. L. Rev. 15. 1981.

⁸² Sin embargo, véase *Werner v. Xerox Corp.* 732 F.2d 580, 582 (7th Cir. 1984) (en el que se confirman daños por *promissory estoppel action* porque los representantes de Xerox “había pintado una buena imagen” sobre el futuro del demandante como proveedor (citando una opinión no registrada de la corte del distrito). Summers afirma que la mala fe durante las negociaciones incluye “abusar del privilegio de terminar las negociaciones”. SUMMERS. Nota 2 *supra*. p. 220. Estas ilustraciones no van más allá de las limitadas situaciones en las cuales las cortes americanas ya han concedido indemnizaciones.

⁸³ U.C.C. § 1-203 (1978) (“obligación de buena fe en (...) la ejecución o la ejecución forzada”); Restatement (Second) of Contracts § 205 (1981) (“obligación de buena fe y *fair dealing* en (...) la ejecución o la ejecución forzada”). No hay interpretación en contrario en cuanto a la responsabilidad basada en *misrepresentation* o la promesa específica. Ver U.C.C. § 1-103; ver también § 2-721 (“Los remedios para la *misrepresentation* material o fraude incluyen todos los remedios posibles (...) para una violación no fraudulenta de contrato”).

⁸⁴ En algunos pocos países pertenecientes al sistema civil romano germánico un deber estatutario de “buena fe” se extiende explícitamente a las negociaciones precontractuales. Ver el Código Civil argentino § 1198 (1970), que requiere que los contratos sean “hechos”, así como interpretados y ejecutados con buena fe; la Ley de Contratos (parte general) israelí, 5733 - 1973 § 12, requiere que “durante la negociación del contrato, una persona debe actuar de manera acostumbrada y con buena fe”; el Código Civil Italiano § 1337 (1942), que requiere que las partes actúen con buena fe “durante las negociaciones y la formación del contrato”; y la Ley Yugoslava de Obligaciones de 1978 § 30, impone responsabilidad a la parte que empiece a negociar “sin la intención de concluir el contrato” o “quien renuncia a estas intenciones sin una razón legítima”. En la mayoría países pertenecientes al sistema civil romano germánico, sin embargo, la responsabilidad debe estar basada en una previsión más general del código.

⁸⁵ JHERING. “Culpa in Contrahendo”. 1861. Sobre discusiones de la teoría de Jhering y doctrina sobre *culpa in contrahendo*, ver A. VON MEHREN y J. GORDLEY. “The Civil Law System”. Segunda edición. 1977. pp. 837-840; KESSLER & FINE. Nota 2 *supra*. pp. 401-409. La teoría de Jhering sostiene que una parte que puede evitar un contrato por una equivocación debida a la falta de diligencia, debe compensar a la otra parte por las pérdidas resultantes de este cambio de posición sobre la confianza que tiene en la validez del contrato.

⁸⁶ SALEILLES. “De la responsabilité precontractuelle”. En: Rev. Trim. Dr. Civ. 6. 1907. pp. 718-719.

Las cortes alemanas, en cambio, han confiado en la tesis de Jhering como base de la responsabilidad precontractual. Según el Bundesgerichtshof, “una falta en las negociaciones contractuales que hace responsable a uno por daños puede existir en aquella parte que despierta confianza en la inminente existencia del contrato –posteriormente no celebrado– y eso causa que la otra parte incurra en costos⁸⁷. La corte dijo que “el mero rompimiento de la negociación por una de las partes, sin más, no constituye una falta a la negociación contractual... Cualquiera de las partes puede crear o fortalecerse en la otra parte, simplemente por el hecho que participe en dichas negociaciones, que da cierta asunción que esta lista para contratar. Pero esto sin más, no reduce la libertad de decidir respecto de la celebración del contrato y no lo hace... responsable si rompe las negociaciones”⁸⁸. Esta afirmación puede ser hecha por las cortes americanas hablando de *misrepresentation* como fundamento de responsabilidad. Una decisión posterior del Bundesgerichtshof sugirió, sin embargo, que las cortes alemanas están dispuestas a ir más allá que las cortes americanas; encontrando responsabilidad cuando una de las partes se rehúsa a contratar de manera infundada si es que se ha “conducido de tal forma que la otra parte pudo, y lo hizo, justificadamente contar con que se celebraría un contrato en los términos negociados”. “El se rehúsa a contratar sin el apropiado fundamento”⁸⁹.

En Francia ha habido un desarrollo similar, aunque la responsabilidad precontractual es impuesta no a la ruptura de obligaciones contractuales, sino a la teoría del daño⁹⁰. Lo erróneo es visto como abuso de derecho, por lo cual la mala fe sin malicia sería suficiente⁹¹. La mala fe puede encontrarse no sólo

donde la parte negocia sin ninguna intención seria de contratar⁹², sino también donde la parte rompe abruptamente las negociaciones sin justificación alguna. De esta manera, en un conocido caso, un hombre de negocios de Francia estaba negociando la compra de una máquina americana para la elaboración de tuberías de cemento de un exclusivo distribuidor en Francia. Luego que el posible comprador hizo un viaje a los Estados Unidos para ver la máquina y las prolongadas negociaciones estaban bastante avanzadas, el distribuidor rompió abruptamente las negociaciones “sin legítima razón” y se negó a vender la máquina a este posible comprador. El tribunal de primera instancia hizo responsable al distribuidor por los preparativos hechos por el posible comprador y la corte de casación deshizo la decisión bajo el fundamento que había habido una “ruptura abusiva” de la negociación⁹³. Este es uno de los pocos casos europeos que realmente van más allá que los precedentes americanos⁹⁴.

Quizá no es sorprendente que las cortes americanas rara vez hayan sido solicitadas para establecer que una obligación general de *fair dealing* surge de las mismas negociaciones cuando llegan a un punto en que una de las partes confía en un resultado exitoso. Muchas veces la razón puede ser, como se dijo con anterioridad, que las partes decepcionadas desconocen la posibilidad de una generosa medida de responsabilidad precontractual. Pero puede ser que no estén muy insatisfechos con la aleatoria visión que tiene el *common law* sobre las negociaciones y reconoce que los pocos reclamos que surgen son tratados con justicia bajo el fundamento de la restitución, *misrepresentation* y promesa específica. Mientras estos fundamentos no

⁸⁷ Sentencia del 14 de julio de 1967, *Bundesgerichtshof, W. Ger., Lindenmaier-Mohring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, BGB § 276 (Fa) no. 23 (1968)* (extractos de este caso aparecen en la traducción de A. VON MEHREN & J. GORDLEY. Nota 85 *supra*. p. 842).

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Sentencia del 6 de febrero de 1969, *Bundesgerichtshof, W. Ger., Lindenmaier-Mohring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, BGB § 276 (Fa) no. 28 (1969)* (extractos de este caso aparecen en la traducción de A. VON MEHREN & J. GORDLEY. Nota 85 *supra*. p. 843). Sin embargo, decisiones subsecuentes han puesto en duda este fallo. Por ejemplo, la sentencia del 18 de octubre de 1974, *Bundesgerichtshof, W. Ger., Lindenmaier-Mohring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, BGB § 313 no. 64/65 (1975)* (que cuestiona la aceptación general de la responsabilidad en los casos en hay ausencia de una falta previa); ver MEDICUS. “Verschulden bei Vertragsverhandlungen”. En: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts 1. 1981*. pp. 494-504.

⁹⁰ Ver 1 H. MAZEAUD, L. MAZEAUD & A. TUNC. “Traite theorique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle”. Sexta edición. 1965. §§ 116-121; DURRY. “La Nature contractuelle ou delictuelle de la responsabilite”. En: *Rev. Trim. Dr. Civ. 71. 1972*. pp. 779-780.

⁹¹ 2 J. GHESTIN. “Traite de droit civil” § 228. 1980. Ver 4 G. VINEY. “Traite de droit civil”. 1982. §§ 196-200 (que discute la responsabilidad precontractual en la legislación francesa).

⁹² Sentencia del 8 de julio de 1929, *Cour d’appel, Rennes, Fr., 1929 Recueil Periodique Hebdomadaire de Jurisprudence 548*; ver SCHMIDT. Nota 62 *supra*. p. 53.

⁹³ Sentencia del 20 de marzo de 1972, *Cass. civ. com., Fr., [1972] Bull. Civ. IV no. 93* (extractos de este caso aparecen en la traducción de A. VON MEHREN & J. GORDLEY. Nota 85 *supra*. p. 846. La base sobre la cual fueron calculados los daños es oscura. La opinión no publicada de la Corte de Apelaciones de Colmar, sentencia del 13 de julio de 1970, *Cour d’appel, Colmar, Fr.* (en los archivos del Columbia Law Review), que indica que el reclamo hecho por el demandado que los gastos del demandante en su viaje a los Estados Unidos fueron pagados por una firma americana, pero que los gastos que el demandante reclamaba se debieron a la construcción de una vertiente. La reparación de 7,500 francos (alrededor de 1,500 dólares americanos) no fue explicada. Véase también J. SCHMIDT. Nota 2 *supra*. § 233 (que sugiere que los daños se debieron basar en la “pérdida de la chance”).

⁹⁴ En un interesante caso holandés la Hoge Raad der Nederlanden fue más allá de esto. Ésta decidió que las negociaciones habían progresado tanto, que las partes podían asumir, razonablemente, que el contrato iba a ser concluido, los daños pueden incluir las ganancias que se hubieran hecho si el contrato hubiera sido concluido. También decidió que incluso antes que las negociaciones hubieran progresado tanto, la parte decepcionada podría haber recuperado los gastos incurridos durante las negociaciones. Sentencia del 18 de junio de 1982, *Hoge Raad der Nederlanden, Neth., 1983 NJ no. 723*.

sean invocados frecuentemente y no empujen los límites, habrá poca presión para añadir la obligación general del *fair dealing*⁹⁵.

Hay una amplia justificación para la negativa judicial de imponer la obligación general de *fair dealing* a las partes en negociaciones precontractuales. La visión aleatoria de la negociación del *common law* se ajusta bien a una sociedad que no tiene mucho interés en el resultado de las negociaciones. Las negociaciones de un contrato ordinario difieren del convenio colectivo, en donde la sociedad se ve a sí misma interesada en prevenir una huelga de trabajadores. Aun cuando es del interés de la sociedad proveer un régimen bajo el cual las partes son libres de negociar contratos ordinarios, el resultado de cualquier negociación particular es materia de indiferencia.

No hay razón para creer que la imposición de la obligación general de *fair dealing* mejorará el régimen bajo el cual tales negociaciones ocurren. La dificultad de determinar un punto en la negociación en el cual la obligación de *fair dealing* se presenta crearía incertidumbre. Una obligación de *fair dealing* puede tener un indeseable efecto de enfriamiento, desalentando a las partes a entrar en negociaciones si las posibilidades de éxito son pequeñas. La obligación puede tener un efecto de aceleración indeseable, aumentando la presión de las partes para traer, finalmente, la negociación a una conclusión precipitada. Sin claras ventajas para contradecir estas desventajas, hay poca razón para abandonar la actual visión aleatoria⁹⁶.

La pregunta difícil para las cortes americanas no es si una corte debe emprender por sí misma la resolución de una disputa sobre *fair dealing* en negociaciones precontractuales, sino si debe emprender su resolución cuando las partes han convenido explícitamente. Antes

de pasar a la Parte II a una discusión sobre el acuerdo preliminar por el cual las partes puedan consentir salir del régimen de la negociación, se discute una vía alternativa. Las partes negociantes aceleran el proceso de las negociaciones para alcanzar el acuerdo final tan rápido como sea posible. Esto dará a las partes la protección que cada contrato ofrece con respecto al enriquecimiento sin causa y a la confianza sujetándolos al otro régimen polar.

B. Acuerdo final

1. Negociación y *fair dealing*

El acuerdo final es el régimen polar buscado por ambas partes como meta de la negociación. Define derechos que han sido el tema de la negociación. En cuanto a esto, no son necesarias negociaciones adicionales a menos que, como sucede a veces, las partes hayan dejado uno o más términos abiertos para posteriores negociaciones⁹⁷. Por supuesto si la relación entre las partes es continua, pueden decidir subsiguientemente negociar un contrato separado. Pero cualquier parte está libre de rechazarlo, y si las partes negocian, gozan de libertad y están sujetas a los riesgos característicos del régimen de negociaciones⁹⁸.

Si las circunstancias cambian, las partes pueden decidir negociar una modificación del acuerdo final⁹⁹. Posiblemente, ellas no verían esto como algo inusual. Especialmente si la ejecución del acuerdo final se prolonga en el tiempo. Como en el caso de un negocio distinto, cualquiera de las partes es libre de rechazar la negociación. Pero en contraste con el caso del negocio distinto, si las partes negocian, son limitadas por el deber de *fair dealing* impuesto por el acuerdo existente y no gozan de la libertad del régimen de la negociación¹⁰⁰.

⁹⁵ Si nuestras cortes impusieran la obligación de *fair dealing* ¿podrían las partes negarse a cumplir con esta obligación? Bajo el Uniform Commercial Code § 1-102(3), las partes no tiene poder para negarse al deber de actuar con buena fe impuesto por el Código para cada contrato, y es difícil ver por qué debería ser más fácil en el contexto precontractual. Pero un deber innegable podría entrar en conflicto con la tolerancia judicial contemporánea de tratar de negar la responsabilidad precontractual. En armonía con la visión aleatoria del *common law* sobre la negociación, las cortes han mirado generalmente con favor las tentativas de negar la responsabilidad precontractual, excepto donde está implicada la *misrepresentation*. Han sido receptivas a las negaciones de la responsabilidad por la restitución de ventajas conferidas durante las negociaciones precontractuales. *Rutledge v. Housing Auth.*, 88 Ill. App. 3d 1064, 411 N.E.2d 82 (Ct. App. 1980). Las cortes también han sido receptivas a las negaciones de la responsabilidad basadas en una promesa específica. *Burst v. Adolph Coors Co.*, 503 F. Supp. 19 (E.D. Mo. 1980), *aff'd*, 650 F.2d 930 (8th Cir. 1981).

⁹⁶ Si la utilidad del contrato como instrumento de auto-gobierno no ha de ser debilitada seriamente, las partes deben ser libres de interrumpir las negociaciones preliminares sin ser considerados responsables por esto. KESSLER y FINE. Nota 2 *supra*. p. 412.

⁹⁷ Ver nota 148 *infra* y el texto que la acompaña.

⁹⁸ Esto es también verdad en el caso de la renovación del acuerdo original, aunque las partes imponen, a veces explícitamente, un deber de *fair dealing* en las negociaciones de renovación. Si se encuentran en situación de que las partes han tenido acuerdos anteriores se puede, por supuesto, tener esto en consideración en el caso de demandas por *misrepresentation* por no-divulgación y *economic duress*.

⁹⁹ Si el acuerdo contiene una "cláusula de dificultad" (una cláusula bajo la cual las partes emprendan negociaciones para modificar lo pactado si cambian las circunstancias) esta determina sus derechos.

¹⁰⁰ U.C.C. §§ 1-203, 2-209 comment 2 (1978); Restatement (Second) of Contracts § 205 (1981). El Restatement Second menciona el deber de "buena fe y *fair dealing*"; el Código añade que "los estándares comerciales razonables de *fair dealing* en el comercio" sólo en el caso de un comerciante. U.C.C. § 2-103(1)(b). Lo que se requiere en el caso de negociaciones para modificar el acuerdo pueden depender de la razón por la cual se busca la modificación en primer lugar. Ver *Roth Steel Prods. v. Sharon Steel Corp.*, 705 F.2d 134, 146 (6th Cir. 1983) (la corte se debe preguntar si "la conducta de la parte es consistente con los "estándares comerciales razonables de *fair dealing* en el comercio" y si las partes están, de hecho, motivadas a buscar la modificación con un honesto deseo de compensar las exigencias comerciales." (cita del caso U.S. for Use and Benefit of Crane Co. v. Progressive Enters., 418 F. Supp. 662, 664 n.1 (E.D. Va. 1976))).

Así, una parte en tales negociaciones tiene derecho a recuperar las pérdidas de confianza causadas por la otra parte al romper el deber de *fair dealing*. Asombrosamente, se está careciendo de autoridad en el punto. Aunque el Uniform Commercial Code y el Restatement (Second) of Contracts apoyan la imposición de tal deber, sus comentarios se limitan a aquellas situaciones en las cuales las negociaciones han dado lugar a una modificación que una parte intenta evitar argumentando un incumplimiento de dicho deber¹⁰¹. Los casos que han impuesto tal deber son igualmente limitados¹⁰². Aun así, no pienso que la falta de observar el requisito de *fair dealing* en la negociación de una modificación pueda ser considerada fundamento para evitar una modificación, no un quebrantamiento de un deber; sobre todo tanto para el Uniform Commercial Code y el Restatement (Second) of Contracts que reiteradamente llaman a este requisito un “deber”¹⁰³.

Por el incumplimiento de este deber, considero que la parte afectada tendría el derecho a daños. Más importante aún, en un caso apropiado, la parte afectada también podría tratar este incumplimiento como incumplimiento total del contrato, resolviendo el contrato y demandando daños por el incumplimiento total. Un remedio tan extremo, de seguro, estaría disponible solamente en el acontecimiento de un incumplimiento agravado del deber de *fair dealing*.

2. Llegando al acuerdo final

En el paso de la inseguridad del régimen de la negociación a la certeza del régimen del acuerdo final las partes pueden encontrar dos obstáculos. El primero, es simplemente el tiempo necesario para negociar y

elaborar el contrato lo cual está, en alguna extensión, dentro del control de las partes. El segundo, es el tiempo necesario para aguardar acontecimientos externos tales como la acción de terceros, sobre los cuales las partes pueden tener poco o ningún control. La facilidad con la cual las partes pueden pasar de un régimen al otro depende, en una gran medida, de la tolerancia judicial de las técnicas comunes de redacción usadas para hacer frente a estos dos obstáculos.

Las partes pueden acelerar la negociación y la elaboración del contrato simplemente confiando en la voluntad de las cortes para proporcionar los términos faltantes a través de la inferencia o del uso o curso de las negociaciones^{XII}. Pero las partes recurren a menudo a la técnica común de redacción que consiste en incorporar términos estándares, y en casos extremos, refiriéndose simplemente a las cláusulas “usuales” para transacciones similares¹⁰⁴. Estas breves referencias se encuentran más a menudo en transacciones relacionadas a la propiedad inmueble, sobre todo en arrendamiento, donde generalmente han tenido éxito¹⁰⁵. Las cortes han explicado, con poca preocupación por la consistencia, que la referencia es a los términos usados en la práctica y que una corte puede determinar de la evidencia de su uso, y por lo tanto agrega¹⁰⁶ que la referencia está a los términos que una corte proveería en la ausencia de una referencia, y por lo tanto no agrega nada¹⁰⁷. En cualquier caso, el acuerdo es suficientemente definido y no queda nada para ser negociado. Tal brevedad es, sin embargo, menos probable de ser tolerada si la transacción no es relativamente rutinaria y estandarizada¹⁰⁸.

Las partes pueden elegir ocuparse de situaciones externas, tales como conceder el financiamiento o la aprobación del gobierno, recurriendo a las cláusulas

¹⁰¹ U.C.C. § 2-209 comment 2 (1978); Restatement (Second) of Contracts § 205 comment c (1981).

¹⁰² Ver, por ejemplo, T&S Brass & Bronze Works, Inc. v. Pic-Air, Inc., 790 F.2d 1098 (4th Cir. 1986); Roth Steel Prods. v. Sharon Steel Corp., 705 F.2d 134 (6th Cir. 1983).

¹⁰³ Tal discusión tendría que ser basada en el comentario del Código, que liga el requisito a la abolición de la regla del deber preexistente U.C.C. § 2-209 comment 2 (1978) (una modificación “no necesita ninguna consideración” pero las modificaciones “deben pasar la prueba de la buena fe”). El comentario también sugiere que el requisito debe desempeñar un papel similar al jugado por el *duress*. Id. (“el *exortion* de una “modificación” sin razón comercial legítima es ineficaz”). Ni la regla preexistente del deber ni el *duress* va más allá de hacer una modificación inaplicable.

^{XII} Nota del traductor: *course of dealing* en el original. Está referido a un patrón de conducta establecido entre las partes en una serie de transacciones. Del “curso de las negociaciones” se puede deducir cuál era la intención de las partes para llevar a cabo una nueva transacción. GARNER, Bryan A. (editor). Op. cit., p. 378.

¹⁰⁴ Por ejemplo, Hollywood Plays, Inc. v. Columbia Pictures Corp., 77 N.Y.S.2d 568, 576 (Sup. Ct. 1947) (“provisiones usuales y otras acostumbradas”, *aff’d mem.*, 274 A.D. 912, 83 N.Y.S.2d 302 (App. Div. 1948), *rev’d* por otros supuestos, 299 N.Y. 61, 85 N.E.2d 865 (1949); véase también *Wise & Co. v. Wecoline Prods.*, 286 N.Y. 365, 36 N.E.2d 623 (1941) (aunque la firma del documento por el comprador no dio lugar a un contrato, era la admisión de lo que las partes entendían por “términos y condiciones usuales” en el acuerdo anterior).

¹⁰⁵ Véanse los casos citados en las notas 106-107 *infra*. Sin embargo, ver *Riedel v. Plymouth Redev. Auth.*, 354 Mass. 664, 241 N.E.2d 852 (1968) (“provisiones ordinarias de arriendo” no suficientemente definidas). Las cortes pueden a menudo no discutir todos los factores, incluyendo la complejidad de la transacción y de indemnización buscada, que pueden influenciar sus decisiones.

¹⁰⁶ *Bondy v. Harvey*, 62 F.2d 521 (2d Cir.) (la cuestión de cuáles eran los “convenios usuales y apropiados” y las “cláusulas usuales y formales” en un arriendo fueron para el jurado), *cert. denied*, 289 U.S. 740 (1933); *Francone v. McClay*, 41 Haw. 72 (1955) (el abogado que era experto en transacciones de propiedades inmobiliarias atestiguó sobre cuales eran los “convenios usuales” utilizados en arriendos a largo plazo similares en el área).

¹⁰⁷ *Scholtz v. Northwestern Mut. Life Ins. Co.*, 100 F. 573, 575 (8th Cir. 1900) (el acuerdo que preveía que el “arriendo era la forma que generalmente se usaba en la ciudad de Denver” tenía el “mismo efecto legal que habría tenido si esas palabras hubieran sido omitidas”); véase también *Bennett v. Moon*, 110 Neb. 692, 194 N.W. 802 (1923) (en la ausencia de una disposición referente a “los convenios y provisiones usuales y ordinarios” estos serán inferidos).

¹⁰⁸ Ver, por ejemplo, *United States v. Orr Constr. Co.*, 560 F.2d 765, 770 (7th Cir. 1977) (referencia en el acuerdo a “libramientos legales apropiados” no suficientemente definidos).

que convierten a dichas situaciones en condiciones¹⁰⁹. El uso de tales cláusulas hace más fácil para las partes acelerar las negociaciones y moverse del régimen de la negociación al del acuerdo final. La creciente tolerancia judicial a tales cláusulas está bien ilustrada por el cambio de actitud de las cortes hacia las disposiciones que condicionan la obligación de una parte hacia su propia satisfacción¹¹⁰. Tal disposición, atractiva para la parte preocupada, no solamente con los riesgos inherentes en el régimen de la negociación, sino también al riesgo que una contingencia posterior arruine el negocio. Esto permite a la parte en cuestión pasar sin retraso al régimen del acuerdo final.

El desafío principal de tales disposiciones ha sido sobre la base de una promesa que por sus términos deja su ejecución enteramente a la discreción de la parte, lo que la hace "ilusoria" ni obligando a esa parte ni sirviendo como consideración para la promesa de la otra parte. Una promesa condicionada a la satisfacción del promitente con el negocio en sí mismo, deja la ejecución del contrato totalmente a su discreción conforme al acuerdo de tal forma que la promesa es ilusoria. Las cortes han interpretado el lenguaje de las disposiciones a satisfacción de una de las partes para imponer un requisito de *fair dealing* ante el promitente y evitar, así, dejar demasiado a la discreción de los promitentes¹¹¹. No obstante algunas cortes han sostenido que tales condiciones hacen una obligación ilusoria bajo el fundamento que la satisfacción del promisor es una cuestión enteramente a su discreción¹¹². Esta no es la visión que prevalece.

El estado actual de la ley se debe en buena parte a la influyente decisión de 1958 del Tribunal Supremo de California en *Mattei vs. Hopper*¹¹³. El caso se presentó debido a un recibo de dinero por el cual un constructor de un centro comercial acordó comprar una zona del inmueble adyacente sujeto "a arrendar tiendas en el centro comercial en forma satisfactoria para el comprador"¹¹⁴ que le permita pagar por dicho inmueble. El vendedor argumentó que él no estaba obligado porque la promesa del constructor, contingente a su propia satisfacción con los arrendamientos obtenidos, era ilusoria. La corte concedió que la prueba apropiada de la satisfacción bajo la disposición era subjetiva de satisfacción honesta ("buena fe") y no objetiva de satisfacción razonable, pero concluyó que la condición no estaba totalmente dentro del control del comprador como para hacer su promesa ilusoria. Incluso este estándar mínimo de *fair dealing* era suficiente limitación a la discreción del vendedor, y el vendedor por lo tanto obligado. *Mattei v. Hopper* ha tenido gran influencia en California y en otras partes¹¹⁵.

Una variedad asombrosamente amplia de materias se pueden dejar a satisfacción de una de las partes sin crear un acuerdo inexigible. Las cortes, por ejemplo, han permitido que el comprador de las propiedades inmobiliarias condicione su obligación a su satisfacción con la acción gubernamental en la zonificación, planes de desarrollo¹¹⁶, así como con estudios de viabilidad de los ingenieros y arquitectos¹¹⁷. Ellos incluso han permitido que las partes dejen la naturaleza exacta del financiamiento obtenido por el comprador a su propia

¹⁰⁹ Otra manera de hacerlo es hacer uso de un término que permita la terminación si no ocurre el acontecimiento. Ver, por ejemplo, *Resource Management Co. v. Weston Ranch & Livestock Co.*, 706 P.2d 1028 (Utah 1985).

¹¹⁰ Por ejemplo, un prestamista puede guardar la más absoluta discreción para sí mismo, condicionando su obligación de prestar a que el suministro de prueba del prestatario sea satisfactorio y que no haya ningún cambio adverso en la situación económica del prestatario.

¹¹¹ Así, si la promesa de comprar una propiedad está "sujeta a financiamiento" que debe ser obtenido por el comprador bajo términos específicos, las cortes han limitado la discrecionalidad del vendedor, sosteniendo que el comprador debe hacer esfuerzos razonables para lograr el financiamiento necesario. Ver, por ejemplo, *Brack v. Brownlee*, 246 Ga. 818, 819, 273 S.E.2d 390, 391 (1980); *O'Halloran v. Oechsle*, 402 A.2d 67, 70 (Me. 1979); ver también *Vanadium Corp. of Am. v. Fidelity & Deposit Co.*, 159 F.2d 105, 106, 108 (2d Cir. 1947) (donde la venta de un arrendamiento minero estaba "sujeto (...) a la aprobación del Secretario del Interior," "se debió haber asumido que el comprador iba a presentar su aplicación oportunamente y que de buena fe iba a buscar la aprobación de la misma"). Aunque a las cortes les encanta hablar sobre "la buena fe", esta obligación es mejor vista como un esfuerzo razonable.

Para examinar tres casos excepcionales, ver *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584 (6th Cir. 1976) (donde se impone la condición que el "contrato definitivo" sea "satisfactorio tanto en forma como en fondo" para las partes que no previnieron un acuerdo que los atara); *Jenkins Towel Serv. v. Fidelity-Philadelphia Trust Co.*, 400 Pa. 98, 161 A.2d 334 (1960) (en el que se reserva el derecho de "aprobar o desaprobado algunas o todas las ofertas", en el que no previnieron un acuerdo que los atara); *Blume v. Bohanna*, 38 Wash. 2d 199, 204, 206, 228 P.2d 146, 149, 150 (1951) (en el que se incluyó que la opción de renovar el contrato estaba "sujeta a la contestación del arrendador" y no se hizo que esta opción fuera ejecutable).

¹¹² Por ejemplo, *Stone Mountain Properties, Ltd. v. Helmer*, 139 Ga. App. 865, 229 S.E.2d 779 (Ct. App. 1976) (el acuerdo para comprar el terreno no era ejecutable porque estaba condicionado a que le aprobaran al comprador la opción de tirar una línea de tren en área, de modo que fuera favorable para él).

¹¹³ 51 Cal. 2d 119, 330 P.2d 625 (1958) (en banc).

¹¹⁴ *Ibid.* at 121, 330 P.2d. p. 626.

¹¹⁵ Ver, por ejemplo, los casos citados en las notas 116-17 *infra*. El razonamiento en el caso *Mattei v. Hopper* es inclusive aún más coaccionador si es que la prueba de satisfacción es una de razonabilidad más que de honestidad. Ver *Boston Rd. Shopping Center v. Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am.*, 13 A.D.2d 106, 213 N.Y.S.2d 522 (App. Div. 1961), *aff'd mem.*, 11 N.Y.2d 831, 182 N.E.2d 116, 227 N.Y.S.2d 444 (1962). No es, sin embargo, siempre fácil aplicar una prueba de razonabilidad. Ver *Drapeer, Tight Money and Possible Substantive Defenses to Enforcement of Future Mortgage Commitments*, 50 Notre Dame Law. 603, 610 (1975) ("La determinación de una garantía adecuada para un préstamo en particular es sumamente subjetiva").

¹¹⁶ *Horizon Corp. v. Westcor, Inc.*, 142 Ariz. 129, 688 P.2d 1021 (Ct. App. 1984); *Rodriguez v. Barnett*, 52 Cal. 2d 154, 338 P.2d 907 (1959) (en banc); *Western Hills, Or., Ltd. v. Pfau*, 265 Or. 137, 508 P.2d 201 (1973) (en banc).

¹¹⁷ *Larwin-Southern Cal., Inc. v. JGB Invest. Co.*, 101 Cal. App. 3d 626, 162 Cal. Rptr. 52 (1979); *Omni Group, Inc. v. Seattle-First Nat'l Bank*, 32 Wash. App. 22, 645 P.2d 727 (1982); ver también *Beavers Serv. v. Norris*, 470 A.2d 312 (D.C. 1983) (estudio de viabilidad económica).

satisfacción¹¹⁸. Mientras que apenas podría considerarse como consejo práctico el decir simplemente “conforme al financiamiento” tal frase ha pasado a ser aceptable¹¹⁹. Las cortes han sido igualmente tolerantes con similares condiciones encontradas comúnmente en compromisos de préstamo que dejan algunos temas a la discreción del prestamista. Así se ha sostenido que el compromiso de un prestamista que acordó financiar un centro comercial no era ilusorio, aun cuando fue condicionado a que los arrendamientos del centro comercial no fueran “insatisfactorios o inaceptables” para el prestamista¹²⁰.

Las cortes, sin embargo, han sido menos tolerantes con los términos que condicionan el acuerdo a la aprobación del abogado de una de las partes, una clase de término que aparece a menudo si hay una división de responsabilidades entre los administradores y los abogados. La clave es el grado de responsabilidad dado al abogado bajo disposición¹²¹. A veces, el acuerdo está condicionado a la aprobación del abogado. Tal disposición nos invita a pensar que la responsabilidad del abogado incluye una revisión de la conveniencia del negocio y las cortes han sostenido que esto hace a la obligación ilusoria. Algunas veces, sin embargo, el acuerdo está condicionado a la aprobación del abogado de documentos relativos a las garantías o cierre. Aquí, aunque la discreción del abogado se puede decir que se extiende a la “sustancia” o “contenido” así como a la forma, es más fácil que una corte rechace el argumento que la responsabilidad del abogado incluye una revisión de la conveniencia del negocio¹²². Como una corte

precisó al rechazar tal argumento en conexión con una carta de compromiso, “la aprobación de nuestros abogados de todos los documentos del cierre (...) no significa estar sujeto a la aprobación del crédito de los abogados”¹²³. Sin embargo, si los administradores desean conferir la responsabilidad de la revisión del negocio en sí mismo a los abogados, el uso de una condición no es una técnica apropiada si se desea llegar a un acuerdo válido.

Una pregunta aún más complicada se presenta si, como puede ser requerido en fusiones y adquisiciones, una empresa condiciona su obligación a la aprobación de su directiva o de su junta de accionistas. Si la aprobación es la de los directores, pocas son las cortes que han hecho frente a esta pregunta y han demostrado inquietud pero se han quedado cortas al momento de decidir que tal condición hace a la obligación ilusoria¹²⁴. Si la aprobación requerida es la de los accionistas, como se requiere comúnmente en la empresa a ser adquirida a través de una fusión, la naturaleza ilusoria de la obligación de la empresa a ser adquirida se puede evitar imponiendo a los directores obligaciones de abstenerse de negociar con otros y de utilizar esfuerzos razonables para obtener la aprobación de los accionistas. Tales compromisos de los directores se utilizan y han soportado comúnmente la argumentación que contravienen las obligaciones de los directores a los accionistas¹²⁵.

Al final, las cortes han demostrado una extraordinaria tolerancia a las condiciones que reservan un contrato a discreción de una de las partes. Haciendo esto han honrado la intención de las partes a que estén

¹¹⁸ Ver, por ejemplo, *Brack v. Brownlee*, 246 Ga. 818, 273 S.E.2d 390 (1980); *Grayson v. LaBranche*, 107 N.H. 504, 225 A.2d 922 (1967). Pero, ver también *Gerruth Realty Co. v. Pire*, 17 Wis. 2d 89, 115 N.W.2d 557 (1962) (el término “monto adecuado de financiamiento” es muy ambiguo).

¹¹⁹ Ver, por ejemplo, *O'Halloran v. Oechsle*, 402 A.2d 67 (Me. 1979).

¹²⁰ *Boston Rd. Shopping Center v. Teacher's Ins. & Annuity Ass'n of Am.*, 13 A.D.2d 106, 213 N.Y.S.2d 522 (1961), *aff'd mem.*, 11 N.Y.2d 831, 182 N.E.2d 116, 227 N.Y.S.2d 444 (1962); ver también *Sonnenblick-Goldman Corp. v. Murphy*, 420 F.2d 1169 (7th Cir. 1970) (el compromiso está condicionado a que haya evidencia “satisfactoria” para el prestamista de que hay “una reserva razonable para contingencias”). Una cláusula *market out*, que le da al prestamista el poder de terminar con su discreción con relación a si los riesgos se ven incrementados por cambios subsecuentes en el mercado, ha sido sostenida en el contexto suscrito. *Blish v. Thompson Automatic Arms Corp.*, 30 Del. Ch. 538, 64 A.2d 581 (Ch. 1948); *Richard Bruce & Co. v. J. Simpson & Co.*, 40 Misc. 2d 501, 243 N.Y.S.2d 503 (Sup. Ct. 1963).

¹²¹ *Southern Bell Tel. & Tel. Co. v. John Hancock Mut. Life Ins. Co.*, 579 F. Supp. 1065 (N.D. Ga. 1982); *Joseph v. Doraty*, 144 N.E.2d 111 (Ohio Ct. App. 1957); ver también *Wagner v. Rainier Mfg. Co.*, 230 Or. 531, 371 P.2d 74 (1962) (el asentimiento “sujeto a los puntos que el abogado señaló” no es una aceptación). Pero, véase también *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584 (6th Cir. 1976) (error en fallar en el juicio sumario a favor del demandado aunque la condición era que el “acuerdo definitivo” sea “en la forma y fondo satisfactorio” a las partes y consejeros). Las cortes parecen no haber distinguido entre los consejeros internos y externos en tales casos, como no hay distinción alguna entre los ingenieros a sueldo y los arquitectos independientes en otros casos de “aprobación”.

¹²² Ver *Arnold Palmer Golf Co.*, 541 F.2d 584; *Zelazny v. Pilgrim Funding Corp.*, 41 Misc. 2d 176, 244 N.Y.S.2d 810 (Dist. Ct. 1963).

¹²³ *Zelazny*, 41 Misc. 2d at 182, 244 N.Y.S.2d at 817. En la práctica, sin embargo, es más probable que los abogados de las partes objeten el acuerdo antes que las partes mismas. Ver *451 Corp. v. Pension Sys. for Policemen & Firemen*, 310 N.W.2d 922, 925 (Minn. 1981) (donde el préstamo sujeto a la aprobación del abogado, discreción ampliada a la legalidad del acuerdo subyacente así como a la legalidad de documentos).

¹²⁴ En el caso *Pennsylvania Co. v. Wilmington Trust Co.*, 39 Del. Ch. 453, 460 n.2, 166 A.2d 726, 730 n.2 (Ch. 1960), apelación que fue rechazada en cuanto a la parte relevante, 40 Del. Ch. 1, 172 A.2d 63 (Ch. 1961), la corte rechazó el argumento que la obligación era ilusoria, pero relegó la discusión a una simple nota a pie de página. En el caso *Arnold Palmer Golf Co.*, la corte sostuvo que la sentencia sumaria no era apropiada pues no discutía el requisito de aprobación por parte del directorio. En el caso *American Cyanamid Co. v. Elizabeth Arden Sales Corp.*, 331 F. Supp. 597, 606 (S.D.N.Y. 1971), la corte negó la sentencia sumaria, sugiriendo que la provisión de adquisición estaba condicionada a la aprobación del directorio del comprador, dio a este “una opción irrevocable por un tiempo razonable”. Ver también *Alaska N. Dev., Inc. v. Alyeska Pipeline Serv. Co.*, 666 P.2d 33, 35 (Alaska 1983) (carta de intención de realizar la venta de los bienes “sujeta a una aprobación final del comité dueño” del vendedor), cert. denied, 464 U.S. 1041 (1984).

¹²⁵ En el caso *ConAgra, Inc. v. Cargill, Inc.*, 222 Neb. 136, 382 N.W.2d 576, (1986), la corte explicó que la “cláusula de “mejor esfuerzo” (...) no podía relevar (...) al directorio de su deber de actuar en pos de los mejores intereses de los accionistas”. *Ibid.* pp. 156, 382 N.W.2d at 588. Hasta el punto que este tipo de obligaciones fiduciarias limita a la parte a realizar un acuerdo preliminar más allá de los alcances del artículo.

obligadas, mientras aceptan la tarea, cuando se presente el litigio, de tomar decisiones difíciles si las partes han ejercitado la discreción de acuerdo con estándares del *fair dealing*.

En la Parte II pasaremos de los regímenes polares de la negociación y del acuerdo final a los regímenes intermedios que las partes pueden crear para sí mismos mediante acuerdos preliminares.

II. LOS REGÍMENES INTERMEDIOS

A. Tipos de acuerdos preliminares

Las partes que desean evitar algunas de las incertidumbres del régimen de la negociación sin trasladarse inmediatamente al régimen del acuerdo final, a menudo llegan a acuerdos preliminares. Utilizaré el término “acuerdo preliminar” para referirme a cualquier acuerdo, sea o no ejecutorio legalmente, que se haga durante las negociaciones en anticipación a un cierto acuerdo que será la culminación de las negociaciones¹²⁶. Estos acuerdos son particularmente comunes en situaciones en las cuales la inversión de por lo menos una de las partes llega a ser sustancial en lo referente al negocio; pero las partes no pueden escaparse del régimen de la negociación trasladándose al régimen del acuerdo final¹²⁷. Estos acuerdos preliminares tienen una variedad de nombres, incluyendo “cartas de intención”, “cartas de compromiso”, “binders”, “agreements in principle”, “memoranda of understanding” y “heads of agreements”¹²⁸.

Los acuerdos preliminares se pueden clasificar analíticamente en varios tipos. Los tipos no son exclusivos de cada uno y algunos de estos acuerdos son híbridos¹²⁹. Este artículo se refiere principalmente a dos tipos que alteran el régimen bajo el cual las partes negocian imponiendo regímenes intermedios entre los de las negociaciones y el acuerdo final. Ambos son de especial interés en las negociaciones en etapas con una división de responsabilidades entre los administradores y los abogados. Me referiré a esta estación de vías entre la negociación y el acuerdo final como “acuerdos con términos abiertos” y “acuerdos para negociar”.

Un acuerdo preliminar con términos abiertos precisa la mayoría de los términos del negocio y las partes se

obligan a estos términos. Las partes pretenden continuar negociando sobre otras materias para alcanzar el acuerdo en aquellos términos que se dejan abiertos, pero que estarán contenidos en el acuerdo final. Si el acuerdo con términos abiertos es ejecutorio, se puede imputar responsabilidad a una parte si el fracaso en llegar a un acuerdo sobre los términos abiertos se produce por el incumplimiento de esta parte de la obligación de negociar. Si, a pesar de la negociación continuada por ambas partes no se alcanza ningún acuerdo sobre los términos abiertos de modo que no se llega a un acuerdo final, las partes están obligadas por su acuerdo original y las otras materias se rigen por los términos que la corte proporcione. Un ejemplo común lo encontramos en el campo de las transacciones con propiedades inmobiliarias donde el vendedor y el comprador pueden obligarse mutuamente ejecutando un formulario simple llamado “earnest money agreement” o “deposit receipt” entendiéndose que se ejecutará un acuerdo más formal y elaborado que contenga los términos del acuerdo preliminar junto con otros por establecer¹³⁰. Otro ejemplo lo encontramos en el campo de las fusiones y adquisiciones donde la carta de intención firmada por la empresa adquiriente y la empresa adquirida que resume los puntos acordados es, a veces, un acuerdo con términos abiertos¹³¹. En resumen, si los administradores dejan las cosas en manos de los abogados bajo un acuerdo preliminar con términos abiertos, los administradores han obligado a las partes, incluso si los abogados después de negociaciones continuadas no pueden llegar a un acuerdo.

Un acuerdo preliminar para negociar también puede precisar los términos sustantivos específicos del acuerdo pero, en contraste con un acuerdo con términos abiertos, las partes no acuerdan estar obligadas a estos términos. En su lugar, se encargan de continuar con el proceso de la negociación para alcanzar un acuerdo final. Si el acuerdo para negociar puede ser ejecutivo, una parte será responsable por no alcanzar el acuerdo final, producto de un incumplimiento de obligación de negociar. Si, a pesar de la negociación seguida por ambas partes, no se llega a un acuerdo final, las partes no están atadas a ningún acuerdo. Un ejemplo común proviene del campo de fusiones y adquisiciones, donde la carta de intención firmada por la corporación adquiriente y la empresa

¹²⁶ Estrictamente, esto incluye un acuerdo de firmar un acuerdo último, cuyos términos ya han sido establecidos. Por ejemplo, *Morton v. Morton*, [1942] 1 All. E.R. 273 (P).

¹²⁷ El caso discutido en este Artículo se encuentra en conexión con el régimen de negociación que generalmente incluye acuerdos relativamente pequeños. Esto es consistente con la noción que en los grandes acuerdos los riesgos del régimen de negociación son normalmente establecidos en el acuerdo preliminar.

¹²⁸ El término “heads of agreement” es de origen inglés y es utilizado en los Estados Unidos, principalmente, en la industria petrolera. Tomado literalmente, este término incluye sólo los títulos de los párrafos. Ver, por ejemplo, *Morton*, [1942] 1 All. E.R. p. 274.

¹²⁹ Los ejemplos son recopilados en el Apéndice.

¹³⁰ Ver el Apéndice, Ejemplo 1.

¹³¹ Ver el Apéndice, Ejemplo 2.

adquirida a veces se suma a un acuerdo de negociar¹³². En resumen, si los administradores dejan las cosas en manos de los abogados bajo un acuerdo preliminar para negociar, los administradores no han obligado a las partes si los abogados después de las negociaciones seguidas no llegan a un acuerdo.

Sin embargo, muchos acuerdos preliminares no son de ninguno de estos tipos. Describiré algunos de éstos como “acuerdos para comprometerse a una transacción” y otros como “stop-gap agreements”.

Un acuerdo para comprometerse a una transacción implica un compromiso de una o ambas partes para hacer algo como: comprar, vender o prestar en el futuro. Como acuerdo final, no deja ninguno de los términos del negocio para ser negociado. Pero es preliminar en el sentido que anticipa un acuerdo final que será realizado más adelante. Tiene la ventaja que obliga a una o las dos partes a llevar acabo la transacción, pero pospone la preparación y la ejecución de los documentos necesarios y los gastos derivados de los mismos, como los honorarios de los abogados, indemnizaciones e impuestos. Un ejemplo común lo hallamos en el campo del financiamiento de bienes raíces donde, antes de que el prestamista otorgue el préstamo y el prestatario ejecute el contrato, el prestamista emite una carta de compromiso obligándolo a hacer el préstamo en términos específicos¹³³. Otro ejemplo que encontramos en el mismo campo ocurre cuando un prestamista permanente emite una carta de compromiso y acuerda comprar el préstamo de construcción antes que se inicie la construcción del proyecto¹³⁴. En ambos ejemplos, la carta de compromiso se entiende como definitiva de modo que ninguno de los términos adicionales del acuerdo quede por ser negociado. Aunque más documentos

deberán ser ejecutados, las partes están sujetas al régimen polar del acuerdo final. Así, los acuerdos para comprometerse a una transacción no imponen un régimen distintivo y no serán discutidos más adelante¹³⁵.

Un acuerdo *stop-gap* es un recurso temporal para gobernar la relación de las partes durante negociaciones adicionales. Es, como el acuerdo final, definitivo en el sentido que ninguno de sus propios términos queda por ser negociado¹³⁶, pero no contiene ninguno de los términos del negocio en sí mismo. La mayoría de los acuerdos *stop-gap* buscan un acuerdo final¹³⁷. Así, mientras que las partes están negociando un contrato para la construcción de un edificio, ellas pueden acordar que el contratista comenzará el trabajo¹³⁸, o mientras las partes están negociando una adquisición corporativa pueden convenir que el objetivo dirigirá su negocio en el curso ordinario y hará sus mejores esfuerzos para preservar su valor¹³⁹. Sin embargo, algunos acuerdos *stop-gap* contemplan el posible fracaso de las negociaciones. Así, mientras las partes están negociando un préstamo o una oferta de acciones, el prestatario o emisor anticipado pueden acordar pagar los honorarios del abogado y otros gastos del prestamista o del suscriptor si el negocio no es consumado¹⁴⁰. Debido a que las partes están sujetas al régimen de la negociación, los acuerdos *stop-gap* no imponen un régimen distintivo y no serán discutidos más adelante¹⁴¹.

Los acuerdos preliminares, cualquiera sea su tipo, raramente plantean preguntas bajo las reglas clásicas de la oferta y aceptación. Estos son más propensos a plantear cuestiones relativas al intento de obligarse¹⁴², inejecutabilidad sobre la base de la indeterminación¹⁴³, capacidad de los negociadores¹⁴⁴, la aplicación de la ley de fraudes¹⁴⁵, y la interpretación

¹³² Ver el Apéndice, Ejemplo 2.

¹³³ Ver el Apéndice, Ejemplo 3.

¹³⁴ Ver el Apéndice, Ejemplo 4.

¹³⁵ Aunque en la práctica este tipo de acuerdos son comúnmente pensados como “preliminares”, estos pueden ser considerados como últimos, con la ejecución de los documentos posteriores que suman a la ejecución.

¹³⁶ De hecho, las partes en este tipo de acuerdos, pueden incluir una cláusula de fusión que excluya negociaciones anteriores bajo la regla de la evidencia oral y una cláusula que precluya una modificación oral durante las modificaciones subsecuentes.

¹³⁷ A veces, por ejemplo, una cláusula de fusión “anticipada” es incluida siempre que el acuerdo final sea llevado a cabo, toda discusión anterior será fusionada dentro de este. Incluso, se puede estipular que los términos del acuerdo preliminar sobrevivan a la realización del acuerdo último. Es un tanto inverosímil que este tipo de estipulaciones puedan sobrevivir a subsecuentes acuerdo que choquen con el anterior.

¹³⁸ Ver, por ejemplo, *Saul Bass & Assocs. v. United States*, 505 F.2d 1386, 1392 (Ct. Cl. 1974) (carta de intención que permite que se comiencen los trabajos en el diseño de la exhibición del gobierno en la Feria Mundial de 1964 “en el que el desarrollo final estará sujeto a los detalles que se establezcan en el contrato”).

¹³⁹ Pueden también convenir que la corporación que adquiere puede comprar las acciones de la corporación objetivo, si un competidor amenaza con una toma de posesión hostil. Tales arreglos “lockup” del objetivo, tienen características, tanto de los acuerdos *stop-gap*, como de los acuerdos de comenzar una transacción.

¹⁴⁰ Además, es común que se intente una estipulación “sunset” para terminar la tarea, si que las negociaciones no han finalizado para cierta fecha.

¹⁴¹ Por supuesto que los acuerdos para negociar pueden, en cierto sentido, ser considerados acuerdos *stop-gap*, pero merecen un trato por separado y son discutidos posteriormente.

¹⁴² Por ejemplo, *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584 (6th Cir. 1976).

¹⁴³ Por ejemplo, *Peterson v. Conida Warehouses, Inc.*, 98 Idaho 883, 575 P.2d 481 (1978).

¹⁴⁴ Por ejemplo, *Chase v. Consol. Foods Corp.*, 744 F.2d 566 (7th Cir. 1984).

¹⁴⁵ Por ejemplo, *Green v. Interstate United Management Serv. Corp.*, 748 F.2d 827 (3d Cir. 1984) (la carta de intención no satisfacía el estatuto, pero los daños a la confianza fueron otorgados); *Southeastern Waste Treatment v. Chem-Nuclear Sys.*, 506 F. Supp. 944 (N.D. Ga. 1980) (la carta de intención no satisfacía el estatuto); *Opdyke Inv. Co. v. Norris Grain Co.*, 413 Mich. 354, 369, 320 N.W.2d 836, 842 (1982) (la carta de intención no satisfacía el estatuto, cuando era aplicada con “inteligencia y discriminación”).

del lenguaje¹⁴⁶. Sólo las dos primeras cuestiones serán consideradas en este artículo.

B. Acuerdo con términos abiertos

1. Naturaleza del régimen

Ya he señalado que se pueden presentar dos clases de obstáculos entre partes que pretenden llegar a un acuerdo final obligatorio. Si el obstáculo implica aguardar a la ocurrencia de acontecimientos externos, las partes le pueden hacer frente teniendo un acuerdo final que esté condicionado a esos acontecimientos¹⁴⁷. Si el obstáculo implica negociaciones adicionales, las partes le pueden hacer frente teniendo un acuerdo con términos abiertos. Esto sucede a menudo cuando existe una división de responsabilidades entre los administradores y los abogados.

Un acuerdo con términos abiertos tiene dos consecuencias. Primero, impone el deber de llevar a cabo el negocio, aun si las partes no son capaces de llegar a un acuerdo sobre los términos abiertos. En segundo lugar, impone una obligación general de *fair dealing* en la negociación de los términos abiertos. Un acuerdo con términos abiertos puede ser preliminar o final. Si las partes anticipan que cuando lleguen a un acuerdo sobre los términos, ejecutarán otro, entonces el acuerdo con términos abiertos es preliminar. Si no anticipan otro acuerdo, el acuerdo con términos abiertos es final. Que las partes lleguen a un acuerdo con términos abiertos, preliminar o final, depende de si se han propuesto estar obligadas incluso si no pueden convenir sobre los términos abiertos.

Un ejemplo simple es un acuerdo para la venta de mercancías que deja el precio abierto para ser determinado más adelante por las partes. Bajo el Uniform Commercial Code hay dos interpretaciones posibles. Si las "partes... lo determinan", el acuerdo es vinculante. Así, si las negociaciones sobre el precio fracasaran, una corte proporcionará los términos de éste —"un precio razonable al momento de la entrega"¹⁴⁸. Sin embargo, si "las partes tienen la intención de no estar obligadas a menos que el precio sea fijado o convenido", el acuerdo no es vinculante¹⁴⁹. Así, si las negociaciones sobre el precio fracasaran,

ninguna de las dos partes está obligada. En la situación anterior hay un acuerdo vinculante con un término abierto sobre el precio; en la situación posterior, no hay acuerdo vinculante.

El caso *Borg-Warner Corp. vs. Anchor Coupling Co.*¹⁵⁰ comprendió un acuerdo preliminar con términos abiertos. Después de la negociación de Borg-Warner sobre la posible adquisición de Anchor, Borg-Warner escribió una carta a Anchor proponiendo que le den una opción de compra con términos establecidos. Los funcionarios principales de Anchor, Conroy y Fritsch, enviaron una carta de intención indicando su renuencia a concederles una opción y proponiendo, en su lugar, la venta de Anchor en los mismos términos, con cuatro excepciones, dos de las cuales tendrían que ser negociadas. Éstas consistían en que Borg-Warner asegure adecuadamente "... la retención del personal ejecutivo de nivel inferior" y llegar a "acuerdos mutuamente satisfactorios (...) para el empleo continuado" de Conroy¹⁵¹. Borg-Warner consintió a esta propuesta después de que Conroy y Fritsch les garantizaron que era una oferta y que los términos abiertos eran "detalles de poca importancia", que las partes "estarían obligadas a solucionar de buena fe y de una manera razonable"¹⁵². Cuando Anchor se rehusó a ejecutar el acuerdo alegando que no había contrato porque las partes habían fracasado en llegar a un acuerdo sobre términos materiales, Borg-Warner solicitó la ejecución específica o los daños y perjuicios.

La Corte Suprema de Illinois sostuvo que la corte de primera instancia erró al rechazar el reclamo, que una corte pudo encontrar un contrato obligatorio y que el acuerdo preliminar era suficientemente definitivo, incluso como para una ejecución específica.

Si las partes no pueden convenir sobre la prueba de los actuales términos de empleo de Conroy, el valor de compensación vigente, otros términos de empleo de personas en una posición similar, en negocios similares y de prácticas anteriores establecidas en Anchor, esto permitiría que una corte o un jurado fijen los términos razonables de empleo¹⁵³.

La Corte pudo haber agregado que las partes estarían obligadas, por los mismos términos de su acuerdo, a

¹⁴⁶ Ver, por ejemplo, los casos citados en las notas 309-310, *infra*.

¹⁴⁷ Ver notas 109-125 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁴⁸ U.C.C. § 2-305(1) (1978).

¹⁴⁹ U.C.C. § 2-305(4) (1978).

¹⁵⁰ 16 Ill. 2d 234, 156 N.E.2d 513 (1958). La decisión es criticada por KNAPP. Nota 2. p. 714-716 *supra*.

¹⁵¹ BORG-WARNER. 16 Ill. 2d p. 238, 156 N.E.2d. p. 515.

¹⁵² Id. p. 239, 156 N.E.2d p. 515.

¹⁵³ Id. at 245, 156 N.E.2d at 518-19; ver también *Mid-Continent Tel. Corp. v. Home Tel. Co.*, 319 F. Supp. 1176, 1183 n.3 (N.D. Miss. 1970) (el contingente del acuerdo sobre resolver "un arreglo mutuamente satisfactorio para el empleo continuado de cierto personal de gerencia" se consideró ejecutable).

procurar llegar a éste “de buena fe y de una manera razonable”¹⁵⁴. De hecho, puesto que éste es un deber que ahora generalmente se impone a las partes de un contrato, una promesa explícita ya no es necesaria, aunque pocas cortes han reconocido esto. Cualquier parte de un acuerdo con términos abiertos está sujeta a una obligación general de *fair dealing* en la negociación de esos términos¹⁵⁵.

Por el incumplimiento de este deber, la parte que incumple será objeto de una demanda por daños a la confianza. Sin embargo, mientras el acuerdo sea ejecutado, no se contará la pérdida de oportunidades en esos daños. Pero el incumplimiento puede tener una consecuencia aún más importante que simplemente otorgar el derecho al resarcimiento por los daños. Debido al concepto de condiciones constructivas de intercambio, el cumplimiento del deber de negociar de buena fe por una parte es una condición de todos los deberes de la otra parte. Si se materializa el incumplimiento del deber de negociar de buena fe, se justifica que la otra parte se niegue a actuar bajo los términos del acuerdo; y si el incumplimiento no se subsana, terminando el acuerdo en sí, y demandando por los daños por incumplimiento total del acuerdo, los daños por tal incumplimiento estarán basados en la expectativa de la parte dañada bajo los términos del acuerdo, y no estarán limitados a las pérdidas de la confianza. Y la parte afectada, tendrá derecho a la restitución, por ejemplo, si se realizó un pago parcial¹⁵⁶. Si un incumplimiento determinado es bastante serio para ser tratado como un incumplimiento total, dependerá de las circunstancias específicas, incluyendo la importancia de los términos dejados para la

negociación. Aunque, sólo en casos excepcionales, un incumplimiento de la obligación de *fair dealing*, será suficientemente serio para tratarse como un incumplimiento total, con más frecuencia se justificará una demanda por el cumplimiento del contrato. La posibilidad de tales sanciones, por el fracaso de una negociación justa, no puede ser ignorada por las partes en el curso de las negociaciones.

2. Ejecutabilidad del acuerdo

Pueden presentarse dos tipos de problemas cuando se le pide a una corte que haga cumplir un acuerdo preliminar con términos abiertos. El primero es el referido a la indeterminación. El asunto crítico generalmente radica en identificar si hay un “fall-back standard” comparable al “precio razonable del código”, “que es adecuado para permitir a una corte proveer el término abierto, si las negociaciones fracasan”¹⁵⁷. Por ejemplo, cuando un arrendamiento otorga al arrendatario una opción para renovar a una renta que se acordará con el arrendador, las cortes han discrepado si una “renta razonable” es un estándar adecuado de *fall-back*. La tendencia, sin embargo, está claramente en la dirección indicada por el código. Así, la mayoría de las cortes han concluido que una renta razonable –asistida quizás por referencias explícitas a circunstancias tales como las “condiciones del negocio”– es adecuada¹⁵⁸, si bien algunas cortes han llegado a una conclusión contraria¹⁵⁹.

Fuera de la dificultad planteada por los términos abiertos en sí mismos, el problema de la indeterminación suscitado por los acuerdos preliminares

¹⁵⁴ 16 Ill. 2d at 239, 156 N.E.2d at 515. Para un caso en el cual se aplica la ley de Illinois, en el cual la corte sostuvo que un acuerdo de realizar los contratos “que incorporaban los términos y las condiciones antedichos dentro de limitaciones razonables” imponía un deber para negociar con buena fe, ver *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.*, 416 F. Supp. 224, 239 (N.D. Ill. 1976).

¹⁵⁵ En uno de los pocos casos en los que se reconoce esto, el juez Weinfeld del distrito meridional de Nueva Cork, sostuvo que los prestatarios eran responsables, por no haber cumplido con el deber de negociar con buena fe.

Obviamente, la carta de compromiso no contenía, y las partes así lo entendían, los términos finales y definitivos que debían ser incorporados en los documentos de cierre. Ambas partes estaban obligadas a negociar con buena fe con respecto de los documentos de cierre necesarios para consumar la transacción. *Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am. v. Butler*, 626 F. Supp. 1229, 1232 (S.D.N.Y. 1986); ver también *Eckles v. Sharman*, 548 F.2d 905, 909 (10th Cir. 1977) (*dictum*) (el contrato es ejecutable si “ha sido negociado sobre todos los puntos y lo que en este quede haya sido producto de negociaciones con buena fe o sobre la elaboración de términos no esenciales”); *Donwin Prods. v. EMI Films, The London Times*, Mar. 9, 1984, p. 21, col. 6 (Q.B. Mar. 2, 1984) (“tendría que ser, por una implicación necesaria, un término por el cual, las partes acordaran negociar con buena fe el resto de los términos del contrato”).

¹⁵⁶ Ver Apéndice, Ejemplo 1.

¹⁵⁷ Para ejemplos sobre casos en los cuales las cortes hayan proveído los términos dejados abiertos por las partes, ver *Purvis v. United States*, 344 F.2d 867 (9th Cir. 1965) (\$ 9300 objeto en una construcción millonaria); *American Cyanamid Co. v. Elizabeth Arden Sales Corp.*, 331 F. Supp. 597 (S.D.N.Y. 1971) (la corte proveyó varios términos dejados abiertos en una carta de acuerdo para la venta de activos corporativos); ver también *City Stores Co. v. Ammerman*, 266 F. Supp. 766, 778 (D.D.C. 1967) (la corte concedió el funcionamiento específico del contrato de opción para comenzar el arriendo, indicando que “si las partes no son capaces de alcanzar, de buena fe, un acuerdo sobre ciertos detalles, la corte designará a una persona especial que los ayude a conciliar sus diferencias, a menos que prefieran voluntariamente someter su desacuerdo al arbitraje”), *aff'd*, 394 F.2d 950 (D.C. Cir. 1968). Sobre el derivar de términos “subsidiarios” de los “básicos”, ver EISENBERG. “Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking”. 89 Harvard Law Review. 1976. p. 637, 669-672.

¹⁵⁸ Ver, por ejemplo, *Los Angeles v. Superior Court*, 51 Cal. 2d 423, 333 P.2d 745 (1959); *Family Medical Bldg. v. Department of Social & Health Servs.*, 104 Wash. 2d 105, 702 P.2d 459 (1985) (*en banc*); ver *Schmieder v. Standard Oil Co.*, 69 Wis. 2d 419, 420, 425, 230 N.W.2d 732, 733, 736 (1975) (“ese tipo de depreciación que sobre la cual se podía acordar de manera mutua” fue “una depreciación razonable” en la cual las partes no podían ponerse de acuerdo).

¹⁵⁹ Por ejemplo, *Walker v. Keith*, 382 S.W.2d 198 (Ky. 1964). La Cámara de Comercio Internacional ha promulgado las reglas para la regulación de las relaciones contractuales que prevén la cita de una tercera persona cuya tarea sea completar un acuerdo incompleto ya sea por una recomendación o por una decisión obligatoria, como las partes ha proveído. Ver *Adaptation of Contracts* (ICC pub. no. 326, 1978). No ha habido una experiencia que se adecue a estas reglas aún.

con términos abiertos, no difiere significativamente del planteado por acuerdos finales con términos abiertos. La tolerancia judicial de condiciones en acuerdos finales se extiende a los acuerdos preliminares. Ninguna corte se ha negado a hacer cumplir un acuerdo con términos abiertos sobre el fundamento que el estándar de *fair dealing* impuesto a las partes en la negociación de esos términos es demasiado indefinido.

Sin embargo, la gran cantidad de litigios que involucra la ejecutabilidad de acuerdos preliminares con términos abiertos no ha implicado el problema de la indeterminación. En su lugar, ha involucrado, como lo hizo el caso de Borg-Warner, el problema del intento. Este problema es particularmente complicado cuando el acuerdo es preliminar en vez de final, porque la anticipación de las partes de un acuerdo posterior invita a debatir que estas no tienen el propósito de estar obligadas si fracasan en convenir los términos abiertos. La controversia más notoria de este tipo, es la concerniente al cumplimiento del acuerdo preliminar entre Pennzoil y Getty, en la cual el interés surge por la acción de Pennzoil en contra Texaco, por interferencia ilícita, en el contrato que Pennzoil reclamaba tener con Getty¹⁶⁰.

De hecho, para las partes que no desean quedar atadas a un acuerdo preliminar es muy simple señalarlo¹⁶¹, y las cortes generalmente han respetado tales disposiciones en los "pactos de caballeros"¹⁶². Frases como "no vinculante hasta que el acuerdo final sea ejecutado" serán suficientes¹⁶³ y algunas veces son

utilizadas en cartas de intención sobre fusiones y adquisiciones, y en la suscripción de acciones¹⁶⁴. Si bien esto podría argumentar por que se tomen a los acuerdos preliminares como vinculantes en la ausencia del tal lenguaje, las cortes encuentran difícil ignorar la circunstancia de que el acuerdo es preliminar.

Existen razones por las cuales las partes en una negociación podrían tomarse la molestia de llegar a un acuerdo preliminar, aunque no se propongan estar obligadas por él. Como ya he señalado, las negociaciones importantes involucran un proceso gradual, en el cual los acuerdos son alcanzados fragmentariamente¹⁶⁵. Esto es verdad, por ejemplo, en el campo de fusiones y adquisiciones¹⁶⁶. Normalmente las partes esperan que un registro de los entendimientos a los que han llegado en una etapa particular facilitará negociaciones futuras. Tal registro puede prevenir malentendidos, sugerir las fórmulas para alcanzar acuerdos posteriores y proporcionar una base para la redacción de un texto definitivo. Las partes también pueden esperar que informará a otros sobre el progreso de las negociaciones. Puede ser de interés para los trabajadores o accionistas de las partes negociadoras, y para terceros, tales como futuros prestamistas e inversionistas¹⁶⁷. Por lo menos una parte puede esperar que éste realce su posición en negociaciones futuras. Además, puede hacerse más difícil para la otra parte retirar concesiones, especialmente si se han dado a conocer a los futuros prestamistas y a los inversionistas, y más desventajoso para que la otra parte permita que las negociaciones

¹⁶⁰ Ver *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, 626 F. Supp. 250 (S.D.N.Y.), *aff'd in part and rev'd in part*, 784 F.2d 1133 (2d Cir. 1986), *rev'd*, 55 U.S.L.W. 4457 (U.S. Apr. 6, 1987); *Pennzoil Co. v. Getty Oil Co.*, No. 7425 (Civ.) (Del. Ch. Feb. 6, 1984) (LEXIS, States Library, Del file); *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, No. 01-86-0216-CV (Tex. Ct. App. Feb. 12, 1987) (LEXIS, States Library, Tex file); T. PETZINGER "Oil & Honor: The Texaco-Pennzoil Wars". 1987.

¹⁶¹ Ver *Hollywood Plays, Inc. v. Columbia Pictures Corp.*, 77 N.Y.S.2d 568, 575 (Sup. Ct. 1947) (si una de las partes quisieran hacer de un acuerdo formal una condición de obligación contractual "le habría sido simple lograrlo), *aff'd*, 274 A.D.2d 912, 83 N.Y.S.2d 302 (App. Div. 1948), *rev'd* bajo otros supuestos, 299 N.Y. 61, 85 N.E.2d 865 (1949).

¹⁶² Un caso inglés clásico es *Rose & Frank Co. v. J. R. Crompton & Bros.*, [1923] 2 K.B. 261, 262 (C.A.) (el acuerdo de distribución contenía una cláusula de compromiso honorable, que señalaba que no era ni un acuerdo "formal ni legal"), *rev'd* on other grounds, [1925] App. Cas. 445 (1924).

¹⁶³ *Dunhill Sec. Corp. v. Microthermal Applications, Inc.*, 308 F. Supp. 195, 197 (S.D.N.Y. 1969) (la carta de intenciones del suscriptor que indica que "no hay intención de crear ninguna responsabilidad u obligación de cualquier naturaleza entre las partes"); *Pepsico, Inc. v. W.R. Grace & Co.*, 307 F. Supp. 713, 715 (S.D.N.Y. 1969) (carta que confirma "el acuerdo principal (...) sujeto a la negociación y ejecución de un acuerdo de compra de mutua satisfacción [para controlar las acciones del accionista mayoritario] y ninguna de las partes estará legalmente obligada (...) salvo y hasta que este acuerdo sea ejecutado y entregado").

¹⁶⁴ Ver Apéndice, Ejemplos 2 y 6. Por supuesto una disposición inequívoca que un acuerdo preliminar vinculante también será honrado. Así la carta de compromiso de un prestamista puede que recite que cuando se reciba una copia ejecutada junto con los honorarios del compromiso, "esta compromiso constituirá un contrato." Asimismo, los acuerdos preliminares a veces señalan que el acuerdo no es vinculante a excepción de las provisiones *stop-gap* especificadas (por ejemplo, en lo que concierne el reembolso de costes) que serían vinculantes. Puede ser menos probable de ocurrir, a que las partes sean explícitas sobre su intención de estar vinculadas que sobre su intención de no estarlo.

¹⁶⁵ Ver *Opdyke Inv. Co. v. Norris Grain Co.*, 413 Mich. 354, 360, 320 N.W.2d 836, 838 (1982) ("las partes pueden haber tenido la intención de ejecutar una serie de contratos cada vez más detallados, mientras el proyecto progresa"); R. Fisher & W. Ury, nota 1, at 72-73 supra (que sugiere que las partes pueden "fraccionar el problema en pequeñas, pero más manejables unidades"); F. IKLE. "How Nations Negotiate". 1964. p. 215. ("Naciones amigas a veces usan un proceso de dos etapas para llegar a puntos de acuerdo (...) [P]rimero llegan a un acuerdo sobre el marco de amplios objetivos y principios. Luego, deducen puntos de acuerdos detallados de este marco aplicando métodos de de razonamiento mutuamente aceptados..."); ver también J. FREUND. "Anatomy of a Merger". 1975. p. 72. (Freund describe un "un "no-acuerdo en principio", un documento que recita el hecho que las partes han estado discutiendo un acuerdo pero no han llegado a un punto en común aún. Este documento después lista los puntos abiertos").

¹⁶⁶ Ver Apéndice, Ejemplo 2.

¹⁶⁷ Ver R. PORTER. "The U.S.-U.S.S.R. Grain Agreement" 1984. p. 89. (que discute el infructuoso intento americano de llegar a un acuerdo sobre petróleo con la Unión Soviética en relación a la negociaciones sobre maíz de 1975: "Poco dispuesto a aceptar públicamente el fracaso de llegar a un acuerdo sobre petróleo, Robinson [Under Secretary of State for Economic Affairs] obtuvo una carta de intención de los soviéticos sobre las negociaciones sobre petróleo, pero que no hacía referencia a, o implicaba, un precio con descuento").

fracasen, especialmente si la perspectiva de éxito se ha hecho pública. Los acuerdos preliminares no vinculantes se utilizan, por ejemplo, en las fusiones y adquisiciones¹⁶⁸ y en la suscripción de acciones¹⁶⁹. De hecho, el juez Friendly afirmó que “bajo una visión acorde con las realidades de la vida empresarial, allí no habría contrato alguno (...) hasta que el documento sea firmado y entregado”¹⁷⁰.

Entre dos argumentos rivales, las cortes han sido renuentes en encontrar cualquiera que no sea el lenguaje más claro. Si bien se dice con frecuencia que una mera referencia en un acuerdo preliminar hacia un “acuerdo formal a seguir”, puede ser cierta evidencia de que las partes no quisieron atarse al acuerdo preliminar¹⁷¹; se dice también con frecuencia que esto no lo demuestra concluyentemente¹⁷². Y aunque las cortes rechazan las afirmaciones que con la mera designación de un acuerdo preliminar como “carta de intención” o “memorando de

entendimiento” pretenden privarlo del efecto obligatorio¹⁷³, pueden encontrar persuasivo el hecho que un documento elaborado por los abogados sea titulado como “memorando de entendimiento”, en vez de “acuerdo de establecimiento” o “contrato”¹⁷⁴. Sería difícil encontrar un área del Derecho de contratos menos previsible. Casi un siglo atrás, la Corte Suprema de Maine lamentó que “la solución de la interrogante es con frecuencia difícil, dudosa y a veces insatisfactoria”¹⁷⁵. Unos cincuenta años atrás, Llewellyn seleccionó las reglas que gobiernan este tipo de conflictos para ilustrar que “las reglas aceptadas al respecto o nuestra jurisprudencia carece por completo de (...) significado” cuando se aplican a los hechos¹⁷⁶.

En casos dudosos, las cortes han examinado muchos factores pero ninguno es decisivo por sí solo¹⁷⁷. Con frecuencia, la decisión final se deja a la apreciación de los hechos. Las cortes muestran una preocupación especial sobre el alcance en que se descifran los

¹⁶⁸ Ver Apéndice, Ejemplo 2.

¹⁶⁹ Ver Apéndice, Ejemplo 6.

¹⁷⁰ *International Telemeter Corp. v. Teleprompter Corp.*, 592 F.2d 49, 57-58 (2d Cir. 1979) (opinión concurrente). El juez Friendly que este no era el punto de vista de las cortes de Nueva York o del *Restatement (Second) of Contracts*. El favorecía la regla por la cual se requería, por lo menos, “una clara y convincente prueba” de que las partes querían estar vinculadas antes de que el documento fuera firmado y entregado. Id. at 58. La concurrencia del juez Friendly’s en *International Telemeter* fue citada con su aprobación en *Precision Testing Laboratories, Ltd. v. Kenyon Corp. of Am.*, 644 F. Supp. 1327, 1342 (S.D.N.Y. 1986) (“una parte debe ser libre de negociar cándidamente, segura en su conocimiento de que no estará vinculada hasta la ejecución del documento que todas las partes consideren final”). Sin embargo, véase *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.*, 416 F. Supp. 224, 239 (N.D. Ill. 1976) (que concluye sobre la base de “la costumbre y el uso en el comercio de bienes raíces” que si una carta de acuerdo ha sido intencionada como no vinculante esta debió haber contenido “una expresa negación que señalara que las partes no tenían la intención de estar vinculadas hasta que un documento más formal [fuera] completado y ejecutado”).

¹⁷¹ Por ejemplo, *Mississippi & Dominion S.S. Co. v. Swift*, 86 Me. 248, 259, 29 A. 1063, 1067 (1894).

¹⁷² Por ejemplo, *V'Soske v. Barwick*, 404 F.2d 495 (2d Cir. 1968), cert. denied, 394 U.S. 921 (1969); *Sanders v. Pottlitzer Bros. Fruit Co.*, 144 N.Y. 209, 39 N.E. 75 (1894); ver también *Restatement (Second) of Contracts* § 27 (1981) (el efecto obligatorio del acuerdo no es imposibilitado por la manifestación de las partes para adoptar una subsecuente minuta del acuerdo). Para una de muchas tentativas inútiles en la sintetización de tales declaraciones, vea *In re Municipal Consultants & Publishers, Inc. v. Town of Ramapo*, 47 N.Y.2d 144, 148, 390 N.E.2d 1143, 1144, 417 N.Y.S.2d 218, 219-20 (1979) (“Generalmente donde las partes contemplan que una escritura firmada es requerida, no hay contrato hasta que se entrega uno (...) Esta regla se ve rendida, sin embargo, cuando las partes han convenido en todos los términos contractuales y tienen solamente que escribirlos”).

Las cortes inglesas han sostenido que frases como “sujeto a un contrato formal” es suficiente para impedir que un acuerdo preliminar sea ejecutable. *Winn v. Bull*, 7 Ch. D. 29, 29 (M.R. 1877) (“sujeto a la preparación y aprobación de un contrato formal”); ver G. TREITEL. “The Law of Contract”. 6ta Edición. 1983. p. 43-44. Por otro lado, la cortes americanas se ha rehusado a señalar estas frases como dispositivos. Por ejemplo, *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584, 592 (6th Cir. 1976) (“sujeto a (...) la preparación de un acuerdo definitivo”); *Field v. Golden Triangle Broadcasting*, 451 Pa. 410, 417, 305 A.2d 689, 693 (1973) (“sujeto a un acuerdo sobre un contrato formal”), cert. denied, 414 U.S. 1158 (1974).

¹⁷³ Por ejemplo, *Karson v. Arnov*, 32 Misc. 2d 499, 224 N.Y.S.2d 891 (Sup. Ct. 1962) (“memorandum de entendimiento”); *APCO Amusement Co. v. Wilkins Family Restaurants of Am., Inc.*, 673 S.W.2d 523 (Tenn. Ct. App. 1984) (“carta de intención”).

¹⁷⁴ Por ejemplo, *Hill v. McGregor Mfg. Corp.*, 23 Mich. App. 342, 345, 178 N.W.2d 553, 555 (Ct. App. 1970).

En muchos casos las cortes han examinado el grado de formalidad en el uso de la terminología legal. *Arnold Palmer Golf Co.*, 541 F.2d at 589 (las obligaciones “son todas descritas en términos incompetentes como “van” e “ir”); *Pennsylvania Co. v. Wilmington Trust Co.*, 39 Del. Ch. 453, 463, 166 A.2d 726, 732 (Ch. 1960) (“uno inmediatamente se pregunta porque la carta fue expresa en efecto en los términos oferta y aceptación de la propiedad identificada por un precio acordado si no iba a tener significado legal”), la apelación fue rechazada en la parte relevante, 40 Del. Ch. 1, 172 A.2d 63 (Ch. 1961); *Hill*, 23 Mich. App. at 345, 178 N.W.2d at 555 (el escrito preparado por lo abogados no usaba “el típico lenguaje formal de un contrato” y era “tan precipitado (...) que nos convenció que no era intención de las partes” vincularse); *Reynolds Aluminum Co. v. Multnomah County*, 206 Or. 602, 615, 287 P.2d 921, 927 (1955) (encontramos palabras en presente, no en futuro, como “el vendedor por este acto vende” y “el comprador por este acto compra”), cert. denied, 350 U.S. 970 (1956); *Field*, 451 Pa. at 417, 305 A.2d at 693 (“la carta de acuerdo en sí misma, por los términos usados [que la describe como una oferta], la formalidad y extraordinario cuidado en su ejecución, indica que los firmantes tenía la intención de vincularse por un contrato ejecutable”), cert. denied, 414 U.S. 1158 (1974); *APCO Amusement Co.*, 673 S.W.2d at 528 (“el instrumento habla a través de palabras como “acuerda”, “aceptación” y “acepta” [y] ha sido fechado y firmado”); *Branca v. Cobarro* [1947] K.B. 854, 856 (C.A.) (“la palabra “Acuerdo” es usada para describir el documento”). Los términos como “oferta” y “aceptación” tienden a ser invocados cuando las negociaciones han sido correspondidas. Ver, por ejemplo, *V'Soske*, 404 F.2d at 499, en el cual la corte encontró que la carta era en realidad una oferta, id., mientras que el juez en desacuerdo argumentó que el juez del distrito encontró “que las partes aquí (...) han empezado nada más que las negociaciones preliminares” no era algo erróneo, id. at 500 (Lumbard, C.J., dissenting).

¹⁷⁵ *Mississippi & Dominion S.S. Co. v. Swift*, 86 Me. 248, 259, 29 A. 1063, 1067 (1894).

¹⁷⁶ Llewellyn, *On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance* (pt. 1), 48 Yale L.J. 1, 13 (1938).

¹⁷⁷ Una lista popular es la que se encuentra en *Mississippi & Dominion S.S. Co.*, 86 Me. at 259, 29 A. at 1067: si el contrato es de esa clase que generalmente se dan por escrito; si es de tal naturaleza en cuanto a necesidad de una redacción formal para expresión completa; si tiene pocos o muchos detalles; si la cantidad implicada es grande o pequeña; si es un contrato común o inusual; si las negociaciones mismas indican que un bosquejo escrito está contemplado como la conclusión final de las negociaciones. Esta lista es incorporada en el *Restatement (Second) of Contracts* § 27 comment c (1981). Para otra lista, ver *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*, 777 F.2d 78 (2d Cir. 1985).

términos. A pesar de que una escritura puede no ser tan indefinida como para ser inaplicable, la indeterminación –como la falta de cualquier disposición para un *fall-back* estándar– puede sugerir que las partes no se propusieron estar limitadas hasta que un acuerdo final fuera ejecutado¹⁷⁸. El grado de determinación esperado dependerá de la magnitud y de la complejidad de la transacción y de lo que generalmente se hace en transacciones similares¹⁷⁹. Se ha dicho que el fracaso en descifrar los términos usuales demuestra que las partes no se propusieron estar obligadas¹⁸⁰, pero tal inferencia parece injustificada si no hay indicación de que esos términos iban a ser tema de negociaciones adicionales¹⁸¹. De hecho, si el contrato es común y el asunto es suficientemente usual para ser provisto por una corte, se podría llegar a una inferencia opuesta¹⁸².

Las cortes también son influenciadas por las circunstancias, tales como la clase de partes

involucradas¹⁸³, la importancia del negocio¹⁸⁴, y sobretodo la naturaleza de la transacción¹⁸⁵. Ocasionalmente, éstas están citadas en el acuerdo en sí; sin embargo, generalmente deben ser mostradas por prueba externa¹⁸⁶. Así, por ejemplo, cuando los administradores han realizado un acuerdo preliminar, antes de derivar los asuntos a los abogados, la evidencia externa es generalmente crítica en determinar si el alcance de la responsabilidad del abogado es inconsistente con la ejecutabilidad¹⁸⁷.

Si las partes han negociado mutuamente, anteriormente en transacciones similares que implicaban acuerdos preliminares, el curso previo de las negociaciones puede alumbrar su intención¹⁸⁸. También se le puede dar gran peso al comportamiento de las partes después de llegar al acuerdo preliminar. Aun si no es repetido de tal manera que equivalga a un “course of performance” o a la “construcción

¹⁷⁸ Ver *Joseph Martin, Jr., Delicatessen, Inc. v. Schumacher*, 52 N.Y.2d 105, 111, 417 N.E.2d 541, 544, 43 N.Y.S.2d 247, 249-50 (1981); *Restatement (Second) of Contracts* § 33(3) (1981).

¹⁷⁹ *Banking & Trading Corp. v. Floete*, 257 F.2d 765 (2d Cir. 1958); *ABC Trading Co. v. Westinghouse Elec. Supply Co.*, 382 F. Supp. 600 (E.D.N.Y. 1974).

¹⁸⁰ *Plumbing Shop, Inc. v. Pitts*, 67 Wash. 2d 514, 408 P.2d 382 (1965).

¹⁸¹ El punto es puesto de esta manera en *Berg Agency v. Sleepworld-Willingboro, Inc.*, 136 N.J. Super. 369, 346 A.2d 419 (Super. Ct. App. Div. 1975).

El factor dominante no es la ausencia de una empresa contractual que se puede incluir normalmente por los contratantes en una transacción similar. Es realmente el intento de las partes particulares implicadas en la transacción en el tema. Asimismo, la presencia o la ausencia de las provisiones contractuales esenciales es un elemento en el evidente panorama subyacente para encontrar un efectivo intento y ejecutabilidad. *Id.* at 377, 346 A.2d at 424; accord 1130 *President Street Corp. v. Bolton Realty Corp.*, 300 N.Y. 63, 89 N.E.2d 16 (1949).

¹⁸² Ver, por ejemplo, *Larwin-Southern Cal., Inc. v. JGB Inv. Co.*, 101 Cal. App. 3d 626, 641, 162 Cal. Rptr. 52, 60 (Ct. App. 1979).

¹⁸³ *Banking & Trading Corp.*, 257 F.2d at 770 (ya que una de las partes era una agencia gubernamental sujeta a una investigación y auditoria, “era importante que cuando entrara en relaciones contractuales sus derechos y obligaciones legales sean definidas claramente”); *Stanton v. Dennis*, 64 Wash. 85, 89, 116 P. 650, 651 (1911) (“Ambas partes eran hombres de habilidad y experiencia, y es poco probable que si ellos hubieran querido que el escrito sea un contrato completo (...) hubieran proveído solemnemente (...) un acuerdo posterior”).

¹⁸⁴ *Skycorn Corp. v. Telstar Corp.*, 813 F.2d 810, 816 (7th Cir. 1987) (“Cuando el proceso de transferencia de una corporación a gran escala está en plena realización (...) la corte respetará cualquier evidencia que sólo un contrato formal es vinculante; cuando una simple transacción para el arrendamiento de una máquina es el tema” la corte esta más dispuesta a encontrar que “la carta de acuerdo es vinculante”); *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257 (2d Cir.) (“la magnitud y complejidad del acuerdo se ve reflejado en los numerosos borradores del contrato (...) refleja la necesidad empresarial de detallar todos lo compromisos de las partes en documentos definitivos”), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984).

Una corte puede insistir que las partes no deben considerarse vinculadas oralmente en “en acuerdo estructurado, multi-facético de gran magnitud”. *Songbird Jet Ltd. v. Amax Inc.*, 605 F. Supp. 1097, 1102 (S.D.N.Y.) (venta de un jet de US\$ 9 millones), aff’d, 779 F.2d 39 (2d Cir. 1985); accord *R.G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co.*, 751 F.2d 69 (2d Cir. 1984) (franquicia de 20 restaurantes); *Michigan Broadcasting Co. v. Shawd*, 352 Mich. 453, 90 N.W.2d 451 (1958) (venta de acciones de una estación de radio por US\$ 230,000). Sin embargo, la cortes han señalado que acuerdo preliminares orales pueden ser vinculantes en transacciones substanciales. Por ejemplo, *Chedd-Angier Prod. Co. v. Omni Publications Int’l, Ltd.*, 756 F.2d 930, 934 (1st Cir. 1985) (manteniendo el veredicto del jurado en un “caso cerrado” que involucraba la producción de una serie de televisión); *Lambert Corp. v. Evans*, 575 F.2d 132 (7th Cir. 1978) (venta de la línea de productos por US\$ 20,000 más el costo de inventario).

¹⁸⁵ Algunas cortes se han inclinado hacia el requerir de escritos firmados para cierto tipo de transacciones. Por ejemplo, *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*, 777 F.2d 78, 83 (2d Cir. 1985) (acuerdo de conciliación); *Genesco, Inc. v. Joint Council 13, United Shoe Workers*, 341 F.2d 482, 486 (2d Cir. 1965) (negociación colectiva); *Bugg v. Bugg*, 272 S.C. 122, 125-26, 249 S.E.2d 505, 507 (1978) (acuerdo de separación matrimonial). Sin embargo, véase *ABC Trading Co. v. Westinghouse Elec. Supply Co.*, 382 F. Supp. 600, 603 (E.D.N.Y. 1974) (mientras que “muchos acuerdo de conciliación son de hecho concluidos oralmente [debido] a sus relativa poco complicada naturaleza (...) la naturaleza involucrada en este acuerdo instantáneo excluye este tipo de aproximaciones”).

¹⁸⁶ Para el ejemplo de un recital, ver *Brassteel Mfg. Co. v. Mitsubishi Int’l Corp.*, 21 Misc. 2d 343, 345, 192 N.Y.S.2d 200, 202 (Sup. Ct. 1959) (el acuerdo preliminar recitaba que “serviría como nuestra comprensión hasta que el acuerdo formal fuera elaborado por nuestro abogado”). Si se ofrece la evidencia extrínseca, una pregunta entonces se presenta en cuanto al efecto de la regla verbal de la evidencia, que se aplica a los acuerdos preliminares no menos que otros acuerdos. *Alaska N. Dev., Inc. v. Alyeska Pipeline Serv. Co.*, 666 P.2d 33, 36-40 (Alaska 1983), cert. denied, 464 U.S. 1041 (1984). Sin embargo, se ha sostenido que la regla no excluye la evidencia concerniente a la ejecutabilidad de un acuerdo preliminar porque la regla se aplica solamente después que se determina que el acuerdo es ejecutable. *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584, 588 (6th Cir. 1976); *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus.*, 248 A.2d 625, 629 (Del. 1968). Sin embargo, ver *Continental Life & Accident Co. v. Songer*, 124 Ariz. 294, 603 P.2d 921 (Ct. App. 1979). En cualquier eventualidad, evidencia de una negociación anterior debe ser admisible para demostrar el significado de frases como “contrato formal a seguir” a “sujeto a un contrato formal”. Ver E. FARNSWORTH, nota 9, § 7.12, supra. Es particularmente difícil ver cómo la regla verbal de la evidencia, que se presupone en un acuerdo integrado ejecutable, podría impedir la evidencia que demuestra que un acuerdo es ejecutable. Ver nota 137, supra (que discute cláusulas de fusión “prospectivas” en los acuerdos preliminares).

¹⁸⁷ Las cortes han, a veces, concluido que las partes que tienen la intención de vincularse durante el periodo en que lo abogados necesitan para preparar el acuerdo último. *Brassteel Mfg. Co.*, 21 Misc. 2d at 345-46, 192 N.Y.S.2d at 202-03; ver también *Karson v. Arnov*, 32 Misc. 2d 499, 504, 224 N.Y.S.2d 891, 896 (Sup. Ct. 1962) (el abogado le dijo a las partes que si no firmaban un acuerdo preliminar, “como podía el volver a Syracuse y hacer que la chica prepare todo y luego regresar, y ya se han hecho otras cosas”). A veces, sin embargo, se ha llegado a la conclusión que las partes no tienen la intención de estar vinculadas hasta que el acuerdo último ha sido trabajado por los abogados. *Songbird Jet Ltd. v. Amax Inc.*, 605 F. Supp. 1097, 1101-02 (S.D.N.Y.), aff’d, 779 F.2d 39 (2d Cir. 1985); *Ryan v. Schott*, 109 Ohio App. 317, 319-20, 159 N.E.2d 907, 908-09 (1959) (per curiam); véase *Hill v. McGregor Mfg. Corp.*, 23 Mich. App. 342, 344-45, 178 N.W.2d 553, 554-55 (1970) (la naturaleza anticipada de un acuerdo preliminar informal es resaltada por el hecho de que fue preparado por abogados). Mucho dependen del punto de vista del rol de los abogados que tome la corte.

¹⁸⁸ *May Metropolitan Corp. v. May Oil Burner Corp.*, 290 N.Y. 260, 264-65, 49 N.E.2d 13, 15 (1943) (la corte miró ocho renovaciones previas del acuerdo de distribución).

práctica¹⁸⁹ el comportamiento subsiguiente de una parte, tal como emitir una nota de prensa, puede ser persuasivo, especialmente si es inconsistente con el argumento posterior de una parte¹⁹⁰. La aquiescencia de una de las partes, en la confianza de la otra en el acuerdo preliminar, también puede ser una razón apremiante para la ejecutabilidad¹⁹¹.

A veces las partes no están dispuestas a llegar a un acuerdo obligatorio con términos abiertos, pero desean asumir una obligación general de *fair dealing* en sus negociaciones. En años recientes, los acuerdos consecutivos a negociar se presentan ante las cortes con mayor frecuencia.

C. Acuerdo para negociar

1. Naturaleza del régimen

El régimen bajo los términos de un acuerdo para negociar es similar al del acuerdo bajo términos abiertos, en el cual se impone a las partes el deber de negociar. Pero difiere en que si las negociaciones fracasan, no habrá ningún acuerdo. Bajo un acuerdo con términos abiertos, las partes negocian con el conocimiento de que si no llegan a un acuerdo en los términos abiertos serán obligadas por un acuerdo final que contenga los términos en los cuales han convenido junto con aquellos que una corte proveerá. Según los términos de un acuerdo para negociar, las partes negocian con el conocimiento de que si no pueden alcanzar el acuerdo final, no estarán limitados. Sin embargo, las partes sí están asumen una obligación general de *fair dealing* en sus negociaciones. Esto

sucede a menudo cuando existe una división de la responsabilidad entre los administradores y los abogados.

¿Cuál es el remedio para el incumplimiento de tal obligación? Aquí la situación cambia con respecto al régimen del acuerdo final y al del acuerdo con términos abiertos. Allí, la obligación de *fair dealing* y negociación de buena fe es solamente una obligación que es parte de un acuerdo mayor, de modo que un incumplimiento de dicha obligación, en un caso extremo, podría tratarse como un incumplimiento total de ese acuerdo con el resultado de una demanda por los daños basados en daños y perjuicios. Aquí, no hay un acuerdo mayor y por lo tanto no hay posibilidad de una demanda por daños y perjuicios bajo los términos de tal acuerdo. Además, aquí no hay manera de saber cuáles habrían sido los términos del acuerdo final, o inclusive si las partes habrían llegado un acuerdo final, así es que, bajo tal acuerdo, no hay posibilidad de demandar por daños y perjuicios¹⁹².

Debido al alcance incierto de una negociación, no puede esperarse que una corte ordene su ejecución específica¹⁹³, aunque la corte podría prohibir a una de las partes que se había comprometido a negociar exclusivamente negociar con otros¹⁹⁴. Generalmente, el recurso de la parte perjudicada es rehusarse a negociar y buscar una reparación financiera. En algunas situaciones, la recuperación medida por el interés de la restitución será apropiada, como bajo el régimen de la negociación. Sin embargo, generalmente la recuperación será medida por el interés de la confianza. Aquí, los daños a la confianza son particularmente

¹⁸⁹ Ver *U.C.C. 2-208(1)* (1978); *Restatement (Second) of Contracts* § 202(4) & comentario g (1981).

¹⁹⁰ A veces la conducta revela que el acuerdo tenía la intención de ser vinculante. *Arnold Palmer Golf Co.*, 541 F.2d at 589 (los comunicados de prensa hechos por la parte luego reclamó que el memorando no era vinculante dijo que las partes "han acordado cooperar en una empresa"). A veces, la conducta demuestra lo opuesto. *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257, 262 (2d Cir.) (el comunicado de prensa del vendedor y lo presentado a la SEC contradijo el reclamo del comprador sobre un acuerdo vinculante), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984); *Pepsico, Inc. v. W.R. Grace & Co.*, 307 F. Supp. 713, 719 (S.D.N.Y. 1969) (el suplemento al prospecto del comprador, así como el comunicado de prensa conjunto, contradijo el reclamo del comprador de un acuerdo vinculante).

¹⁹¹ *Gundersen & Son v. Cohn*, 596 F. Supp. 379, 383 (D. Mass. 1984) (la construcción de la casa comenzó con una carta de intención); *Borg-Warner Corp. v. Anchor Coupling Co.*, 16 Ill. 2d 234, 242, 156 N.E.2d 513, 517 (1958) (el adquirente gastó grandes sumas de dinero en una encuesta sobre el objetivo del negocio bajo una carta de intención); *APCO Amusement Co. v. Wilkins Family Restaurants of Am., Inc.*, 673 S.W.2d 523, 527-28 (Tenn. Ct. App. 1984) (ambas partes empezaron la preparación para el uso de una parte del restaurante como un "centro de diversión" bajo la carta de intención). Sobre la propensión de las partes de actuar en confianza del acuerdo preliminar, ver Trower, nota 2, at 349-50, supra. Sin embargo, la confianza actual no es siempre determinante. *Tropicana Hotel Corp. v. Speer*, 101 Nev. 40, 44, 692 P.2d 499, 502 (1985) (aunque "la performance (...) es considerada como algo de evidencia (...) de un acuerdo vinculante" "donde la evidencia es clara en demostrar que la parte ejecutante no consideraba el acuerdo como vinculante, el hecho que ya hubiera empezado no obliga a una conclusión contraria". Incluso en la ausencia de una confianza actual, el entendimiento de una parte que la otra tiene que confiar en el acuerdo puede sugerir ejecutabilidad. Ver Apéndice, Ejemplos 3 y 4. La falta de confianza no necesariamente implica inexecutabilidad. Ver *Berg Agency v. Sleepworld-Willingboro, Inc.*, 136 N.J. Super. 369, 374, 346 A.2d 419, 422 (Super. Ct. App. Div. 1975) ("el hecho que el terrateniente no haya permitido la posesión hasta que un arrendamiento formal fuera firmado no necesariamente contradice una intención de estar vinculados"). Sin embargo, ver *R.G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co.*, 751 F.2d 69, 76 (2d Cir. 1984) (el hecho que "no hubiera performance, parcial o de cualquier tipo", fue un argumento en contra de la ejecutabilidad).

¹⁹² Sin embargo, ver KNAPP, nota 2 supra, at 723 ("En algunos casos, por otro lado, los términos principales de la actividad (...) pueden haber sido decididos sobre la base de (...) que las expectativas de un remedio pueden ser computadas con la mayor certeza, como en usualmente requerido."); ver también *Air Technology Corp. v. General Elec. Co.*, 347 Mass. 613, 624-27, 199 N.E.2d 538, 546-48 (1964), en el cual las cortes encontraron que "una asociación contractual en la forma de un negocio conjunto" entre un contratista general y un subcontratista, concluyó en que el contratista general no había cumplido con la obligación "de negociar el subcontrato" y que mientras la obligación "era muy incierta para ser ejecutada", el subcontratista debería ser indemnizado por el valor "de la oportunidad de negocio" que se le había prometido.

¹⁹³ Ver, por ejemplo, *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 420 N.E.2d 363, 438 N.Y.S.2d 482 (1981) (la corte se rehusó a otorgar el reparo en contra de una *sportscaster* que había "violado la provisión de negociación con buena fe de una ya expirado contrato de difusión").

¹⁹⁴ Sin embargo, véase id. at 394, 420 N.E. at 363 (en el se rehusa imponer al empleado el trabajar para otro empleador en una posición obtenida violando la promesa de negociar por el periodo indicado con el anterior empleador).

apropiados, ya que una parte generalmente percibe un acuerdo de negociar como protección a ese interés, debiendo la otra parte retirarse de las negociaciones. Y el caso para contar las oportunidades perdidas se consolida, porque en contraste con el régimen de la negociación, aquí las partes se sujetan explícitamente al régimen, comprometiéndose a negociar¹⁹⁵.

2. Ejecución del acuerdo

Con frecuencia, las cortes se han resistido a ejecutar los acuerdos para negociar, aun si las partes han dejado en claro que desean sujetarse a este régimen. Las cortes inglesas han sido firmes. En 1857, un miembro de la Cámara de los Lores explicó con impaciencia: “Un acuerdo de celebrar un contrato bajo términos que serán establecidos luego entre las partes, es una contradicción en términos. Es absurdo decir que un hombre entra a un acuerdo hasta que los términos de ese acuerdo sean establecidos”¹⁹⁶. En 1974, Lord Denning reafirmó esto en un caso que implicaba un acuerdo “de negociar sumas de contrato justas y razonables” con la conclusión errónea: “Si la ley no reconoce un contrato para celebrar un contrato (cuando todavía hay un término fundamental por ser acordado), me parece que no puede reconocer un contrato para negociar”¹⁹⁷.

En los Estados Unidos, donde muchos de los casos principales implican fusiones y adquisiciones¹⁹⁸, las cortes han seguido dos inclinaciones. Algunas, como las cortes inglesas han rehusado otorgar a las partes la libertad de imponerse este régimen a sí mismos. Las cortes federales que aplicaban la ley de Nueva York han sido las más

prominentes en rechazar bajo el terreno de la indeterminación, la ejecución de los acuerdos explícitos para negociar, ya sean expresados en términos de la “buena fe”¹⁹⁹, o en “mejores esfuerzos”²⁰⁰.

Otras cortes han estado dispuestas a darle efectos a la intención expresada por las partes. *Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries*²⁰¹ es el principal ejemplo. Durante las negociaciones para la compra de los activos de Itek por Industrias Aéreas de California (CAI), las partes ejecutaron una “carta de intención” que confirmaba los términos de la venta y establecían que “harán todo esfuerzo razonable para acordar y tener preparado (...) un contrato que prevea la compra (...) incorporando los términos antedichos y otros términos y condiciones que las partes convendrán”²⁰². Más adelante, Itek consintió una modificación de los términos acordados, pero CAI, evidentemente recibiendo una oferta más favorable, comunicó que no continuaría con la transacción. Itek demandó a CAI. El Tribunal Supremo de Delaware revirtió la decisión razonando que la comunicación en la cual “las partes se obligaron a ‘hacer cada uno un esfuerzo razonable’ de celebrar en un contrato formal (...) obligó a cada parte a procurar alcanzar de buena fe el acuerdo final y formal”²⁰³. Era un error conceder el juicio sumario porque existía evidencia que acreditaba que con el objeto de aceptar una oferta más favorable “CAI intencionalmente falló en negociar con buena fe y de hacer ‘todo esfuerzo razonable’ de celebrar un contrato formal, como fue requerido”²⁰⁴.

Esta visión ha ganado una substancial adhesión²⁰⁵. Pocas cortes han ido muy lejos para explicar una

¹⁹⁵ Knapp parece asumir esta posición. KNAPP, nota, supra 2, at 723-24.

¹⁹⁶ *Ridgway v. Wharton*, 10 Eng. Rep. 1287, 1313 (H.L. 1857) (Lord Wensleydale).

¹⁹⁷ *Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Bros.*, [1975] 1 W.L.R. 297, 300, 301 (C.A. 1974). Sin embargo, las cortes que no están dispuestas a ejecutar un acuerdo para negociar ejecutarán un acuerdo “para hacer un contrato” si no se requieren mayores negociaciones *Pratt v. Hudson River R.R.*, 21 N.Y. 305, 308-09 (1860); *Morton v. Morton*, [1942] 1 All. E.R. 273 (P).

¹⁹⁸ Ver Apéndice, Ejemplo 2.

¹⁹⁹ *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257, 264 (2d Cir.), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984); *Metromedia Broadcasting Corp. v. MGM/UA Entertainment Co.*, 611 F. Supp. 415, 419-20 (C.D. Cal. 1985); *Jillyc Film Enters. v. Home Box Office, Inc.*, 593 F. Supp. 515, 521 (S.D.N.Y. 1984); *Candid Prod., Inc. v. International Skating Union*, 530 F. Supp. 1330, 1337 (S.D.N.Y. 1982); ver también *Ridgeway Coal Co. v. FMC Corp.*, 616 F. Supp. 404, 407 (S.D.W. Va. 1985) (siguiendo *Candid Productions* en aplicación de la ley de Virginia del Oeste); ver *Griffin v. Griffin*, 699 P.2d 407, 407-10 (Colo. 1985) (*en banc*) (provisión hecha en el acuerdo de separación en el cual los padres acordaron llegar a un acuerdo sobre la elección del colegio del hijo era inejecutable porque “exponía al niño a mayor discordia y envuelve al niño en una atmósfera de hostilidad e inseguridad”). Sin embargo, véase también *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 420 N.E.2d 363, 438 N.Y.S.2d 482 (1981) (el *sportscaster* violó “la negociaciones de buena fe” durante el periodo de 45 días al hacer un contrato con otro *network*, pero la prescripción fue negada).

²⁰⁰ *Pinnacle Books, Inc. v. Harlequin Enters.*, 519 F. Supp. 118, 121-22 & n.2 (S.D.N.Y. 1981) (la cláusula de “mejores esfuerzos” fue señalada como inejecutable porque las partes sólo acordaron negociar y no señalaron cuales eran los parámetros por los cuales se debían medir sus esfuerzos) (desaprobando *Thompson v. Liquichimica of Am., Inc.*, 481 F. Supp. 365 (S.D.N.Y. 1979)).

²⁰¹ 248 A.2d 625 (Del. 1968).

²⁰² Id. at 627. La carta leía: “Si las partes fracasan en acordar y ejecutar el contrato no habrá obligaciones posteriores entre ellas.” La corte leyó esto como una absolución para las partes de “obligaciones posteriores” sólo si estos esfuerzos fracasaban. Id; ver nota 95 supra (discusión sobre las negociaciones de responsabilidad precontractual).

²⁰³ 248 A.2d at 629.

²⁰⁴ Id.

²⁰⁵ Por ejemplo, *Channel Home Centers v. Crossman*, 795 F.2d 291 (3d Cir. 1986) (actividad específica disponible); *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584 (6th Cir. 1976); *Thompson v. Liquichimica of Am., Inc.*, 481 F. Supp. 365 (S.D.N.Y. 1979); *Opdyke Inv. Co. v. Norris Grain Co.*, 413 Mich. 354, 320 N.W.2d 836 (1982), rev'g 94 Mich. App. 770, 773, 288 N.W.2d 362, 363 (1979) (*per curiam*) (la carta de intención señalaba la “intención de ambas partes de buscar, de buena fe, un acuerdo final); véase también. *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 397, 420 N.E.2d 363, 364, 438 N.Y.S.2d 482, 483 (1981) (el *sportscaster* violó “la negociaciones de buena fe” durante el periodo de 45 días al hacer un contrato con otro *network*, pero la prescripción fue negada); ver también los casos citados en las notas 206-07, infra.

obligación de negociar con un lenguaje confuso y circunstancias sugestivas²⁰⁶. Allí incluso ha habido insinuaciones que tal obligación puede estar implicada en la ley en ausencia de cualquier asentimiento real por las partes²⁰⁷. Uno puede dudar de la sabiduría de esas cortes que se han esforzado por encontrar un acuerdo para negociar en ausencia de una indicación clara del asentimiento, porque de llevarse a un extremo permitiría a las cortes imponer una obligación general de *fair dealing*. Pero no hay justificación para forzar esas decisiones, que, en línea con los precedentes ingleses, han rechazado dar efecto a la intención de las partes cuando han llegado a un acuerdo explícito para negociar.

Generalmente las cortes han estado dispuestas a hacer cumplir los acuerdos privados que no contravienen el orden público. La carga de probar por qué debe denegarse la exigibilidad del cumplimiento de un acuerdo recae sobre la parte que busca llegar a dicho acuerdo. Las cortes han desarrollado dos razones para rechazar los pedidos de exigir el cumplimiento de acuerdos explícitos para negociar.

Uno es que una corte no puede imponer un remedio apropiado para el incumplimiento de tal deber porque no hay manera de saber qué acuerdo final, de llegar a haberlo, se hubiese concretado²⁰⁸. Este argumento aparentemente verdadero, pero falso en realidad, es realzado a veces por caracterizar peyorativamente al acuerdo como un "acuerdo para convenir"²⁰⁹. Sin

embargo, el remedio apropiado no es daños y perjuicios según los términos del acuerdo final si no los daños causados a la confianza de la parte dañada en el acuerdo para negociar²¹⁰. Si una parte rompió las negociaciones antes de que el otro haya confiado en el acuerdo para negociar, no hay ninguna necesidad de formar un remedio porque no hay ninguna reparación que hacer²¹¹. Una vez que la parte ha confiado, debe probar la pérdida causada por su confianza, incluyendo alguna oportunidad perdida.

Una razón más substancial para rechazar la exigibilidad de acuerdos explícitos para negociar es que una corte no puede determinar el alcance de la obligación de *fair dealing* según los términos de tal acuerdo²¹². La indeterminación del concepto de *fair dealing* es, sin embargo, un asidero débil para negar la reparación que implica solamente la concesión de los daños a la confianza, porque las cortes exigen generalmente menos determinación cuando los daños son medidos por la confianza que cuando son medidos por daños y perjuicios²¹³. Además, incluso cuando los daños y perjuicios son reclamados bajo un contrato, las cortes no han tenido impedimento para aplicar un estándar de *fair dealing*. La "buena fe" o los "mejores esfuerzos" son suficientes para definir un deber o una condición en el contrato²¹⁴. La antipatía judicial hacia las tentativas de las partes para negociar el deber de *fair dealing* ante sí mismos por medio de un acuerdo para negociar, aparece particularmente contraria con el aumento de tolerancia judicial hacia tentativas de las partes para celebrar un

²⁰⁶ *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.*, 416 F. Supp. 224, 243 (N.D. Ill. 1976) (la carta de intención señalaba que "la intención conjunta de ambas partes de realizar un contrato formal de arrendamiento (...) y el proceder a cerrarlo de la manera más rápida"); *Family Medical Bldg., Inc. v. Department of Social & Health Servs.*, 37 Wash. App. 662, 664, 684 P.2d 77, 79 (Ct. App.) (el arrendamiento contenía la opción de renovar, que de acuerdo a la corte "la renta mensual a ser negociada"), modificado, 104 Wash. 2d 105, 702 P.2d 459 (1984) (en banc); véase *Chase v. Consolidated Foods Corp.*, 744 F.2d 566, 571 (7th Cir. 1984) (el jurado "podía haber concluido" que había "un acuerdo vinculante para negociar con buena fe"). Knapp sugiere que todo lo requerido es que las partes hayan expresado su satisfacción y compromiso para con los términos esenciales de la transacción propuesta, hasta el extremo que cada una podía considerar razonablemente que era injustificado el retiro por alguna razón excepto que se fracasara, después de negociaciones de buena fe, en llegar a un acuerdo final y completo y que la "disposición a vincularse" podía desprenderse de "las palabras de escrito mismo y de las circunstancias alrededor." KNAPP, nota 2 supra, at 720.

²⁰⁷ *American Cyanamid Co. v. Elizabeth Arden Sales Corp.*, 331 F. Supp. 597, 606-07 (S.D.N.Y. 1971) (condición que requiere "un acuerdo compra satisfactorio (...) no podrá permitir, usualmente, a la otra parte el no hacer nada y derrotar el borrador de cualquier tipo de acuerdo de compra"); *Pepsico, Inc. v. W.R. Grace & Co.*, 307 F. Supp. 713, 720 (S.D.N.Y. 1969) (*dictum*). En *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 522 F. Supp. 1257, 1279 (S.D.N.Y. 1981), modificado, 727 F.2d 257 (2d Cir.), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984), la corte sugirió que "un requerimiento explícito" como el del caso *Itek* era innecesario. Al invertir esta parte del caso, la Corte de Apelaciones, admitió que "bajo ciertas circunstancias una parte dentro de un contrato estaba obligada por un acuerdo implícito para negociar con buena fe, para llegar a un acuerdo," pero concluyó que "que cualquier acuerdo implícito (...) que haya existido aquí era muy indefinido para ser ejecutado bajo las leyes de Nueva York." *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257, 264 (2d Cir.), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984); ver también *Mocca Lounge, Inc. v. Misak*, 94 A.D.2d 761, 462 N.Y.S.2d 704 (App. Div. 1983) (no había obligación implícita de negociar con buena fe).

²⁰⁸ *Ridgeway Coal Co. v. FMC Corp.*, 616 F. Supp. 404, 407-08 (S.D.W. Va. 1985); *Courtney & Fairbairn Ltd v. Tolain Bros.*, [1975] 1 W.L.R. 297, 301 (C.A. 1974) (Lord Denning).

²⁰⁹ Para evitar esto, Knapp sugiere el término "*contract to bargain*." KNAPP, nota 2 supra, at 685. Este Artículo sugiere el término "*agreement to negotiate*."

²¹⁰ Puede ser que sea discutido que no se causó ninguna pérdida por la violación del acuerdo para negociar, puesto que la parte que interrumpió las negociaciones pudo haberlo hecho sin violación alguna, simplemente negociando justamente, pero rechazando convenir. Mientras que esta discusión tiene cierta fuerza, ya que la confianza no está ligada a *misrepresentation* o una promesa especial, parece poco probable que prevalezca donde están claras la violación y la pérdida.

²¹¹ En el caso de un acuerdo para negociar de manera exclusiva, sin embargo, una prescripción negativa puede ser apropiada. Ver nota 266, infra.

²¹² Ver notas 199-200, supra.

²¹³ Ver E. FARNSWORTH, nota 9, supra, § 3.30, at 209-10.

²¹⁴ Las cortes de Nueva York, por ejemplo, ven los parámetros de "buena fe" como suficientemente definidos en conexión con la actividad. *DeLaurentis v. Cinemato grafica de las Americas, S.A.*, 9 N.Y.2d 503, 174 N.E.2d 736, 215 N.Y.S.2d 60 (1961). Pero ver *Candid Prods., Inc. v. International Skating Union*, 530 F. Supp. 1330, 1334-35 (S.D.N.Y. 1982), que se distinguía de *DeLaurentis* apoyándose en que "la aplicación de una obligación de una actuación de buena fe" que se oponía a un acuerdo para negociar. Sobre las condiciones de la discusión ver *Mattei v. Hopper*, notas 113-15, supra y el texto que las acompaña.

contrato con objeto de imponer tal estándar a una de las partes por medio de una condición a satisfacción²¹⁵.

No es fácil justificar el rechazo de las cortes para reconocer un deber de *fair dealing* según los términos de un acuerdo para negociar cuando han estado dispuestos a reconocer tal deber según los términos de un acuerdo final o de un acuerdo con términos abiertos. Puede que se argumente que las negociaciones son menos complejas bajo los dos regímenes anteriores que bajo los acuerdos para negociar, pero este argumento no obliga.

Bajo un acuerdo final, el deber de *fair dealing* se extiende solamente a las modificaciones que ambas partes han elegido negociar. Pero, puesto que las modificaciones potenciales normalmente son relativamente limitadas en alcance cuando están comparadas al acuerdo en su totalidad, las negociaciones serán en la práctica igualmente limitadas. Según los términos de un acuerdo con términos abiertos, el deber de *fair dealing* se extiende a todos los términos abiertos. Pero dado que el requisito de la determinación limita el grado de los términos que se pueden dejar abiertos, las negociaciones serán otra vez limitadas. Según los términos de un acuerdo para negociar, sin embargo, el alcance de las negociaciones no está tan confinado.

En la práctica, sin embargo, las partes generalmente no llegan a acuerdos de negociar hasta que las negociaciones estén bien avanzadas, de modo que lo que resta por negociar no pueda extenderse más que si las partes hubieran hecho un acuerdo con términos abiertos. De hecho, las negociaciones a menudo se encuentran tan avanzadas que las partes tendrán que escoger entre celebrar un acuerdo con términos abiertos y un acuerdo para negociar, dependiendo de si desean estar obligados o no, en caso sus negociaciones fracasen sin culpa de ninguna de las partes. Una corte que está dispuesta a aplicar un estándar de *fair dealing* cuando sigue habiendo un número de materias por ser negociadas según los términos de un acuerdo con términos abiertos; no debe rechazar la aplicación de tal estándar cuando sigue habiendo las mismas materias para ser negociadas según los términos de un acuerdo para negociar.

Por su puesto, ocasionalmente, habrán casos en los cuales un acuerdo para negociar se habrá realizado en un primer momento de las negociaciones que la corte podría correctamente no hacerlo cumplir. El rechazo para hacer cumplir el acuerdo probablemente excluiría una demanda reclamando los gastos realizados sobre la base

de la confianza, puesto que cualquier reclamo por oportunidades perdidas sería excluida probablemente bajo la base de pérdida de otras oportunidades no era justificable cuando las negociaciones no avanzaron.

La preocupación por la aplicabilidad de acuerdos para negociar no puede sino desalentar su uso. Debe por lo tanto esperarse que haya muy pocas resoluciones sobre el contenido del deber de *fair dealing* bajo estos acuerdos. Si las cortes van a hacer cumplir tales acuerdos, llega a ser importante determinar ese contenido. Revisaremos esto en la Parte III.

III. EL SIGNIFICADO DE *FAIR DEALING*

A. En general

1. Fuentes del significado

Fair dealing tiene un significado cuando las negociaciones han resultado en un acuerdo y la parte agraviada intenta evitar ese acuerdo por ser injusto. Aquí el reclamo de inequidad va a los medios usados para inducir el acuerdo. La experiencia judicial en este contexto se remonta a las demandas más antiguas de fraude y *duress*. El *fair dealing* tiene un significado absolutamente diferente cuando las negociaciones no pudieron producir a un acuerdo y la parte agraviada intenta ser compensada por daños a la confianza. Aquí la demanda por la injusticia va a los medios usados para obstruir el acuerdo. Las cortes han prestado poca atención al significado de *fair dealing* en este contexto. Los que han sostenido que las partes pueden imponer un deber para negociar en ellos mismos, a menudo, como en el caso de *Itek*²¹⁶, han dejado el significado de *fair dealing* para que una corte de primera instancia lo determine en un juicio subsiguiente. Los académicos, también se han referido con más frecuencia a la imposición del deber más que a su contenido.

La mayoría de las discusiones doctrinales sobre el significado de *fair dealing* en el contexto de las negociaciones ordinarias del contrato son modestas en sus contribuciones. ¿Se requiere más de una parte que la mera ausencia de malicia y fraude, pero cuánto más? El comentario al Restatement (Second) of Contracts apunta sólo que mientras que su sección sobre la "buena fe", como la sección comparable del Uniform Commercial Code, "no se ocupa de la buena fe en la formación de un contrato", mala fe en la negociación puede estar sujeta a sanciones bajo reglas más específicas tales como éstas en fraude y *duress*²¹⁷.

²¹⁵ Ver, por ejemplo, *Elgin Nat'l Indus. v. Howard Indus.*, 264 So. 2d 440 (Fla. Dist. Ct. App. 1972), en cuál la corte sostuvo que no se excusaba a un vendedor de tierra bajo la disposición que los términos del acuerdo estaban sujetos a la aprobación del directorio porque rechazó actuarlos para aceptar otra oferta y no debido al descontento con los términos.

²¹⁶ *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus.*, 248 A.2d 625 (Del. 1968); ver notas 201-204, *supra* y el texto que las acompaña.

²¹⁷ *Restatement (Second) of Contracts* § 205 comentario c (1981); ver *U.C.C.* §§ 1-103, 2-103(1)(b) (1978).

Fisher y Ury observaron que “a menudo es duro decidir lo que significa negociar en buena fe” y que la “gente ubica la línea en distintos lugares”. Ellos sugieren analogías simples tales como el de tratar con un buen amigo o de un miembro de la familia²¹⁸. Summers da algunos ejemplos de mala fe, algunos de los cuales implican negociaciones, pero no va más allá de una discusión de la categoría establecida de “negociar sin intención seria de contratar” y de una discusión de la categoría de “abusar del privilegio de interrumpir negociaciones”, que se confina en gran parte a un análisis de Red Owl²¹⁹. Burton, discutiendo el funcionamiento de la buena fe, impulsa una prueba general bajo la cual la buena fe se limita al ejercicio de la discreción para cualquier propósito dentro de la contemplación razonable de las partes y la mala fe implica el uso de la discreción de recobrar las oportunidades renunciadas en la formación del contrato, pero no pretende aplicar su análisis a las negociaciones del contrato²²⁰.

Knapp ofrece un estándar más desarrollado de *fair dealing* en la negociación, uno bajo el cual “ninguno puede retirarse por una razón ‘injustificada’, pero (...) ninguno estará obligado a que se realicen si –después de negociar con buena fe– el contrato no se puede alcanzar”. La mala fe al negociar puede consistir en “una insistencia respecto de términos tan claramente irrazonables que no habrían

podido ser superados con alguna expectativa de aceptación, aunado a una cierta ventaja demostrable que se obtendrá por (...) evitar la transacción contemplada”²²¹.

En vista de la escasez de discusiones sobre el significado de *fair dealing* en negociaciones ordinarias del contrato, es de interés observar los casos que interpretan las disposiciones del *National Labor Relations Act* (NLRA)²²² que requieren a las partes envueltas en negociaciones colectivas a contratar con “buena fe”²²³. La analogía entre las negociaciones ordinarias del contrato y la negociación colectiva, está lejos de ser perfecta. En las negociaciones ordinarias de contratos no hay interés público en un resultado acertado que sea comparable al interés en la prevención de las huelgas. Las relaciones entre las partes no son necesariamente continuas, y ninguna de ellas está limitada para tratar exclusivamente con la otra. Sólo ocasionalmente una parte representa los intereses de otros, como un sindicato representa los intereses de los trabajadores²²⁴. El remedio buscado es una concesión de daños más que una orden de cese y renuncia. En ausencia de una estructura administrativa para descubrir actos ilícitos alegados en negociaciones, tales hallazgos se deben dejar a un juez o quizás a un jurado. Sin embargo, comparaciones provechosas pueden hacerse, como ha sido reconocido por las cortes que, en la aplicación del NLRA, han usado analogías en negociaciones ordinarias del contrato²²⁵.

²¹⁸ R. FISHER & W. URY, nota 1, *supra*, p. 148: Puede ayudar hacerse preguntas tales como: ¿Este es el acercamiento que yo utilizaría al negociar con un buen amigo o un miembro de mi familia? ¿Si un recuento completo de lo que dije apareciera en los periódicos, me sentiría avergonzado? ¿En la literatura, tal conducta sería más apropiada para un héroe o para un bandido? Id.

²¹⁹ SUMMERS, nota 2, *supra*, pp. 220-232. Junto con Red Owl, Summers discute la mala fe en el retiro de ofertas. En sus otros casos de la mala fe, las negociaciones dan lugar a un contrato.

²²⁰ BURTON. “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”. En: Harv. L. Rev. 94. 1980. p. 369.

²²¹ KNAPP, nota 2, *supra*, p. 723. Ikle precisó cuatro significados posibles de la “buena fe” en la negociación de un tratado: 1. Para hacerlo altamente probable que el acuerdo será alcanzado. Esto significa, concretamente, que una parte tiene que bajar sus términos siempre que la probabilidad de alcanzar un acuerdo baje debajo del nivel deseado (...). 2. No mantener una posición que uno siente que seguramente va a hacer imposible llegar a un acuerdo (...). Según una variante más rigurosa de este segundo criterio, un gobierno no debe hacer incluso las ofertas iniciales que sabe van a ser “inaceptables” para el opositor (...). 3. Deseñar un acuerdo del tipo que se está negociando y ser impacientes en tener sus términos aceptados (...). 4. Para seguir ciertas reglas de acomodación [tales como la regla que las concesiones deben ser recíprocas] mientras que se negocia. F. Ikle, nota 165, *supra*, at 111-13 (énfasis en el original).

²²² 29 U.S.C. §§ 151-169 (1982).

²²³ La Sección 8(d) del “Act” requiere que el empleador y el sindicato “reunirse a horas razonables y conferenciar de buena fe con respecto a los salarios, horas, y otros términos y condiciones del trabajo (...) pero estas obligaciones no compelen a ninguna de las partes de aceptar estas propuestas o requerir una concesión.” 29 U.S.C. § 158(d) (1982). A menos que una de las partes se haya realizado un acto específico, como un franco rechazo a reunirse, que es considerada una violación “per se”, una violación del “Act” debe ser inferida del patrón de comportamiento en un examen de todas las circunstancias. El rehusarse a negociar como es requerido es, de acuerdo al “Act”, una práctica laboral desleal, para la cual el remedio es una orden del *National Labor Relations Board* requiriendo a la parte en falta a negociar con buena fe. Ver R. GORMAN. “Basic Text on Labor Law, Unionization and Collective Bargaining”. 1976. p. 399-495 (discutiendo la obligación de negociar con buena fe). Para otros requerimientos estatutarios, ver *Columbia Plaza Tenants Ass’n v. Antonelli*, 462 A.2d 433 (D.C. 1983) (aplicando el estatuto, que requiere que el terrateniente negocie con buena fe para vender el complejo de departamentos a la asociación de arrendatarios antes que a un tercero).

²²⁴ Debido a que el sindicato negocia como representantes de los empleados, es considerado como un acto de mala fe que el empleador debilite la posición del sindicato al tratar directamente con los empleados sobre las materias que son objeto de negociaciones con el sindicato. *Continental Ins. Co. v. NLRB*, 495 F.2d 44 (2d Cir. 1974). Por la misma razón es considerado un acto de mala fe el hecho que el empleador cambie, de forma unilateral, los términos del trabajo, sin el consentimiento del sindicato. *NLRB v. Katz*, 369 U.S. 736 (1962). Problemas de este tipo no surgen en negociaciones contractuales ordinarias.

²²⁵ Ver, por ejemplo, *H.J. Heinz Co. v. NLRB*, 311 U.S. 514, 526 (1941) (“Un hombre de negociaciones inició negociaciones con otro para llegar a un acuerdo, con la reserva de no ponerlo por escrito o firmarlo, es difícilmente considerado como negociar con buena fe.”); *NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co.*, 205 F.2d 131, 135 (1st Cir. 1952) (endosa las preguntas del Directorio si es que el empleador “hubiera retrasado, por un largo periodo de tiempo, negociaciones con respecto a contrato empresarial o de préstamo bancarios, que desea concluir”), cert. denied, 346 U.S. 887 (1953). En el caso Heinz, la corte estableció que la conducta no se asemejaba a una de negociaciones de buena fe en negociaciones contractuales ordinarias, era más evidente la falta de buena fe en la negociación colectiva, pues el objetivo del estatuto es “asegurar la paz industrial a través de la negociación colectiva.” 311 U.S. at 526; ver *Helms v. Duckworth*, 249 F.2d 482, 486 (D.C. Cir. 1957) (comparando esto a la obligación que se tiene bajo el *National Labor Relations Act* con la obligación de negociar con buena fe en una relación fiduciaria); *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900, 904 (Colo. 1982) (en banc) (comparando el concepto “impasse” bajo el *National Labor Relations Act* en el caso de la interpretación de la disposición exclusiva de negociación del contrato entre el empresario y la autoridad urbana encargada de la renovación). The *Restatement (Second) of Contracts* § 205 comment c (1981), cita el *National Labor Relations Act* para un ejemplo de “una obligación estatutaria de negociar con buena fe”.

Aunque la NRLA convierte el estado de mente del negociador en decisivo, este estado debe deducirse de la conducta observable²²⁶. No sólo debe el empleador tener “una mente abierta y un deseo sincero de alcanzar un acuerdo”²²⁷, sino también debe hacerse un “esfuerzo sincero para alcanzar un punto común”²²⁸. Considerando que una parte raramente anunciará una intención de negociar con mala fe²²⁹, las cortes han tenido que buscar manifestaciones más sutiles tales como la negación a divulgar información relevante a las negociaciones, rechazando disposiciones rutinarias, cambiando de posición negocial cuando el acuerdo final está cerca, realizando tácticas dilatorias, o reteniendo el acuerdo por temas triviales²³⁰. Las Cortes tendrían que prestar la misma atención a todas las circunstancias para determinar si las partes en las negociaciones ordinarias han alcanzado un estándar de *fair dealing*.

El requisito del NLRA de negociar en buena fe no ha escapado a la crítica. Una corte ha observado que “probablemente en pocas otras instancias la tarea de juzgar es tan difícil”²³¹. Un grupo de estudio independiente ha concluido que la eficacia del proceso empleado por el tribunal y las cortes para implementar el requisito “es, en el mejor de los casos, dudosa”²³². Estas críticas, sin embargo, no disminuyen el valor de la experiencia conforme al NLRA como fuente de la analogía.

2. Lenguaje y otras circunstancias

Determinar el contenido del deber de *fair dealing* según un acuerdo particular implica, al igual que determinar el contenido de cualquier deber de un contrato, una investigación de las expectativas de las partes. En la elaboración de esta investigación una corte debe observar el lenguaje del contrato y las circunstancias circundantes.

El término comúnmente usado para describir el deber de *fair dealing* es “buena fe”, solamente las partes utilizan a veces el término los “mejores esfuerzos” en vez o además de la “buena fe”. Los “mejores esfuerzos” se entienden generalmente como una carga más pesada que la “buena fe”²³³, pero es dudoso que las partes utilicen los términos en diversos sentidos en

este contexto. Aunque muchos acuerdos para negociar no dicen más que esto sobre el contenido del deber, a través de un cuidadoso contrato las partes pueden fácilmente determinar si las negociaciones son exclusivas, cuánto tiempo deben continuar, qué debe ser divulgado y qué deben mantenerse en reserva. Dado el estado incierto de la ley sobre tales materias, no deben dejarse a la discreción de una corte.

Entre las circunstancias más importantes alrededor de un contrato está el comportamiento de las partes hasta el acuerdo y el estado de las negociaciones en ese momento. De esto, a menudo, se pueden extraer inferencias confiables para suplir el lenguaje del acuerdo. Si, como he sugerido, las partes generalmente no hacen acuerdos para negociar hasta que las negociaciones están bien avanzadas, frecuentemente habrá una base substancial para tales inferencias. Las expectativas se construyen generalmente en cierto plazo, de modo que cuanto más avanzadas las negociaciones, más difícil sea justificar el retiro. La relación anterior entre las partes puede también ser importante. Si ya han tratado en otras ocasiones, el patrón de las negociaciones anteriores puede ayudar a demostrar sus expectativas en las negociaciones en controversia. La evidencia de las prácticas comerciales puede hacer lo mismo.

Mientras que el lenguaje y otras circunstancias se sustentan en el contenido del deber de *fair dealing* en cualquier caso particular, la mayoría de los reclamos que una de las partes ha contratado con un *unfair dealing* para obstruir el acuerdo se pueden agrupar bajo siete títulos: negativa a negociar, tácticas impropias, propuestas irrazonables, ocultamiento de información relevante, negociación con terceros, retiro y rompimiento de negociaciones. Nos detendremos en cada una de ellas en ese orden.

B. Instancias de *unfair dealing*

1. Negativa a negociar

Cualquiera sea la definición de *unfair dealing* en el contexto de obstruir el acuerdo, una negativa a

²²⁶ “Una determinación de buena fe o de lo que se quiere con la buena fe normalmente descansa sobre la inferencia basada en la manifestaciones más o menos persuasivas del pensamiento de la otra parte” *NLRB v. Truitt Mfg. Co.*, 351 U.S. 149, 155 (1956) (Frankfurter, J., concurre y disiente en parte.)

²²⁷ *NLRB v. Reed & Rpince Mfg. Co.*, 118 F.2d 874, 885 (1st Cir.), cert. denied, 313 U.S. 595 (1941).

²²⁸ *NLRB v. Montgomery Ward & Co.*, 133 F.2d 676, 686 (9th Cir. 1943).

²²⁹ Para una rara excepción, ver *NLRB v. Denton*, 217 F.2d 567, 568-69 (5th Cir. 1954) (antes de negociar, el empleador dijo: “que el nunca firmaría un contrato con un sindicato”), cert. denied, 348 U.S. 981 (1955).

²³⁰ Ver DUVIN. “The Duty to Bargain: Law in Search of Policy” 64 Colum. L. Rev. 248. 1964. p. 254.

²³¹ *NLRB v. Herman Sausage Co.*, 275 F.2d 229, 231 (5th Cir. 1960). Para una sugerencia reciente sobre como el presente sistema no protege suficientemente una nueva unidad de negociación hasta que busca un nuevo contrato, ver WEILER “Striking a New Balance: Freedom of Contract and the Prospects for Union Representation”. En: Harv. L. Rev. 98. 1984. p. 351.

²³² LABOR STUDY GROUP. “The Public Interest in National Labor Policy”. 1961. p. 82.

²³³ Ver E. FARNSWORTH, nota 9, *supra*, § 7.17, at 529.

negociar donde hay un acuerdo de hacerlo equivale a un incumplimiento del acuerdo. Así, el Tribunal Supremo de Colorado ha sostenido que una negativa a negociar es un incumplimiento de un acuerdo para negociar de buena fe durante un período de tiempo específico²³⁴. El mero retraso puede ser equivalente a una negativa absoluta. Así, bajo el NLRA se ha sostenido que el incumplimiento de un empleador de su deber de negociar puede darse a través del uso de tácticas dilatorias²³⁵.

El incumplimiento del deber de negociar también puede darse si una parte se niega a negociar, excepto en condiciones que no puede imponer correctamente. Las negociaciones están, por supuesto, abiertas a las proposiciones de las partes. Sin embargo, conforme a los principios generales del contrato, "una declaración de intención de no cumplir a menos que sea en condiciones que van más allá del contrato", constituye una negativa²³⁶. Así, conforme al NLRA se ha sostenido que una parte no puede condicionar su voluntad de negociar a un cambio en la composición del equipo negociador de la otra parte²³⁷. Hay una autoridad uniforme que no le da derecho a un empleador a condicionar su voluntad de negociar algunos asuntos en el acuerdo a otros temas²³⁸.

En el contexto de las negociaciones ordinarias de un contrato, también se ha sostenido que imponer condiciones impropias puede ascender a una falta de negociar con justicia. Así, el Séptimo Circuito sostuvo la mala fe de un distribuidor de asfalto, al negociar un nuevo contrato con un productor, para condicionar su voluntad de continuar negociando al asentimiento del productor a una disposición ilegal de fijación del precio²³⁹. El problema se convierte en decidir qué condiciones son impropias. Esto da lugar a una pregunta particularmente problemática.

Si las partes están negociando algunas materias, una de ellas puede condicionar su voluntad de continuar las negociaciones a concesiones relacionadas con temas distintos²⁴⁰. En la negociación de granos con la Unión Soviética en 1975, por ejemplo, Estados Unidos intentó sin éxito utilizar su posición en esas negociaciones para conseguir un trato separado sobre petróleo con un descuento en el precio²⁴¹. ¿Puede ser este tipo de "vínculo" *unfair dealing*? En un caso principal el Tribunal Supremo sostuvo que el empleador no tiene derecho a condicionar su voluntad de negociar un acuerdo con el sindicato a términos que él mismo no ha requerido negociar en absoluto²⁴². Discusiones sobre las estrategias de negociación usualmente impulsan a las partes a no centrarse estrechamente en un solo asunto, sino a buscar soluciones creativas considerando concesiones en muchas áreas que pudieron ser mutuamente beneficiosas²⁴³. En este razonamiento, sería imprudente poner algún límite en el alcance de la negociación, y el grano y el petróleo podrían servir como fichas de negociación. Uno puede concebir, sin embargo, una situación en la cual las partes se han envuelto en negociaciones prolongadas con la comprensión que el alcance de estas negociaciones se debe confinar a materias estrechamente relacionadas. Si una parte condicionara repentinamente su voluntad de continuar negociando a concesiones en cuanto a materias que no están claramente vinculadas, encontrar *unfair dealing* estaría garantizado.

La posibilidad de tal responsabilidad parece implícita en la reciente opinión de la corte federal del distrito, resultante de un contrato de licencia entre el productor de una serie de la televisión y un canal de televisión. El productor convino que a la expiración del contrato negociar los "episodios adicionales" exclusivamente y de buena fe con el canal antes de negociar con cualquier otro. El canal demandó que el productor "incumplió el contrato condicionando los futuros

²³⁴ *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900 (Colo. 1982) (en banc); ver también *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 420 N.E.2d 363, 438 N.Y.S.2d 482 (1981) (dictum) (el sportscaster hizo un contrato con la CBS después de haber llevado a cabo negociaciones de buena fe con la ABC por 90 días); ver *Helms v. Duckworth*, 249 F.2d 482 (D.C. Cir. 1957) (la declaración jurada de la parte admitía que no era su intención negociar como es requerido por una relación fiduciaria).

²³⁵ *Continental Ins. Co. v. NLRB*, 495 F.2d 44 (2d Cir. 1974). El estatuto en sí mismo requiere que "las partes se reúnan un número razonable de veces". 29 U.S.C. § 158(d) (1982).

²³⁶ U.C.C. § 2-610 comentario 2 (1978).

²³⁷ *General Elec. Co. v. NLRB*, 412 F.2d 512, 516-17 (2d Cir. 1969) (que también discute la rara instancia en la cual el empleador está justificado para rechazar la negociación debido a la identidad de los miembros de la unidad negociadora del sindicato); ver *NLRB v. Bartlett-Collins Co.*, 639 F.2d 652 (10th Cir.) (es impropio que el empleador condicione futuras negociaciones a la presencia de un secretario de la corte para realice una transcripción), cert. denied, 452 U.S. 961 (1981). El NLRA, en §§ 7 y 8(b)(1)(B), trata específicamente con el derecho a escoger los representantes. 29 U.S.C. §§ 157, 158(b)(1)(B).

²³⁸ *NLRB v. Patent Trader, Inc.*, 415 F.2d 190 (2d Cir. 1969) (evidencia de mala fe), modificado, 426 F.2d 791 (2d Cir. 1970) (en banc); *Adrian Daily Telegram v. Thompson Newspapers, Inc.*, 214 N.L.R.B. 1103 (1974); *Federal Mogul Corp.*, 212 N.L.R.B. 950 (1974), ejecutado, 524 F.2d 37 (6th Cir. 1975).

²³⁹ *Henry G. Meigs, Inc. v. Empire Petroleum Co.*, 273 F.2d 424 (7th Cir. 1960).

²⁴⁰ Esta es una diferente pregunta, si es que una parte puede condicionar su disponibilidad para negociar otro acuerdo a concesiones hechas en las negociaciones actuales. Un argumento que señala que no hacer esto tendría que ser basado en el supuesto de *economic duress*.

²⁴¹ R. PORTER, nota 167, *supra*, at 81-89. La Unión Soviética no se quejó y, parece, que uso su ventaja con respecto al petróleo para lograr mejores términos sobre el grano. Id. at 89.

²⁴² *NLRB v. Wooster Div. of Borg-Warner Corp.*, 356 U.S. 342 (1958).

²⁴³ Ver, por ejemplo, G. KENNEDY, J. BENSON & J. MCMILLIAN. "Managing Negotiations". 1982. pp. 94-95.

estrenos en el canal al igual que los reestrenos y rehusándose a negociar cada uno por separado”²⁴⁴. En rechazar la demanda, la corte la concluyó que no podía “encontrar que el derecho contractual de negociar con respecto a los ‘episodios adicionales’ pertenece solamente a los primeros estrenos”, y que los “reestrenos y estrenos fueron negociados juntos para cada una de las temporadas anteriores”²⁴⁵. La implicación es que una diferente decisión sobre el razonamiento de las partes sí habría apoyado la demanda del canal de *unfair dealing*.

2. Tácticas impropias

¿Cuáles tácticas de negociación son tan impropias para ser injustas en el contexto de obstruir el acuerdo? Algunas tácticas, tales como fraude y *duress*, son claramente injustas²⁴⁶, pero normalmente inducen más que obstruyen el acuerdo. Los casos más problemáticos en el actual contexto implican inflexibilidad. Aunque una ardua negociación puede prevenir el acuerdo, usualmente es admirada. ¿Cuándo, si alguna vez, una ardua negociación es injusta?

En el contexto de la negociación colectiva, la obstinación e inflexibilidad no son suficientes para constituir mala fe²⁴⁷, pero frecuentemente se toma como cierta evidencia de la mala fe. Un empleador que rechaza todas las propuestas del sindicato²⁴⁸ o se adhiere rígidamente a una serie de propuestas abiertamente inaceptables²⁴⁹, es probable que se concluya que ha negociado de mala fe.

No resulta claro si la mala fe se puede formar simplemente de la asunción de “tomar o dejar” una posición –como cuando un empleador formula una oferta final “justa” y rechaza negociarla. La Corte Suprema ha dicho que “el NLRA no anima a una parte a que se envuelva en maratónicas e infructuosas discusiones a expensas de una declaración franca y apoye su posición”²⁵⁰. Un empleador en una posición de “tómalo o déjalo”, junto con otras circunstancias –

una campaña publicitaria apuntada a los empleadores– puede indicar un “fracaso total a negociar de buena fe”. Así, el Segundo Circuito ha sostenido que “un empleador no puede combinar el método de negociar bajo fórmulas de ‘tomar o dejar’ con una posición firme y extensamente publicada que él no puede alterar una vez tomada”²⁵¹.

Aunque la inflexibilidad en las negociaciones de los contratos plantea dificultades similares, es difícil ver porqué no debe ser considerada como evidencia de injusticia si es parte de un patrón de comportamiento diseñado para obstruir el acuerdo. Cuando una parte intenta evitar un acuerdo, las cortes están dispuestas a distinguir entre *economic duress* permitidas de las no permitidas. No necesitan constreñirse a distinguir la terquedad injusta de la tenacidad justificable cuando las negociaciones han fallado.

3. Propuestas irracionales

¿Cuándo, si alguna vez, es injusto hacer propuestas irracionales durante una negociación? Esto ha probado una pregunta polémica en casos de negociación colectiva. Puede ser que parezca que las cortes se abstendrían de hacer esta pregunta en que el NLRA establece que el deber de negociar “no obliga a cualquiera de las partes a aceptar una propuesta o a hacer una concesión”²⁵². Se ha sostenido que un empleador que rechazaba convenir una cláusula arbitral mientras que insiste en una cláusula de “no-huelga”, no llegó a sumar mala fe, aunque comúnmente las cláusulas de “no-huelga” venían acompañadas por cláusulas arbitrales y tal combinación puede ser deseable²⁵³. Se ha sostenido que la imputación que una parte rechaza negociar con buena fe no puede sostenerse solamente por la referencia a la propuesta final de la gerencia, incluso si “podría encontrarse que dejaría a los trabajadores en peor estado del que estaban sin él”²⁵⁴. Pero si el efecto de la propuesta del empleador claramente hubiese sido “poner a los trabajadores en una posición peor de la estaban sin

²⁴⁴ *Metromedia Broadcasting Corp. v. MGM/UA Entertainment Co.*, 611 F. Supp. 415, 419 (C.D. Cal. 1985).

²⁴⁵ *Id.* at 420, 421. La corte concluyó que bajo la ley de Nueva York, el acuerdo para negociar con buena fe era inejecutable. Ver nota 199, *supra*.

²⁴⁶ Inclusive, la Corte Suprema ha sido tolerante con respecto a la presión económica ejercida por el sindicato sobre el empleador durante las negociaciones colectivas. *NLRB v. Insurance Agents' Int'l Union*, 361 U.S. 477 (1960) (el sindicato patrocinó conductas en el trabajo diseñadas para interferir con el negocio del empleador).

²⁴⁷ *Chevron Oil Co. v. NLRB*, 442 F.2d 1067, 1072-73 (5th Cir. 1971); *NLRB v. Herman Sausage Co.*, 275 F.2d 229, 231 (5th Cir. 1960) (*dictum*) (la “profunda convicción, llevada a cabo firmemente y de cuál no se hará ningún retiro, puede ser más que el ámbito tradicional que una controversia de trabajo. Puede ser ambos el derecho del ciudadano y esencial para nuestro sistema legislativo económico (...) el estipular una negociación colectiva libre”).

²⁴⁸ *NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co.*, 205 F.2d 131 (1st Cir.), *cert. denied*, 346 U.S. 887 (1953); *Majure v. NLRB*, 198 F.2d 735 (5th Cir. 1952).

²⁴⁹ *Majure*, 198 F.2d 735; *Proctor & Gamble Mfg. Co.*, 160 N.L.R.B. 334 (1966).

²⁵⁰ *NLRB v. American Nat'l Ins. Co.*, 343 U.S. 395, 404 (1952).

²⁵¹ *NLRB v. General Elec. Co.*, 418 F.2d 736, 756, 762 (2d Cir. 1969), *cert. denied*, 397 U.S. 965 (1970).

²⁵² *National Labor Relations Act* § 8(d), 29 U.S.C. § 158(d) (1982); ver *American Nat'l Ins. Co.*, 343 U.S. at 404 (“el Directorio no puede, ni de manera directa o indirecta, obligar a concesiones o basarse de otra manera en el juicio sobre los términos substantivos de acuerdos colectivos).

²⁵³ *NLRB v. Cummer-Graham Co.*, 279 F.2d 757 (5th Cir. 1960).

²⁵⁴ *White v. NLRB*, 255 F.2d 564, 565-66 (5th Cir. 1958).

contrato alguno” así como limitar el papel del sindicato, el encontrar la mala fe se justifica²⁵⁵.

Hay razones obvias por las que una corte que debe resolver sobre negociaciones ordinarias del contrato – careciendo de la ventaja de la experiencia de una agencia administrativa y de un cuerpo precedente resultante de transacciones similares– debe ser vacilante al admitir argumentos de razonabilidad de las propuestas de una parte. Con todo no es imposible imaginar los casos en los cuales sería apropiado hacer eso. Si las partes han establecido, como sucede de vez en cuando, que los términos que se negociarán “no pueden ser menos favorables” que los de un acuerdo específico, sin duda no será *fair dealing* hacer una propuesta por debajo de este estándar²⁵⁶. Sin embargo sin tal disposición, una propuesta de un franquiciante, por ejemplo, de renovar la licencia en términos perceptiblemente menos favorables para el franquiciado, aunque no ha habido cambio en las circunstancias para justificar un tratamiento menos favorable, puede ser evidencia de *unfair dealing*.

4. Ocultamiento de información relevante

¿Cuándo por equidad se requiere que una parte divulgue los hechos en los cuales se basa su posición para negociar? En algunas situaciones, la falta de una de las partes de divulgar un hecho asciende a una *misrepresentation*. Esto ocurre, por ejemplo, si la divulgación es necesaria para corregir una declaración anterior que ya no es verdadera²⁵⁷. Si las negociaciones no dan lugar al acuerdo, no hay razón por la que tal falta de información no deba ser la base para la recuperación de los daños a la confianza. Esto sería así, por ejemplo, si una parte que había iniciado negociaciones con intenciones serias de llegar a un acuerdo cambia de parecer y no lo informa a la otra parte²⁵⁸. En general, sin embargo, no se espera que la parte negociante vaya más allá y divulgue información relevante sobre su posición de negociación. Un vendedor no necesita justificar los precios que propone ni un propietario justifica las rentas por alquiler que exige.

La carga más pesada descansa sobre un fiduciario que negocia con el beneficiario del fideicomiso con respecto a temas de la relación fiduciaria. Su contrato es anulable a menos que el fiduciario ponga al beneficiario en completo de sus derechos y de todos los hechos relevantes que el fiduciario sabe o debe saber²⁵⁹. El no relevar esta información probablemente expondría al fiduciario a la responsabilidad por daños a la confianza, en caso las negociaciones no resulten en un contrato. Parece no haber sido afirmado seriamente, sin embargo, que el mismo requisito del acceso a información en negociaciones entre el fiduciario y el beneficiario, sería apropiado también en las negociaciones ordinarias de contratos²⁶⁰.

Bajo el NLRA, sin embargo, las cortes han impuesto al empleador envuelto en negociaciones colectivas un amplio deber de revelar –un deber a revelar al sindicato la información sobre su función como representante en las negociaciones. Para alcanzar este resultado, el Tribunal Supremo razonó:

“Negociar con buena fe requiere necesariamente que los reclamos que hicieron (...) deben ser reclamos honestos. Esto es verdad sobre una afirmación de imposibilidad de pagar un aumento de las remuneraciones. Si tal discusión es lo suficientemente importante como para presentarla en sus concesiones recíprocas de una negociación, entonces también es importante requerir cierta prueba de su exactitud²⁶¹”.

En definir el contenido de este deber de revelar información, las cortes han rechazado generalmente las tentativas de los empleadores de justificar la no revelación bajo el argumento de la confidencialidad²⁶². La imposición de este deber se puede justificar como un medio para forzar a los empleadores a abandonar posiciones injustificadas, de modo tal que se reduzcan las disputas laborales.

Cualesquiera sean los méritos de esta discusión, hace poco sentido imponer tal deber a las partes en negociaciones ordinarias de contratos a menos que lo

²⁵⁵ *Continental Ins. Co. v. NLRB*, 495 F.2d 44, 49 (2d Cir. 1974); ver también *NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co.*, 205 F.2d 131, 139 (1st Cir.) (“Es difícil pensar que la Compañía, con cara seria y de buena fe puede haber supuesto que la propuesta tenía la menor oportunidad de ser aceptada por un sindicato que se respete o incluso pensar en avanzar en las negociaciones sobre esa base de discusión...”), cert. denied, 346 U.S. 887 (1953).

²⁵⁶ Ver *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.*, 416 F. Supp. 224, 240 (N.D. Ill. 1976) (una acuerdo de subarrendamiento con términos a ser negociados “violaba la obligación de negociar con buena fe por ignorar el uso común e insistir en cláusulas arbitrarias y ignorando el interés legítimo del subarrendatario”).

²⁵⁷ Ver *Restatement (Second) of Contracts* § 161 (1981) para este y otros ejemplos.

²⁵⁸ “El dueño de una casa que negociaba su venta ha tomado las medidas necesarias para la inspección de un comprador anticipado. Él no puede dejar de dar el aviso sobre que él ha vendido la casa a terceros y dejar que el comprador anticipado haga un viaje en vano.” *KESSLER & FINE*, nota 2, *supra*, at 405 (citando a K. LARENZ. “Lehrbuch des Schuldrechts”. 5ª Edición. 1962. p. 39).

²⁵⁹ Ver *Helms v. Duckworth*, 249 F.2d 482, 486 (D.C. Cir. 1957); *Restatement (Second) of Agency* § 390 (1958); *Restatement (Second) of Contracts* § 173 (1981); *Restatement (Second) of Trusts* § 170(2) (1959).

²⁶⁰ “La buena fe en la negociaciones no implica total revelación” R. FISHER & W. URY, nota 1, *supra*, at 140. Sin embargo los autores ilustran esto al decir, meramente, que las partes no necesitan revelar su precio más alto (o más bajo).

²⁶¹ *NLRB v. Truitt Mfg. Co.*, 351 U.S. 149, 152-53 (1956). Ver R. GORMAN, nota 223, *supra*, at 409-18.

²⁶² Por ejemplo, *Curtiss-Wright Corp. v. NLRB*, 347 F.2d 61 (3d Cir. 1965).

asuman explícitamente. Las partes en tales negociaciones pueden, a diferencia de las partes envueltas en negociaciones colectivas, ser competidores. Incluso si no lo son, a menudo se preocupan que la información divulgada durante las negociaciones no caiga en las manos de competidores. La imposición de un deber de revelar información a una parte también plantearía la cuestión del alcance del deber de reserva y confidencialidad de la otra parte. Entre los tipos más comunes de acuerdos *stop-gap* están los que establecen obligaciones de revelar información material y de mantener confidencialidad²⁶³. Dada la facilidad con la cual las partes pueden manifestar los temas de divulgación de información y de cuestiones relacionadas a la confidencialidad, allí está la escasa razón para que una corte imponga tal requisito de divulgación, más allá de la imposición por la ley de *misrepresentation*. Ahora damos vuelta al problema de la divulgación donde una parte se encuentra envuelta en negociaciones paralelas.

5. Negociación con terceros

¿Una parte envuelta en un acuerdo de negociar se encuentra restringida de llevar negociaciones paralelas con otros? ¿Para comenzar, la justicia requiere siempre que una parte al negociar con otra se le excluya de negociar con otros? Knapp sugiere que sí sobre la base que “la separación simplemente porque una mejor oferta se ha recibido de terceros (...) parece el caso más obvio de mala fe”²⁶⁴. Con todo, las negociaciones paralelas son tan comunes en la práctica y tan importante para la competencia que es duro ver cómo puede haber tal requisito en ausencia de un compromiso que las negociaciones serán exclusivas²⁶⁵. La negociación colectiva no ofrece una analogía útil aquí; puesto que la

negociación exclusiva es requerida por la ley, no hay ocasión para ello. Las disposiciones de la “negociación exclusiva” no son, sin embargo, inusuales en los acuerdos preliminares resultantes de las negociaciones ordinarias de contratos, donde pueden ser consentidas por una parte que no conceda un derecho de preferencia.

Una cláusula típica de negociación exclusiva obliga a una de las partes a abstenerse de negociar con otros por un período de tiempo determinado. Aunque no todas las cortes han establecido que tales cláusulas son inexigibles²⁶⁶, tres casos de la corte del Distrito Federal, aplicando la ley de Nueva York, han tomado esta posición sobre la base que no son suficientemente definidos. En dos de los casos el compromiso no fue limitado en el tiempo, de modo que la corte hubiera tenido que decidir cuándo la obligación de la negociación hubiera sido cumplida, y se buscó una orden judicial, de modo que la determinación adquirió una importancia especial²⁶⁷. Parece poco probable que estas decisiones sean seguidas por las cortes que ya han demostrado receptividad a los compromisos explícitos de negociar de manera justa²⁶⁸. En la elaboración de tales cláusulas nadie debe pasar por alto la importancia de especificar un límite de tiempo para la exclusividad.

6. Renunciar

Un acuerdo para negociar generalmente establece, y por lo menos en forma sumaria, los términos en los cuales las partes han alcanzado un acuerdo, aunque estos términos no sean vinculantes. ¿Es *unfair dealing* renunciar a tal compromiso? Puede ser que se parezca así puesto que la razón común para celebrar un acuerdo para negociar es prevenir la reapertura de las materias en las cuales se alcanzado un acuerdo²⁶⁹. De hecho,

²⁶³ Ver *General Portland, Inc. v. LaFarge Coppee S.A.*, [1982-1983 Transfer Binder] Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P99,148, at 95,540 (N.D. Tex. 1981) (si los acuerdos de confidencialidad no podían ser usados “esto podría interrumpir substancialmente los presentes procesos de negociación y consumación de las adquisiciones y fusiones.”)

²⁶⁴ Knapp, nota 2, supra, at 721. Es de mala fe el retirarse cuando se recibe una mejor oferta, es presumiblemente, de mala fe, el buscar una mejor oferta negociando con un tercero no involucrado.

²⁶⁵ La situación aquí es diferente a la de un acuerdo con términos abiertos, donde las negociaciones con otros pueden demostrar la falta de voluntad de obedecer lo estipulado en el acuerdo. Ver *Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am. v. Butler*, 626 F. Supp. 1229, 1232 (S.D.N.Y. 1986) (“la comunicación de los prestatarios a los otros prestamistas (...) demuestra su profesa intención de protegerse de la decisión del prestamista de no proceder con el préstamo”) Para un raro caso en el cual una de las partes se reservó el derecho de “negociar con cualquier otra persona interesada,” ver *Ridgeway Coal Co. v. FMC Corp.*, 616 F. Supp. 404, 408 (S.D.W. Va. 1985).

²⁶⁶ *Channel Home Centers v. Grossman*, 795 F.2d 291, 300 (3d Cir. 1986) (actividad específica disponible); *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900 (Colo. 1982) (en banc); *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 400, 420 N.E.2d 363, 365, 438 N.Y.S.2d 482, 484 (1981) (dictum). Bajo estos casos, parece que una “negociación exclusiva” requiere que la parte negocie, no que se abstenga a negociar con otros. *Channel*, 795 F.2d at 300; *Vigoda*, 646 P.2d at 904; *American Broadcasting*, 52 N.Y.2d at 400, 420 N.E.2d at 365, 438 N.Y.S.2d at 484.

²⁶⁷ Los dos casos son *Metromedia Broadcasting Corp. v. MGM/UA Entertainment Co.*, 611 F. Supp. 415 (C.D. Cal. 1985) (MGM/UA empezó a negociar de forma exclusiva con Metromedia antes de negociar con una tercera parte; prescripción denegada) y *Candid Prods., Inc. v. International Skating Union*, 530 F. Supp. 1330, 1332 (S.D.N.Y. 1982) (Skating Union decidió no “negociar ningún contrato más con respecto a los derechos de los Campeonatos Mundiales (...) sin antes negociar de buena fe con Candid”); prescripción y daños denegados). El tercer caso es *Jillyc Film Enters., Inc. v. Home Box Office, Inc.*, 593 F. Supp. 515, 516, 521 (S.D.N.Y. 1984) (provisión que imponía la obligación de “negociar exclusivamente y de buena fe” por un periodo de 90 días fue inejecutable); ver también los casos en los cuales se aplica la ley de Nueva York, citada en la nota 199, supra.

²⁶⁸ Ver *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900, 904-05 (Colo. 1982) (en banc); también *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 420 N.E.2d 363, 438 N.Y.S.2d 482, (1981) (reconoció la ejecutabilidad de lo hecho, pero rehusándose a una actividad específica). Incluso si se decide que un acuerdo de negociaciones exclusivas es ejecutable, esto no necesariamente sigue a acción para un *tortious interference with that undertaking would lie*. Ver *Cineplex Corp. v. Viking Rideau Corp.*, 28 Bus. L. Reps. 212, 218 (Ont. 1985).

²⁶⁹ Ver F. IKLE, nota 165, supra at 99 (en la que se refiere a la negociación de tratados artículo-por-artículo. “El mismo hecho que las partes laboriosamente negocian la una con la otra para llegar a un acuerdo sobre estos temas punto por punto constituye una promesa implícita que el trabajo de ayer no va a ser destruido al día siguiente al reabrir estos acuerdos parciales”).

las partes que no desean imposibilitarse de discutir nuevamente tales materias, argumentan que su acuerdo no las obliga. Aunque tal disposición exista, la parte debe ser libre de formular propuestas creativas que pueden ser ventajosas para ambas partes, especialmente en negociaciones de no suma cero. Debe, por lo tanto, permitirse ofrecer una concesión a cambio de una modificación de un término ya colocado en el acuerdo²⁷⁰. Está permitido, después de todo, en cualquier contrato hacer lo mismo a cambio de una modificación de un término del contrato.

La pregunta difícil toma en cuenta el efecto del rechazo absoluto de una parte para seguir un término en el cual se ha alcanzado el acuerdo a menos que la otra parte haga una concesión en una cuestión que todavía no se ha negociado. Si el acuerdo preliminar fuera uno con términos abiertos, más que uno de negociar, tal rechazo sería un alejamiento del acuerdo y por lo tanto un incumplimiento. Aunque el acuerdo es solamente uno para negociar, la imposición de tal condición parecería, especialmente si se avanzan las negociaciones, equivaler a un rechazo a negociar y por lo tanto también un abandono e incumplimiento.

Esta conclusión encuentra su soporte en la ley laboral, donde el renunciar a un compromiso hecho durante la negociación colectiva puede considerarse un incumplimiento al deber de negociar en buena fe. Para tomar un caso extremo, el NLRA incluye explícitamente dentro del deber "la ejecución de un contrato escrito que incorpora cualquier acuerdo alcanzado si es pedido por cualquier parte"²⁷¹. Además, renunciar a un compromiso hecho antes de que todos los términos se hayan convenido puede también demostrar mala fe²⁷².

Así, se ha sostenido que el reclamo precipitado de un empleador para honrar un contrato tentativo que cubría alguno pero no todos los puntos, constituye la mala fe²⁷³. Una parte puede, sin embargo, liberarse demostrando que había una buena razón para retirarse²⁷⁴.

7. Rompiendo negociaciones

La discusión se ha ocupado hasta ahora de los reclamos de injusticia que una parte puede utilizar para justificar el rompimiento de las negociaciones y la búsqueda de daños a la confianza. Esto sería una respuesta apropiada para una parte que, por ejemplo, afirma que las tácticas dilatorias de la otra parte equivalen a un rechazo a negociar. Pero, ¿si la otra parte rompe las negociaciones? ¿En qué circunstancias esto permitiría que la parte afectada demande por daños a la confianza?

Habría situaciones, por supuesto, en las cuales la otra parte tuvo una justificación para terminar las negociaciones, y en estos casos la parte perjudicada no tiene derecho a ninguna compensación. La otra parte pudo haberse justificado sobre la base *unfair dealing* por la parte perjudicada. La otra parte también pudo haberse justificado bajo el argumento del error o de circunstancias cambiantes. Una de las partes en un acuerdo preliminar debe ser, antes que nada, más libre que una parte en un contrato final de invocar discusiones tales como error, impracticabilidad y frustración²⁷⁵. Por ejemplo, podría no ser un incumplimiento de un acuerdo para negociar que el potencial comprador de un negocio se retire de las negociaciones bajo el argumento de una inesperada caída de su inversión.

²⁷⁰ Se ha sugerido, por ejemplo, que el uso de "form terms," incluso para términos subsidiarios, "pueden limitar incluso las posibles compensaciones para soluciones más creativas entre los términos subsidiarios y los puntos del acuerdo." MENKEL-MEADOW, nota 1, supra, at 792. Se asume normalmente que se llega primero a un acuerdo sobre los términos básicos y luego los subsidiarios. Ver EISENBERG, nota 157, supra, at 666-72. Sin embargo, las negociaciones pueden comenzar con los términos subsidiarios para sacarlos del camino o para ganar una ventaja psicológica. La flexibilidad puede ser de particular importancia en este último caso.

²⁷¹ 29 U.S.C. § 158(d) (1982). La Corte Suprema había llegado antes a la misma conclusión en la ausencia de un estatuto mandatorio. *H.J. Heinz Co. v. NLRB*, 311 U.S. 514 (1941).

²⁷² Ver R. GORMAN, nota 223, supra, at 408 ("Aunque los principios convencionales de la ley del contrato pueden autorizar el retiro de un acuerdo aún no confirmado completamente, tal retiro durante negociaciones laborales se puede tratar evidencia de mala fe").

²⁷³ *San Antonio Mach. & Supply Corp. v. NLRB*, 363 F.2d 633, 635 (5th Cir. 1966); ver también *American Seating Co. v. NLRB*, 424 F.2d 106, 108 (5th Cir. 1970) ("Está bien establecido que el retiro del empleador de las propuestas de contrato, a las que tentativamente se acordaron (...) sin una buena causa, es evidencia de la falta de buena fe al negociar...").

²⁷⁴ *Food Serv. Co.*, 202 N.L.R.B. 790 (1973) (el abogado que fue retenido por el empleador después de que se llegara a acuerdos tentativos dio suficientes razones para, de acuerdo con sus recomendaciones, el empleador de retirara del acuerdo).

Aunque las cortes se han referido raramente al problema de renunciar durante negociaciones ordinarias de un contrato (para un ejemplo raro ver *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.*, 416 F. Supp. 224, 240 (N.D. Ill. 1976)), mi conclusión halla soporte en un caso inglés en el cual la corte discutió la renuncia en un contexto relacionado. Después de las negociaciones para un arriendo en el cual se había llegado a un acuerdo en la mayoría de los términos, los dueños emprendieron a hacer las alteraciones deseadas por los arrendatarios, que convinieron la paga de las mismas. Cuando las negociaciones fracasaron por la negativa de los dueños de conceder a los arrendatarios una opción de compra, las alteraciones fueron paradas y los dueños demandaron para que fueran pagadas. A la falla a favor de los dueños, la corte razonó que los arrendatarios aceptaron el riesgo de que las negociaciones fallaran debido al posible desacuerdo sobre un tema, tal como la opción de compra, en cuanto a la cual no había habido ya acuerdo. *Brewer St. Inv. v. Barclays Woollen Co.*, [1954] 1 Q.B. 428, 438 (C.A. 1953). Lo decidido podría haber sido considerado condicional sobre los dueños "quienes pensaba los mismo que habían revelado antes" de decidido, así que si el arriendo hubiera fallado porque los dueños habían renunciado a los términos convenidos ya, los arrendatarios no se habrían visto obligados. Id. at 433 (citando al juez). La corte asumió que los arrendatarios habrían sido culpables si renunciaran a un punto sobre el que ya se había convenido. Esta se asumió sobre la base de los términos de un acuerdo *stop-gap*; habría sido más fácil hacerlo sobre la base de los términos de un acuerdo explícito de negociar.

²⁷⁵ Por analogía, los estatutos y la regulación que hacen que las ofertas sobre proyectos del gobierno irrevocables contienen reglas elaboradas que se refieren a los casos en los que se presentan demandas por errores. Ver, por ejemplo, *Federal Acquisition Regulation*, 48 C.F.R. § 14.406 (1986); *Cal. Pub. Cont. Code* §§ 5101-5103 (West 1985).

A veces, una parte no tiene ninguna de estas justificaciones para romper las negociaciones. La parte ha agotado simplemente su paciencia y ha concluido que las negociaciones no tienen ninguna posibilidad de éxito. ¿Cuándo el rompimiento en las negociaciones de una parte se justifica bajo este argumento? Si las negociaciones se han bosquejado cuidadosamente, pueden contener un límite de tiempo externo²⁷⁶, pero en la mayoría de los casos la respuesta se debe derivar de las circunstancias.

Según el NLRA, el concepto de *impasse* se ha desarrollado para ocuparse de un problema comparable cuando se presenta durante la negociación colectiva. Si la negociación en buena fe ha dado lugar a un *impasse*, el empleador no está prohibido de realizar cambios unilaterales en términos del empleo. Según un cuerpo substancial de la jurisprudencia, un *impasse* es un "estado de los hechos en los cuales las partes, a pesar de la buena fe, simplemente se estancan"²⁷⁷. Si las partes han alcanzado este estado se ha descrito como "una cuestión de juicio" pasa a analizar factores tales como la "historia de la negociación", la buena fe de las partes en las negociaciones, la duración de las negociaciones, la importancia de (...) cuestiones discrepantes, [y] la comprensión contemporánea de las partes en cuanto al estado de las negociaciones"²⁷⁸.

Un concepto de *impasse* es esencial para la obligación de *fair dealing* en negociaciones ordinarias de contratos. Si una parte va a negociar de buena fe, no debe ser libre de cambiar su parecer arbitrariamente sin agotar razonablemente el proceso de negociación²⁷⁹. El Séptimo Circuito, por ejemplo, ha sostenido que un jurado podría encontrar que una sociedad que negociaba para vender una de sus divisiones había violado un compromiso asumido en una carta de intención para negociar en buena fe decidiendo el mantenimiento de la división y rompimiento las negociaciones un par de meses más adelante²⁸⁰. Implícito en tal conclusión se encuentra la asunción que las negociaciones no habían alcanzado un *impasse* antes de que fueran interrumpidas. El

Tribunal Supremo de Colorado ha invocado explícitamente el concepto de *impasse* al decir que "presupone un esfuerzo razonable de negociar en buena fe para alcanzar el acuerdo"²⁸¹. La corte encontró que para determinar si hubo un *impasse* o si la parte que rompió las negociaciones se había negado a negociar, la pregunta que debía formularse era sobre los hechos²⁸².

¿Pero si una parte rompió negociaciones para concluir un negocio con terceros²⁸³? La experiencia bajo el NLRA no ayuda a aclarar esta pregunta porque las negociaciones bajo estas normas son exclusivas. Una parte de un acuerdo para negociar quién ha emprendido negociaciones exclusivas con otro simplemente no puede concluir un negocio con terceros hasta que expire el plazo de la negociación exclusiva o, si tal plazo no se hubiera pactado, hasta que se llegue a un *impasse*.

Si una parte no ha acordado negociar exclusivamente, resulta improbable que razonablemente puede esperarse renuncie a la oportunidad de concluir un negocio con terceros antes de que se haya alcanzado el *impasse*. El hecho que se le permita involucrarse en negociaciones paralelas apoya esta conclusión²⁸⁴. La incertidumbre de cuándo se alcanza el *impasse* y del control que la otra parte pueda tener cuando se alcanza este *impasse* ya convierten en una conclusión práctica. En ausencia de una indicación contraria, como fijar un plazo para las negociaciones, no debe esperarse a que una parte renuncie a otras oportunidades que pueden resultar de negociaciones paralelas. Para tomar un ejemplo simple, si el trato es para la venta de mercancías para las cuales hay un mercado, no se espere que una parte desaproveche las ventajas que vienen de los cambios en el mercado.

Pero incluso si la exclusividad no se requiere, una podría no encontrarse tan libre de negociar con terceras personas como si no hubiera acuerdo para negociar. Parece razonable esperar que alguien que ha acordado negociar con otro lo mantenga informado sobre

²⁷⁶ Ver notas 266-68, supra y el texto que las acompaña. En el caso *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900 (Colo. 1982) (en banc), la corte sostuvo que había una pregunta factual, sobre si se había llegado al *impasse* antes de que el periodo de 90 días de negociación exclusiva concluyera.

²⁷⁷ *NLRB v. Tex-Tan, Inc.*, 318 F.2d 472, 482 (5th Cir. 1963).

²⁷⁸ *Taft Broadcasting Co.*, 163 N.L.R.B. 475, 478 (1967), enforced sub. nom. *American Fed'n of Television & Radio Artists v. NLRB*, 395 F.2d 622 (D.C. Cir. 1968). Se dice que es poco claro si una creencia razonable sobre un *impasse* es suficiente, o si el *impasse* debe de existir. R. GORMAN, nota 223, supra, at 449.

²⁷⁹ "Cada uno considera que el retiro del otro, por una razón diferente al fracaso de llegar a un acuerdo sobre los puntos restantes, es injustificado..." KNAPP, nota 2, supra, at 685-86. Knapp, sin embargo, considera que el negociar con otro, como cambiar sus opiniones, es una violación. Ver, nota 264 supra y el texto que la acompaña.

²⁸⁰ *Chase v. Consolidated Foods Corp.*, 744 F.2d 566, 571 (7th Cir. 1984).

²⁸¹ *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900, 904 (Colo. 1982) (en banc).

²⁸² Id.

²⁸³ Si esto es considerado una violación, la tercera parte podría ser considerada como responsable por interferencia dañina en el acuerdo para negociar.

²⁸⁴ Parece no haber razón para que una parte no realice dos acuerdos para negociar con otras dos partes. Si es así, el realizar un acuerdo último con cada parte puede ser difícilmente considerado una violación del acuerdo para negociar con la otra parte.

propuestas relevantes de los terceros para permitirle tomar cuenta de ellas en las negociaciones. Si una parte que ha llegado a tal acuerdo para negociar terminara precipitadamente las negociaciones, especialmente si son avanzadas, aceptando la oferta de una tercera persona sin dar a la otra parte de la negociación una oportunidad de responder a la oferta ascendería ordinariamente a un incumplimiento del deber de *fair dealing*. Incluso, uno que no tenga derecho de preferencia alguno puede sin embargo tener la oportunidad de hacer una oferta competidora²⁸⁵. Para utilizar el mismo ejemplo de las mercancías para las cuales hay un mercado, no sería *fair dealing* que una parte se aproveche de un cambio del mercado sin primero dar al otro una oportunidad de reaccionar al cambio y de responder.

8. Resumen

Cada parte de un acuerdo para negociar espera razonablemente ser compensada por su justificable confianza, incluyendo las oportunidades perdidas, en el compromiso de la otra de negociar de acuerdo con un estándar de *fair dealing*. Ese estándar ordinariamente requiere por lo menos tres cosas. Primero, que la parte realmente negocie y se abstenga de imponer condiciones impropias. En segundo lugar, requiere que la parte divulgue suficiente información sobre cualquier negociación paralela para permitir a su contraparte una oportunidad razonable para formular propuestas a competidoras. Tercero, requiere que la parte continúe las negociaciones hasta que se haya alcanzado un *impasse*, o hasta que se justifique la ruptura de las negociaciones.

El estándar, sin embargo, no requiere que la parte negocie exclusivamente, que negocie algún plazo específico, o que divulgue la base de sus propuestas. Este estándar también impide que la parte rompa las negociaciones por razones justificables tales como la falta de su contraparte de actuar bajo el estándar de *fair dealing* y confunda o cambie condiciones, incluyendo la oportunidad de concluir el negocio con terceros. Las restricciones a esta libertad pueden, sin embargo, imponerse explícitamente en el acuerdo.

Puede objetarse que el deber de *fair dealing* sugerido aquí implica inevitablemente una corte enfrente complicadas preguntas sobre los "motivos". Esto es verdad. Si, por ejemplo, una parte revela públicamente el estado de las negociaciones, esto se puede ver como *unfair dealing* si fue motivada por un deseo de abortar

las negociaciones pero no si fue motivada por un deseo de ganar una mejor posición en las negociaciones. Pero esto no es una objeción fatal. Las cortes regularmente hacen tales determinaciones de motivación en la aplicación del estándar de la buena fe en la ley laboral. Además toman decisiones análogas en cuanto a motivación en casos contractuales al aplicar la prueba de la "satisfacción honesta".

Una objeción más problemática es que imponiendo un deber de *fair dealing* a una parte que cambia de parecer y desea abortar las negociaciones puede conducir a buscar la forma de evitarlo, fomentando así a que este ate a su contraparte para evitar un cargo de *unfair dealing*. Mientras que esa parte habló y se atasco en el *impasse*, las pérdidas de la confianza de la otra parte contarían. Mientras que esta objeción puede ser fatal si se propusiera que las cortes impongan un deber general de *fair dealing*, es menos convincente como razón para que no se haga cumplir un acuerdo por las partes de imponer tal deber ante sí mismo. Si las partes concluyen que las ventajas de un acuerdo para negociar compensan sus riesgos sin dudas una corte no debe rechazar honrar esa conclusión sobre la base de una conclusión contraria. Además, si las partes consideran los riesgos como significativos, pueden limitarlos fijando un plazo en que el deber de *fair dealing* ya no es exigido.

CONCLUSIÓN

La actual ley de contratos ha sido criticada por no poder ocuparse adecuadamente de la negociación y, en particular, por no poder proteger los derechos de las partes si sus negociaciones fallan. La aplicación de los principios básicos de la ley de contratos al proceso de la negociación revela que la crítica es injustificable. Los cuatro regímenes que he identificado, al que las partes negociantes pueden estar sujetas, proporcionan un marco satisfactorio para determinar si la responsabilidad será consecuencia de un tipo particular de comportamiento. Dos de estos regímenes son los conocidos regímenes polares de la negociación y del acuerdo final. Dos son los regímenes intermedios que las partes pueden imponerse a sí mismos por el acuerdo preliminar –acuerdo con términos abiertos y acuerdo para negociar. La ley de contratos existente es adecuada para proteger a las partes bajo los cuatro regímenes.

Las cortes no han impuesto una obligación general de *fair dealing* bajo el régimen de la negociación. La parte afectada puede, sin embargo, tener un reclamo basado

²⁸⁵ Así como una parte que prefiere una opción, puede conformarse con un derecho a rehusarse primero, una parte que prefiere un derecho a rehusarse primero puede conformarse con acuerdo para negociar. Incluso, si una parte de este tipo de acuerdo, no tiene derecho a negociar para equiparar una oferta de la competencia, esta parte puede valorar el derecho a hacer una oferta más atractiva. Esto es más probable si las ofertas involucran términos muy diferentes.

en la restitución, en *misrepresentation*, o en una promesa específica. La recuperación por las oportunidades perdidas se debe permitir en casos apropiados. Pero las cortes no deben imponer una obligación general de *fair dealing* y abandonar la perspectiva aleatoria de las negociaciones bajo las cuales cada parte lleva el riesgo que sus esfuerzos no serán compensados si las negociaciones fallan.

Los partes pueden disminuir este riesgo acelerando el proceso de negociación para alcanzar el otro régimen polar del acuerdo final más rápidamente. Las cortes han facilitado esto con su tolerancia a las condiciones de satisfacción, que reservan a una parte algo de la discreción que habría tenido bajo el régimen de la negociación. Las partes de un acuerdo final no están bajo ningún deber de negociar una modificación, pero si eligen hacerlo, están sujetos a una obligación general de *fair dealing*. Si sus negociaciones no pueden dar lugar a una modificación debido a un incumplimiento de esa obligación, la parte afectada no sólo tiene un reclamo por los daños causados por el incumplimiento parcial del acuerdo final sino también, en una situación extrema, tiene la facultad de poner fin a ese acuerdo y demandar los daños por su incumplimiento total.

Las partes de un acuerdo preliminar con términos abiertos esperan más negociaciones adicionales sobre los términos abiertos. Si las negociaciones no pueden dar lugar al acuerdo sobre los términos abiertos, una corte proveerá los términos que faltan y hará cumplir el acuerdo. Como bajo el régimen del acuerdo final, las partes están sujetas a una obligación general de *fair dealing* en estas negociaciones. Una vez más si sus negociaciones no dan lugar al acuerdo de términos abiertos debido a un incumplimiento de esa obligación, la parte afectada no sólo tiene un reclamo por los daños causados por el incumplimiento parcial del acuerdo con términos abiertos sino también, en una situación extrema, tiene la facultad de poner fin ese acuerdo y demandar los daños por incumplimiento total.

Las partes en un acuerdo preliminar para negociar también anticipan negociaciones adicionales. Pero en contraste con un acuerdo con términos abiertos, si las negociaciones no pueden dar lugar al acuerdo final, no habrá acuerdo alguno para exigir. Algunas cortes han rechazado obligar a cumplir tales acuerdos de negociar, incluso donde las partes han emprendido explícitamente una obligación de *fair dealing*. Estas decisiones son incorrectas. Las cortes hacen cumplir generalmente los acuerdos privados que no afecten el orden público. Las cortes se han resistido a hacer cumplir obligaciones de *fair dealing* en negociaciones bajo regímenes del acuerdo final y del acuerdo con términos abiertos. No hay razón adecuada para rechazar dar efecto a la intención explícita de las partes

de llegar a un acuerdo para negociar

El contenido específico del deber de *fair dealing* ha recibido poca atención en opiniones o comentarios. La atención a los principios básicos de la ley de contractual, contemplados por lecciones, forma la solución de problemas análogos bajo el deber de negociar con buena fe en la ley laboral, sugiere siete tipos posibles de injusticia: negativa a negociar, propuestas irrazonables, tácticas impropias, ocultamiento de información relevante, negociación con terceros, retiro y rompimiento de negociaciones. Según los términos de un acuerdo para negociar, el estándar de *fair dealing* requiere ordinariamente: (1) negociaciones reales sin la imposición de condiciones impropias; (2) acceso de información sobre negociaciones paralelas para dar una oportunidad razonable de formular propuestas competidoras; y (3) negociación continuada hasta que se alcance el *impasse* a menos que haya otra justificación para interrumpir las negociaciones. A falta de disposición en contrario y en la medida que se haya dado información adecuada a la otra parte, el cerrar un negocio con un tercero no constituye un incumplimiento del deber de *fair dealing*.

Las negociaciones no caben en el molde de la oferta y de la aceptación, pero eso no significa que los principios básicos que rigen la ley contractual sean inadecuados para proteger los derechos de las partes si sus negociaciones fallan. Aplicando esos principios a los cuatro regímenes que he identificado, las cortes pueden alcanzar soluciones justas a los conflictos que se presentan sobre negociaciones fallidas.

APÉNDICE EJEMPLOS DE ACUERDOS PRELIMINARES

Los ejemplos siguientes describen seis acuerdos preliminares que comúnmente son objeto de litigios, cómo se utilizan normalmente y qué clases de cuestiones legales causan característicamente. También ilustran todos los tipos discutidos en este artículo: acuerdos con términos abiertos (ejemplos 1 y 2), acuerdos para negociar (ejemplo 2), acuerdos de celebrar una transacción (ejemplos 3, 4 y 6), acuerdos *stop-gap* (ejemplo 5), y acuerdos no vinculantes (ejemplo 6).

Ejemplo 1 Contratos de compra de propiedades inmobiliarias

Cuando un corredor de propiedades inmobiliarias arregla la venta de una casa, el vendedor y el comprador, que pueden no conocerse hasta después, a menudo firman un acuerdo simple en el formato proporcionado por el corredor llamado por nombres tales como un *binder*, un *earnest money agreement* o un recibo de depósito.

Contiene elementos básicos tales como una descripción de las características de la propiedad, el precio, el pago inicial, y la fecha de cierre del contrato, y comúnmente establece que la obligación del comprador está sujeta a financiamiento. A veces, el formato hace mención expresa de un próximo acuerdo más detallado. Al mismo tiempo el comprador hace un pago pequeño, generalmente adecuado para cubrir la comisión del corredor. Esto ocurre porque la comisión puede no ser ganada si no se ha celebrado un contrato obligatorio. Es de interés del corredor que este acuerdo preliminar se vincule. Además esto puede ser de interés de las partes involucradas en la venta. El comprador puede desear la seguridad que le otorgue un contrato antes que abandonar otras posibilidades y de hacer esfuerzos para conseguir el financiamiento; el vendedor puede desear lo mismo antes de sacar el inmueble del mercado. El acuerdo preliminar contiene solamente los términos básicos del trato. Típicamente las partes cuentan con que la venta sea regulada por los términos generalmente usados en estas transacciones. Adicionalmente, probablemente, aún queden algunos detalles por resolver antes de que se firme el contrato final. Las partes esperan negociar estos términos abiertos después de que se firme el acuerdo preliminar.

Ocasionalmente, las cortes se han negado a hacer cumplir tales acuerdos preliminares en medida que hayan sido vistos demasiado indefinidos como para exigir su cumplimiento²⁸⁶, o demasiado indefinidos para específicamente exigir su cumplimiento si lo que se busca es una reparación específica²⁸⁷. Ellos no han preocupado de la posibilidad que las partes no tuvieran la intención de obligarse hasta que se llegara a un acuerdo más detallado²⁸⁸, incluso si había una referencia expresa a tal acuerdo²⁸⁹.

Las partes están bajo una obligación implícita de negociar los términos abiertos. Si no pueden convenir en ellas, la corte proveerá los términos que faltan, una tarea que se

hace más fácil por la circunstancia que los términos de las transacciones ordinarias sobre propiedades inmobiliarias son relativamente estándares²⁹⁰. Tales acuerdos preliminares son del tipo referido en este artículo como "acuerdos con términos abiertos"²⁹¹.

Ejemplo 2

Cartas de intención en fusiones y adquisiciones

Durante las negociaciones para una adquisición o una fusión corporativa, las partes usualmente firman cartas de intención²⁹². La carta, preparada generalmente por abogado del comprador, indica la naturaleza de la transacción contemplada y resume sus términos básicos, incluyendo los términos del pago y las condiciones principales del cierre. Éstos pueden incluir, por ejemplo, aprobaciones por las agencias estatales y consentimientos por parte de terceros, obtener financiamiento para el comprador, y determinadas ganancias netas por parte de la sociedad a ser adquirida. La carta a menudo mencionará que un "contrato formal" está contemplado o que la carta está sujeta a tal contrato, y puede establecer que "no será legalmente vinculante" o que no crea "ningún derecho o deber en favor de cualquiera de las partes".

El uso de cartas de intención de ninguna manera es universal, porque aunque puede ser favorable para el comprador tentar a la sociedad que pretende adquirir con una versión simplificada del contrato, el riesgo que otros compradores potenciales aparezcan puede incentivar al comprador a acelerar las negociaciones con la esperanza de alcanzar el contrato final más pronto²⁹³. Cuanto mayor sea la complejidad de la transacción y su demora antes de su esperada consumación, más probable es el uso de una carta de intención²⁹⁴.

Se ha dedicado mucho tiempo y esfuerzo en las últimas dos décadas litigando sobre si tales cartas obligan a las partes. Los profesionales experimentados recomiendan

²⁸⁶ Ver, por ejemplo, *Peterson v. Conida Warehouses, Inc.*, 98 Idaho 883, 575 P.2d 481 (1978).

²⁸⁷ Ver, por ejemplo, *Tumulty v. Severdija*, 233 So. 2d 837 (Fla. Dist. Ct. App. 1970); *Luke v. Conrad*, 96 Idaho 221, 526 P.2d 181 (1974).

²⁸⁸ *Howard v. Thomas*, 270 Or. 6, 526 P.2d 552 (1974) (actividad específica)

²⁸⁹ Por ejemplo, *Hedges v. Hurd*, 47 Wash. 2d 683, 289 P.2d 706 (1955) (en banc) (el recibo llamaba a la ejecución de un segundo contrato para transferir la garantía).

²⁹⁰ Ver, por ejemplo, id. at 689, 289 P.2d at 709-10 (Hill, J., concurring).

²⁹¹ Si las partes no anticipan que su acuerdo inicial va a ser seguido por un acuerdo último, el acuerdo inicial es en sí un acuerdo último con términos abiertos. Los contratos de compra de bienes raíces pueden ser descritos como acuerdos para realizar una transacción, aunque tengan términos abiertos.

²⁹² Ver, J. FREUND, nota 165, supra, at 59-67, revisado por FREUND. "Nota del Autor". En: "Corporate and Commercial Finance Agreements". S. Tomczak, ed. 1984. § 6.152. BRYAN. "Letters of Intent, Public Announcements, and Insider Trading". En: "Business Acquisitions". J. Herz & C. Baller Editores. 2da. Edición. 1981. p. 121).

²⁹³ En acuerdos relativamente pequeños, las partes pueden basarse en una memorando informal no firmado o incluso en un apretón de manos. Si la transacción incluye la venta de acciones, está sujeta al estatuto de fraude en U.C.C. § 8-319 (1978). Si esta involucra la venta de activos, puede ser considerada como un contrato para la venta de "bienes" o otra "propiedad personal" sujeta al estatuto de fraudes en U.C.C. § 2-201 or § 1-206. Ver *De Filippo v. Ford Motor Co.*, 516 F.2d 1313 (3d Cir. (bienes), cert. denied, 423 U.S. 912 (1975); *Olympic Junior, Inc. v. David Crystal, Inc.*, 463 F.2d 1141 (3d Cir. 1972) (propiedad personal).

²⁹⁴ La carta puede dar pie al anuncio público del acuerdo. Normalmente, la ley Federal de Garantías requiere que se lleve a cabo una revelación pública cuando se ha llegado a un acuerdo en principio si el objetivo es público o si la adquisición está sujeta a un *publicly-owned purchaser*. Ver J. FREUND, nota 165, supra at 67-73. La revelación pública puede darle al comprador la ventaja de poner presión para completar el acuerdo sobre el objetivo, a fin de que parezca que el comprador ha encontrado algo malo en el objetivo. En años recientes, sin embargo, esta ventaja que el anuncio público da al comprador ha sido compensada por la desventaja que el anuncio público puede animar a ofertas competidoras. Ver FREUND, nota 292, supra, § 6.152.

la inclusión de una disposición que indique claramente que la carta es no vinculante²⁹⁵, por lo que tales negaciones de responsabilidad han sido aceptadas por las cortes²⁹⁶. Quien redacta la carta debe tener cuidado de evitar un lenguaje contradictorio o poco claro. Así, una disposición en una carta de intención señalando que estaba “sujeta a un contrato formal” no evitó que la carta sea obligatoria para todas las partes, ya que se hablaba de “esta oferta” siendo “aceptada” y por esto “por sus términos, formalidad y el cuidado extremo en su ejecución, indicaba que las partes tuvieran la intención de obligarse a celebrar un contrato”²⁹⁷. Asimismo, una disposición que explicaba que si las partes no lograban un acuerdo definitivo “no tendrán ninguna otra obligación entre ellas” no fue considerada por la corte como algo que no hiciera a la carta obligatoria en la medida que las partes han acordado “hacer todo esfuerzo razonable de acordar y elaborar” tal contrato²⁹⁸. Además, la mayoría de las cartas de intención han guardado silencio en cuanto a su obligatoriedad, y las cortes están decididas en lo concerniente a la obligatoriedad de los términos de esas cartas²⁹⁹, confirmando la recomendación que las partes hagan explícito si desean un acuerdo no vinculante.

Si las partes están obligadas por los términos de la carta, es lo que se llama en este artículo un acuerdo con términos abiertos. Las partes están obligadas por los términos convenidos y están bajo la obligación implícita de negociar términos abiertos. Pero el acuerdo puede ser obligatorio en un sentido más limitado. La carta puede establecer, o sugerir por lo menos, que las partes continúen negociando. Incluir tal lenguaje en un acuerdo obligatorio con términos abiertos no agrega nada, puesto que en su ausencia, la corte advertirá una obligación de negociar los términos abiertos. Si el acuerdo con términos abiertos no es obligatorio, una pregunta se presenta si el lenguaje asciende a un acuerdo para negociar que debe ser cumplido. En ello, las cortes también están divididas³⁰⁰.

Ejemplo 3

Cartas de compromiso hipotecario

El comprador de una casa que busca el financiamiento de un prestamista, comúnmente una institución de ahorros, presenta una solicitud en el formulario del prestamista. La solicitud, que resume los términos del contrato de préstamo, incluyendo la cantidad de préstamo, tipo de interés, términos del pago, derechos de prepago, descripción de la garantía, y documentos a ser entregados al cierre del contrato, es generalmente una oferta. El prestamista responde con una “carta de compromiso” que también resume los términos del contrato de préstamo y generalmente cambia de cierta manera los términos de la solicitud para que sea considerada a una contra oferta. El prestatario acepta esta contraoferta marcando la aceptación en la carta de compromiso. El prestatario también paga una suma que pueda incluir un honorario no reembolsable, para ser guardado por el prestamista como su comisión, y un honorario reembolsable que se devolverá al prestatario si es que el prestamista acepta el préstamo. Cuando el prestamista hace el préstamo en la fecha del cierre, el prestatario ejecuta un contrato de préstamo y otros documentos. Éstos han sido preparados de conformidad con la carta de compromiso por el abogado del prestamista. Las cortes generalmente han hecho cumplir tales acuerdos a los prestamistas. Si el prestamista se niega a hacer el préstamo de conformidad con la carta de compromiso, bien sea porque las tasas de interés han aumentado o porque su abogado ha cuestionado los términos del compromiso, es responsable por daños incluyendo cualquier diferencia en el interés y los honorarios adicionales que el prestatario ha tenido que pagar otro préstamo³⁰¹. Los derechos del prestamista contra el prestatario son menos claros aun. El prestamista no ha tenido problemas para dejar de lado un compromiso con el prestatario, argumentando que el acuerdo es una promesa unilateral del prestamista apoyado por la comisión, y la cual generalmente ha dado lugar a las comisiones reembolsables³⁰².

²⁹⁵ J. FREUND, nota 165, supra, at 61-62; BRYAN, nota 292, supra, at 125.

²⁹⁶ *Pepsico, Inc. v. W.R. Grace & Co.*, 307 F. Supp. 713, 715 (S.D.N.Y. 1969) (“ninguno de los dos está bajo ninguna obligación legal (...) a menos que y hasta que el acuerdo es ejecutado y otorgado”).

²⁹⁷ *Field v. Golden Triangle Broadcasting, Inc.*, 451 Pa. 410, 416-17, 305 A.2d 689, 693 (1973), cert. denied, 414 U.S. 1158 (1974).

²⁹⁸ *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus.*, 248 A.2d 625, 627 (Del. 1968); ver también *American Cyanamid Co. v. Elizabeth Arden Sales Corp.*, 331 F. Supp. 597, 602 (S.D.N.Y. 1971) (“la carta estaba condicionada a la aprobación del Directorio del comprador y bajo la provisión que ninguna de las partes puede verse obligada” si no hay aprobación aunque haya sido una oferta irrevocable).

²⁹⁹ Los casos que sostienen estos argumentos vinculantes, o que al menos pueden serlo, incluyen *V.Soske v. Barwick*, 404 F.2d 495 (2d Cir. 1968), cert. denied, 394 U.S. 921 (1969); *Mid-Continent Tel. Corp. v. Home Tel. Co.*, 319 F. Supp. 1176 (N.D. Miss. 1970); *Pennzoil Co. v. Getty Oil Co.*, No. 7425 (Civ.) (Del. Ch. Feb. 6, 1984) (LEXIS, States library, Del file); y *Borg-Warner Corp. v. Anchor Coupling Co.*, 16 Ill. 2d 234, 156 N.E.2d 513 (1958). Un caso contrario a esta posición es *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257 (2d Cir.), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984).

³⁰⁰ Ver notas 196-215 supra y texto que las acompaña.

³⁰¹ *Zelazny v. Pilgrim Funding Corp.*, 41 Misc. 2d 176, 244 N.Y.S.2d 810 (Dist. Ct. 1963); *Repinski v. Clintonville Fed. Sav. & Loan Ass'n*, 49 Wis. 2d 53, 181 N.W.2d 351 (1970); ver también 999 v. C.I.T. Corp., 776 F.2d 866 (9th Cir. 1985) (daños consecuentes como resultado del fracaso de la adquisición); *Vandeventer v. Dale Constr. Co.*, 271 Or. 691, 534 P.2d 183 (1975) (actividad específica).

³⁰² Esto puede ser considerado como un límite al los recursos del prestamista si el precio es considerado como daños liquidados en vez de una suma que sea aplicada en contra de los daños. *Boston Road Shopping Center, Inc. v. Teachers Ins. & Annuity Ass'n*, 13 A.D.2d 106, 213 N.Y.S.2d 522 (App. Div. 1961), aff'd, 11 N.Y.2d 831, 182 N.E.2d 116, 213 N.Y.S.2d 444 (1962). Ya que la carta requería al prestamista el comprometer sus recursos a favor del prestatario, es difícil evitar que la conclusión sea que el prestatario también estaba vinculado. Ver *Murphy v. Empire of Am., FSA*, 746 F.2d 931 (2d Cir. 1984); *Lincoln Nat'l Life Ins. Co. v. NCR Corp.*, 603 F. Supp. 1393 (N.D. Ind. 1984) (el compromiso de la carta es ejecutable en contra del prestatario, pero el prestamista no pudo demostrar los daños), aff'd, 772 F.2d 315 (7th Cir. 1985).

Aunque obliga, por lo menos al prestamista, una carta de compromiso no impone un régimen distintivo propio. En su lugar el régimen que resulta es el del acuerdo final. Porque ninguno de los términos del posible préstamo se dejará abierto para negociación futura, la carta referida es lo que en este artículo hemos llamado un acuerdo de celebrar a una transacción.

Ejemplo 4

Take-out commitment letters

Dado que los fondos hipotecarios a largo plazo generalmente están disponibles solamente después que se construye un edificio proyectado, el agente encargado del desarrollo de la construcción obtiene, generalmente, fondos para la hipoteca de dos fuentes: los fondos a corto plazo de un prestamista para el período de la construcción, y los fondos a largo plazo de un prestamista permanente para el período después que la construcción ha culminado. Cuando se termina la construcción, el prestamista permanente saca al primer prestamista a través de un préstamo permanente al agente encargado del desarrollo de la construcción, permitiéndole pagar el primer préstamo. Pero el primer prestamista no adelantará el dinero para la construcción sin asegurarse que un prestamista permanente de un préstamo permanente lo sacara cuando se termine el proyecto.

Esta se le asegura al primer prestamista a través de una carta de compromiso del prestamista permanente al agente encargado del desarrollo de la construcción como prestatario. El cumplimiento de esta carta puede ser exigido por el agente encargado del desarrollo de la construcción³⁰³, pero no es claro que pueda ser exigido por el prestamista de la construcción, que puede ser solamente un beneficiario fortuito³⁰⁴. Para consolidar la posición del prestamista de la construcción

contra el prestamista permanente, se acuerda que, para no hacer un nuevo préstamo, más bien el prestamista permanente comprará al primer prestamista el préstamo para la construcción y lo convertirá en un préstamo permanente. Esto es logrado a través de un contrato de compraventa tripartita bajo el cual el prestamista permanente acuerde comprar el préstamo para la construcción, el prestamista de la construcción acuerda venderlo, y el agente encargado del desarrollo de la construcción acuerda aceptar el préstamo permanente³⁰⁵.

La carta de compromiso del prestamista permanente y el contrato de compraventa, aunque obligatorios, no imponen regímenes distintivos. Porque ningún término abierto es dejado para negociación futura, son, como la carta de compromiso simple de hipoteca (ejemplo 3), acuerdos de celebrar transacciones³⁰⁶.

Ejemplo 5

Recibos obligatorios condicionales por el seguro de vida

Una solicitud para contratar un seguro de vida es vista como una oferta para comprar cobertura. La solicitud requiere la aceptación de la forma principal del asegurador de modo que el recibo de la solicitud por parte del agente no equivalga a una aceptación. Esto permite al asegurador determinar si el solicitante es "asegurable", pero también permite que el solicitante revoque la oferta antes de que actúe el asegurador. Para reducir el riesgo que el solicitante revoque su solicitud después de que el asegurador se haya tomado las molestias de coordinar y gestionar un examen médico, el asegurador puede emitir un recibo (o *binder*), otorgándose cobertura desde la fecha de la solicitud³⁰⁷ bajo la condición que el solicitante sea asegurable en esa fecha³⁰⁸. El solicitante ve este

³⁰³ *St. Paul at Chase Corp. v. Manufacturers Life Ins. Co.*, 262 Md. 192, 278 A.2d 12, cert. denied, 404 U.S. 857 (1971); *Pipkin v. Thomas & Hill, Inc.*, 33 N.C. App. 710, 236 S.E.2d 725 (Ct. App. 1977), modified, 298 N.C. 278, 258 S.E.2d 778 (1979). El inversionista puede incluso recibir actividad específica. *First Nat'l State Bank v. Commonwealth Fed. Sav. & Loan Ass'n*, 610 F.2d 164 (3d Cir. 1979) (el prestamista de la construcción como cesionario del inversionista, se le concede actividad específica); *Selective Builders, Inc. v. Hudson City Sav. Bank*, 137 N.J. Super. 500, 349 A.2d 564 (Super. Ct. 1975); ver BRANNON. "Enforceability of Mortgage Loan Commitments". Real Prop. Prob. & Tr. J. 1983. p. 724, 749. ("la tendencia parece ser más liberal en el uso del remedio específico"); MEHR & KILGORE. "Enforcement of the Real Estate Loan Commitment: Improvement of the Borrower's Remedies", Wayne L. Rev. 24. 1978. p. 1011, 1033. ("los prestatarios no podían lograr financiamiento alternativo por un compromiso cancelado generalmente han sido victoriosos en obtener la ejecución específica"). En cuanto a la ejecución específica por el prestamista permanente en contra del prestatario, comparar DRAPER. "The Broken Commitment: A Modern View of the Mortgage Lender's Remedy". En: Cornell L. Rev. 59. 1974. p. 418, 439. (que argumenta que la cortes deben "reinstaurar la certeza sobre las transacciones de grandes hipotecas comerciales especificando que se pueden ejecutar los compromisos no sólo en contra de los prestamistas, sino también de los prestatarios") con GROOT. "Specific Performance of Contracts to Provide Permanent Financing". En: Cornell L. Rev. 60. 1975. p. 718, 742 (que argumenta que la actividad específica debe ser usualmente denegada porque los daños usualmente proveen una compensación adecuada).

³⁰⁴ Compare *American Fletcher Mortgage Co. v. First Am. Inv. Corp.*, 463 F. Supp. 186 (N.D. Ga. 1978) (no ejecutable) con *Girard Bank v. John Hancock Mut. Life Ins. Co.*, 524 F. Supp. 884 (E.D. Pa. 1981) (ejecutable), *aff'd mem.*, 688 F.2d 820 (3d Cir. 1982).

³⁰⁵ Al prestamista de la construcción, sin embargo, le ha sido denegada la actividad específica. *American Bancshares Mortgage Co. v. Empire Home Loans, Inc.*, 568 F.2d 1124 (5th Cir. 1978). Sin embargo, ver *First Nat'l State Bank v. Commonwealth Fed. Sav. & Loan Ass'n*, 610 F.2d 164 (3d Cir. 1980) (al prestamista de la construcción como cesionario del inversionista se le garantiza la actividad específica del compromiso permanente y vigente hecho con el después de la clausura).

³⁰⁶ Esto no es siempre así, ver *Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am. v. Butler*, 626 F. Supp. 1229, 1232 (S.D.N.Y. 1986) (alternativa que señala que el compromiso era un acuerdo con términos abiertos).

³⁰⁷ La fecha de la aplicación es aquella fecha en la cual el futuro asegurado ha completado los requisitos de la aplicación, pagado la prima inicial y sometido a los exámenes médicos.

³⁰⁸ Los aseguradores tienden a escribir recibos sujeto a la condición de aprobación en vez de la de asegurabilidad. En referencia a estos recibos ilusorios, ver *Gaunt v. John Hancock Mut. Life Ins. Co.*, 160 F.2d 599 (2d Cir.) (interpretación contra proferentem), cert. denied, 331 U.S. 849 (1947).

recibo como un medio de obtener una cobertura anticipada.

La mayoría de litigios que involucran tales recibos se refieren a la responsabilidad del asegurador si el solicitante muere después de la fecha de la solicitud. ¿Qué sucede si el solicitante no era asegurable en la fecha de la solicitud bajo los estándares generales del asegurador pero éste no dio ningún aviso del rechazo antes que el solicitante muriera? La mayoría de las cortes han dado efecto a la intención del asegurador y le han permitido escapar de responsabilidad si su determinación post-muerte encuentra que el solicitante no era asegurable³⁰⁹. Esto proporciona cobertura al solicitante que es asegurable a la fecha de la solicitud sin importar un cambio en las circunstancias, pero es muy difícil para el solicitante que, aunque sin ser asegurable bajo los estándares aplicables a la póliza solicitada, pudo haber obtenido otra cobertura. Algunas cortes, por lo tanto, han sostenido que el asegurador es responsable a menos que haya dado aviso de su rechazo antes de la muerte del solicitante³¹⁰.

Sin importar cómo se conteste esta pregunta, un recibo obligatorio condicional es un expediente temporal que no altera el régimen bajo el cual el asegurador y el potencial asegurado negocian su acuerdo final³¹¹. Por lo tanto, esto es lo que se llama en este artículo un acuerdo "stop-gap".

Ejemplo 6

Carta de intención compromiso firme de suscripción

Un emisor envuelto en compromiso firme de suscripción, vende una emisión de sus acciones a un grupo de suscriptores. Estos venden a un grupo más grande de agentes que luego venden las acciones al público. La ley federal establece que una declaración de registro debe ser inscrita antes de que los valores se ofrezcan a los agentes o al público. Antes de elaborar y de imprimir la declaración de registro, el emisor desea asegurarse que los suscriptores estarán disponibles, pero los suscriptores no están dispuestos a comprometerse a comprar las acciones y a tomar el riesgo de una caída en el mercado antes de que la declaración entre en vigencia.

Una solución para los suscriptores y emisor es firmar una carta de intención no vinculante³¹². En ella se precisan los términos de suscripción, pero agrega un lenguaje que establezca que "las partes no tienen la intención de crear responsabilidad u obligación de alguna naturaleza". Las cortes no han dudado en darle efectos y validez a ese lenguaje³¹³.

Si la carta no deja ningún término abierto para negociaciones adicionales, este es un acuerdo llamado en este artículo "acuerdo de celebrar una transacción". Si deja términos abiertos, se llama "acuerdo con términos abiertos" y no afecta el régimen bajo el cual las partes negocian.

³⁰⁹ Ver, por ejemplo, *Mofrad v. New York Life Ins. Co.*, 206 F.2d 491 (10th Cir. 1953). La determinación debe ser una honesta bajo los estándares regulares del asegurado. *Rohde v. Massachusetts Mut. Life Ins. Co.*, 632 F.2d 667 (6th Cir. 1980).

³¹⁰ Por ejemplo, *Simses v. North Am. Co. for Life & Health Ins.*, 175 Conn. 77, 394 A.2d 710 (1978) (interpretación contra proferentem); *Allen v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 44 N.J. 294, 208 A.2d 638 (1965) (doctrina de "expectativa razonable"). California también requiere el reembolso de la prima *Smith v. Westland Life Ins. Co.*, 15 Cal. 3d 111, 539 P.2d 433, 123 Cal. Rptr. 649 (1975) (doctrina de "expectativas razonable" aplicada para imponer responsabilidad donde el futuro asegurado murió luego de la notificación de rechazo, pero antes del reembolso de la prima).

³¹¹ Claro que el asegurador y el asegurado de ninguna manera "negocian" como lo sugiere el análisis de los términos oferta y aceptación. Ver J. GREIDER & W. BEADLES. "Law and the Life Insurance Contract". 4ta Edición. 1979. p. 109-23.; R. KEETON, nota 13, supra § 2.3.

³¹² Otra solución es que los suscriptores hagan que una promesa vinculante condicionada por una cláusula "market out". Ver nota 120, supra.

³¹³ *Dunhill Sec. Corp. v. Microthermal Applications Inc.*, 308 F. Supp. 195 (S.D.N.Y. 1969).

LA BUENA FE EN LA NEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS: APUNTES COMPARATÍSTICOS SOBRE EL ARTÍCULO 1362 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y SU PRESUNTO PAPEL COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Leysser L. León*

¿Constituye la cláusula normativa general de buena fe del Código Civil (artículo 1362) el fundamento legal de la responsabilidad precontractual por interrupción injustificada de las tratativas? ¿Existe sustento legal para afirmar dicha responsabilidad en el Perú? ¿Se trataría de una responsabilidad contractual o extracontractual?

En las páginas que siguen el autor realiza un interesante análisis sobre las cuestiones enunciadas desde la perspectiva del Derecho Comparado. Lo cual, teniendo en cuenta las familias jurídicas que inciden en la regulación de nuestro Código Civil, resulta de suma importancia.

Todos conocemos o, por lo menos, podemos intuir lo que sucedería si es que importamos reglas de otros lugares, muy diferentes al nuestro, y las aplicamos a nuestra sociedad. Ahora, sólo basta con dar una mirada en nuestro Código Civil para convencernos de la mezcla de doctrinas existentes en él. Pero este problema se agudiza cuando no existe una conexión o una integración entre las diferentes doctrinas importadas. Esto puede ser observado en el tratamiento dado por nuestro Código Civil a la responsabilidad precontractual en donde, siguiendo el razonamiento del autor del presente artículo, no podemos encontrar la coherencia y claridad necesarias que posibiliten la comprensión y la aplicación de esta institución.

* Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura italianas en la Università per Stranieri di Perugia (Italia). Doctorando en Derecho Civil de la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia).

1. PREMISA

En las páginas de su entretenida “Storia della filosofia moderna” concernientes a la vida y obra de Leonardo da Vinci, Luciano De Crescenzo refiere una pasmosa experiencia: en un reciente certamen de belleza celebrado en Italia se preguntó a una de las candidatas quién era Leonardo, y esta respondió: “un aeropuerto”. Si tal es la situación –sostiene el autor– “urge que alguien cuente a las nuevas generaciones quién fue el más grande genio del Renacimiento”¹.

Imposible no experimentar una sensación semejante cuando, durante un encuentro académico organizado por una revista de estudiantes, dedicado al análisis y perspectivas del régimen contractual, uno de los expositores, incapaz, para su mala fortuna, de comprender cuanto acababan de explicar los hartos más preparados invitados que lo habían precedido, lanza tan agrias como ridículas críticas contra la doctrina.

El auditorio tiene que asistir otra vez, entonces, a una exhibición de ignorancia –disfrazada, como en otras oportunidades, de pragmatismo y de alardeante conciencia de las exigencias del tráfico económico– sobre el valor de lo que es, en el fondo, y hay que saberlo, el estudio del derecho.

La sorpresa es mayor porque el tema que se debía tratar, en dicha oportunidad, era el de los contratos preparatorios.

Es de suyo deplorable que ninguna voz amiga haya aconsejado a aquel desatinado abogado, antes de que tomara la palabra, que lo mejor que uno puede hacer, cuando no tiene nada que decir, es permanecer en silencio.

Y alguien también debería enseñarle –tal es la palabra– que sin la labor de aquella doctrina, que ha demostrado

conocer meramente de oídas, y que desprecia y minusvalora sin tener ni el más elemental conocimiento de la misma, él ni siquiera habría tenido sobre qué hablarle al público, porque los contratos preparatorios, como bien saben todos los que sí conocen la materia, no han sido una pura creación de comerciantes o letrados, sino también un genuino y laborioso producto de las fatigas de la dogmática jurídica².

El arduo nacimiento de los contratos preparatorios ha sido descrito, justificadamente, con estas palabras: “las necesidades instintivas de la práctica y las tendencias espontáneas del pensamiento jurídico se encontraron con el ala docta (desarrollada, en Alemania, sobre la base de las concepciones del derecho romano y del derecho común), que hubo de elaborar la categoría del *Vorvertrag*, como fase evolutiva de la antigua categoría de los *pacta de contrahendo*”³.

Para quien lo considere necesario, por duda o por sana curiosidad, para salir de un estado de desconocimiento, anotaré que la dogmática ha dado otras pruebas de su “utilidad”, al forjar el instrumental lógico del que se han servido los operadores del derecho de ordenamientos jurídicos foráneos para las soluciones de casos concretos; soluciones que ya han arribado o arribarán, tarde o temprano, e inevitablemente, a nuestra cultura.

Así ha ocurrido con varias teorías de raíz civilística, provenientes de Alemania, y que hoy por hoy están en boca de todos, en diversas partes del mundo –y el Perú, en algunos casos, no es la excepción–, como la alteración de la base del negocio jurídico, la presuposición, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, los deberes de protección, las obligaciones de medios y de resultado, la consideración de la cláusula normativa general de buena fe como fuente autónoma de deberes, y la *culpa in contrahendo*⁴, que será el argumento de mis breves reflexiones.

¹ DE CRESCENZO, Luciano. “Storia della filosofia moderna – Da Niccolò Cusano a Galileo Galilei”. Reimpresión. Milán: Mondadori. 2004. p. 39.

² Para ser precisos, de los *pacta praeparatoria*, de los que hablaban los intérpretes de la fase tardía del derecho intermedio, como SCHWICHELDT, Maximilian Heinrich von. “De pacto futuri contractus praeparatorio”. Rommeius, Tubinga. 1668; LER, Johannes Jacob von. “Pactum praeparatorium actionem producens et non producens”. Meyer, Altdorf. 1716; y PETERMANN, August Gottlob y Christian SCHMID. “De valore pactorum quibus praeparantur contractus”. Tietze, Leipzig. 1730. Estas y otras referencias son brindadas por FORCHIELLI, Paolo. Voz “Contratto preliminare”. En: Novissimo Digesto italiano. Vol. IV. Turín: Utet. 1959. pp. 683-684; y GABRIELLI, Giovanni. “Il rapporto giuridico preparatorio”. Milán: Giuffrè. 1974. p. 3 y nota 1.

Las disertaciones aquí citadas de Schwicheldt, Lier, Petermann y Schmid (SCHMIDIUS), pueden consultarse en el *website* del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, <http://dlib-diss.mpiet.mpg.de/>.

En lo que atañe al contrato preliminar (*Vorvertrag*), se puede identificar con nombre propio a su más importante sistematizador: el catedrático de la Universidad de Tubinga, Heinrich DEGENKOLB (1832-1909). “Der Begriff des Vorvertrages”. En: “Festschrift ihrem hochverehrten Senior Herrn Dr. Johann Adam Fritz zu seinem 50jährigen Doctorjubiläum” (separata). Wagner, Friburgo de Brisgovia. 1871; ID. “Zur Lehre vom Vorvertrag”. En: “Archiv für die civilistische Praxis”. Vol. 71. 1887. p. 1 y siguientes.

Por sus referencias histórico-comparatísticas acerca del origen de los contratos preparatorios, su origen germano y su inicial difusión en Francia, bajo la especie del *avant-contrat*, por obra de Raymond Saleilles, a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, es informativa la consulta de MUSTARI, Manuela. “La fuga dal consensualismo – Genesi e caratteri del ‘contratto preliminare’ nell’Italia otto-novecentesca”. En: Revista internacional de derecho da Unicap. <http://www.unicap.br/rid/artigos2004/afuga.doc>, Universidad Católica de Pernambuco, 2004, especialmente, la nota 17.

³ SACCO, Rodolfo. “Il contratto”. En: “Trattato di diritto civile italiano”. Dirigido por Filippo Vassalli. Vol. VI, t. II. Turín: Utet. 1975. pp. 679-680, y ahora en: SACCO, Rodolfo y Giorgio DE NOVA. “Il contratto”. Tercera edición. t. II. En: “Trattato di diritto civile”. Dirigido por Rodolfo Sacco. Turín: Utet. 2004. p. 268.

En oposición, MESSINEO, Francesco. Voz “Contratto preliminare”. En: “Enciclopedia del diritto”. Vol. X. Milán: Giuffrè. 1962. p. 168, sostiene que el nacimiento de la figura se produjo totalmente al margen de las *escogitazioni dei giuristi*, con miras a evitar o a diferir los resultados de los contratos, o para superar exigencias de diversa índole, incluso de naturaleza tributaria.

2. PROPÓSITO Y ORDEN DE LA EXPOSICIÓN

El propósito del presente artículo es aportar elementos, con el auxilio de la comparación jurídica⁵, para un cuestionamiento –que no tiene porqué ser leído como una negación– del aparentemente indiscutido valor del artículo 1362 del Código Civil peruano como fundamento legal de la responsabilidad civil que puede nacer cuando alguien se aparta de los tratos previos de un contrato que viene negociando, y ocasiona daños, con dicha conducta, al otro tratante.

En el primer estudio que se ha dedicado a tan fascinante tema en nuestro medio, mi apreciado amigo José Juan Haro Seijas suma a los méritos de su exhaustivo examen una denuncia inobjetable sobre la “escasez normativa” y “oscuridad” de la norma citada⁶. En su investigación se combinan con uniformidad y fluidez notables, además, el documentado discurso del buen civilista y el uso del siempre revelador análisis económico del derecho⁷.

El problema del sustento legal de la responsabilidad precontractual no es poco importante, mucho menos en una experiencia como la peruana donde, en primer lugar, no existen referencias jurisprudenciales notorias vinculadas con esta figura.

Al respecto, hay tener presente aquella inveterada práctica de nuestros jueces, según la cual, lo determinante para decidir si una demanda es fundada o no resulta ser, exclusivamente, la existencia de una norma legal que sirva de sustento a la pretensión⁸.

A una manera de ver las cosas así de equivocada se debe, justamente, y entre otras consecuencias, la inexistencia o rareza de precedentes judiciales peruanos relativos a instituciones jurídicas que –como la responsabilidad precontractual– han dado lugar a importantes investigaciones monográficas en otros ordenamientos, algunas de las cuales han llegado a ser bien conocidas en nuestro medio.

De aquí, también, la necesidad de recurrir, no sólo en el nivel docente, a la referencia a casos resueltos en otros países, a fin de apreciar en acción y ejemplificar el funcionamiento de diversas figuras.

En segundo lugar, una identificación atendida y convincente del substrato normativo que servirá, entre nosotros, para la construcción de la responsabilidad por ruptura de las tratativas precontractuales, será relevante para la solución del problema de la sujeción de la institución analizada a las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual; problema que no puede ser minusvalorado en un ordenamiento como el peruano, donde ambos regímenes normativos y procedimentales son perfectamente distinguibles, y donde la mejor doctrina ha contribuido a eliminar los vestigios del inadmisibles discurso en torno de la “unificación” de la responsabilidad civil, que nuestros autores importaron de la bibliografía argentina, con pasividad y aplauso increíbles, a inicios de la última década del siglo pasado.

En el desarrollo de estas reflexiones también habrá ocasión de emitir juicio sobre la apriorísticamente asumida dualidad buena fe “objetiva”/buena fe “subjetiva”.

⁴ Estos “modelos de decisión”, propiamente dichos, son convenientemente destacados por MENGONI, Luigi. Voz “Dogmatica giuridica”. En: “Enciclopedia giuridica Treccani”. Vol. XII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1989. p. 5 de la separata.

⁵ Como bien sostiene BENATTI, Francesco. “Culpa in contrahendo”. En: “Contratto e impresa”. Año III. 1987. p. 310: “la doctrina de la culpa in contrahendo no puede prescindir de la historia de la institución y del conocimiento del derecho comparado”.

⁶ HARO SEIJAS, José Juan. “¿Podría usted ‘no hacer’ negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. Lima. 2002. El trabajo ha sido publicado en *Advocatus* 7. Nueva época. Lima. 2002. p. 122 y siguientes. Aquí y en adelante cito el texto mecanografiado.

⁷ En relación con este realce, una autora italiana ha destacado que el análisis económico del derecho “a pesar de no brindar soluciones unívocas sobre la conveniencia de sancionar la mala fe prenegocial” sí provee útiles indicaciones para racionalizar la materia de la responsabilidad in contrahendo, así como “para enfocar con exactitud sus problemas relevantes: por ejemplo, la cuantificación de los daños precontractuales y la monetización de la confianza” que una de las partes tuviere en la celebración del contrato. CARUSO, Daniela. “La culpa in contrahendo – L’esperienza statunitense e quella italiana”. Milán: Giuffrè. 1993. pp. 81-82.

⁸ Señalo, como curiosidad, que en una sentencia de la Corte di Cassazione italiana, la 5610, del 18 de octubre de 1980, se estableció, con el mismo razonamiento que se critica, que “la conducta de las partes, en la formación del contrato, genéricamente contraria a los deberes de corrección y de buena fe (artículos 1175 y 1375), no puede ser considerada de por sí ilícita, y por ende, causa de nulidad del contrato, además de fuente de obligación resarcitoria, si la ley no hace que la violación de dichos deberes sea seguida, en vía primaria y autónoma, de una específica sanción civilística, como ocurre en los casos del dolo contractual, de la competencia desleal, etc. Por lo tanto, los deberes genéricos de lealtad, de corrección y de buena fe impuestos a las partes en las tratativas precontractuales y en la formación de los contratos representan sólo criterios de apreciación y de calificación de la conducta realizada por ellas en tales fases negociales, pero no son válidas, de por sí, para crear en las demás partes, que tengan intereses contrapuestos, derechos subjetivos protegidos erga omnes, a menos que estos se encuentren reconocidos por una expresa disposición legal” (las cursivas son añadidas).

Dicho fallo fue objeto de las lúcidas críticas de BIGLIAZZI-GERI, Lina. “Note in margine alla rilevanza dell’art. 1337 c.c.”. 1982. En: ID., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali – Scritti giuridici*. Milán: Giuffrè. 1998. p. 780 y siguientes.

En las normas citadas del Código Civil italiano se dispone: “1175. *Comportamiento con arreglo a la corrección.*- El deudor y el acreedor deben comportarse con arreglo a las reglas de la corrección”; y “1375. *Ejecución de buena fe.*- El contrato debe ser ejecutado con arreglo a la buena fe”.

En precedencia, la Corte di Cassazione, sentencia 357, del 16 de febrero de 1963, en: *Il Foro padano*. Vol. XIX. Parte I. 1964. Cols. 1284 y siguientes, con comentario de RODOTÁ, Stefano. “Appunti sul principio di buona fede”, llegó a afirmar que la violación de deberes genéricos de lealtad y de corrección es fuente de responsabilidad por daños sólo cuando concrete la violación de un derecho ajeno, reconocido sobre la base de otras normas. Rodota (*ivi*, col. 1286) anotaba que, así, se estaba afirmando “la irrelevancia de la buena fe como principio normativo autónomo, al admitirse que el legislador sólo puede inspirarse en él para la formulación de normas atributivas de específicos derechos, respecto de los cuales, por lo tanto, la buena fe tendría relevancia únicamente en el aspecto de la *ratio legis*”.

Como se verá, el desarreglado tratamiento del Código Civil peruano no permite establecer con claridad los ámbitos de ambos conceptos, lo cual vuelve más dificultoso todo intento de planteamiento de la responsabilidad precontractual, tradicionalmente coligada con el tema de la buena fe.

3. LA CLÁUSULA NORMATIVA GENERAL DE BUENA FE DEL LIBRO DE CONTRATOS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. PRIMERAS REVELACIONES SOBRE SU TRASFONDO

El aparentemente indiscutible papel que toca desempeñar al artículo 1362 del Código Civil peruano, que se someterá a revisión en estos apuntes, tiene una historia.

Gracias a la monumental obra de Manuel de la Puente y Lavalle sobre el contrato en general, han podido llegar

a nosotros las imprescindibles referencias que permiten identificar de modo inequívoco la voluntad que movió al legislador a redactar la norma en cuestión; voluntad favorable a la admisión del carácter resarcible de los daños ocasionados en la fase precontractual.

Se sabe, además, que una mención específica de la figura bajo examen, que estaba presente en los anteproyectos, fue cancelada al redactarse el texto definitivo⁹.

Hay que reconocer que en ausencia de aquellos antecedentes, nada impediría poner en tela de juicio el valor comúnmente atribuido al artículo 1362 del Código Civil como disposición susceptible de ser invocada por los eventuales damnificados de la interrupción injustificada de los tratos previos al contrato, más aún si se considera la clamorosa vaguedad del texto, oportunamente evidenciada por Haro.

⁹ Lo conveniente que sería para el ordenamiento jurídico peruano contar con una regla expresa sobre la responsabilidad precontractual está fuera de dudas. Este es un punto en el que es imperioso admitir la inutilidad de las cláusulas normativas generales en los países donde la magistratura no tiene la preparación adecuada que demanda la tarea.

No basta, pues, una norma que señale que "los contratos deben negociarse de buena fe". Lo ideal sería señalar de modo explícito que entre las conductas prohibidas y sancionables en virtud de tal enunciado, se comprenden, por ejemplo, el ocultamiento de información, el silencio sobre negociaciones paralelas, etc.

Este modo de proceder es el seguido incluso en los proyectos de los académicos actualmente empeñados—si no es que obsesionados—con la más bien ardua, y quimérica, para muchos, empresa de la unificación del derecho civil europeo.

Consigno algunas de las normas propuestas en tales documentos, sólo con fines informativos:

1. UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law): "Principles of International Commercial Contracts" (Roma, 1994): Article 2.15 (*Negotiations in bad faith*).

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

2. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (presidida por Ole Lando), "Principles of European Contract Law Parts I and II" (2000), Section 3, *Liability for negotiations*.

Article 2:301. *Negotiation contrary to good faith*.

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

Article 2:302. *Breach of confidentiality*.

If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party.

3. ACCADEMIA DEI GIURISTI EUROPEI, "Code européen des contrats", coordinado por Giuseppe Gandolfi (Pavía, 2002), Titre II, *Formation du contrat*, Section 1, *Tractations précontractuelles*:

Art. 6. *Devoir de correction*.

1. Chacune des parties est libre d'entreprendre des tractations en vue de conclure un contrat sans qu'on puisse lui imputer la moindre responsabilité au cas où le contrat n'est pas stipulé, sauf si son comportement est contraire à la bonne foi.

2. Agit à l'encontre de la bonne foi la partie qui entreprend ou poursuit les tractations sans l'intention de parvenir à la conclusion du contrat.

3. Si au cours des tractations les parties ont déjà examiné les éléments essentiels du contrat, dont on prévoit l'éventuelle conclusion, celle des parties qui a suscité auprès de l'autre une confiance raisonnable quant à la stipulation du contrat, agit à l'encontre de la bonne foi dès lors qu'elle interrompt les tractations sans motif justifié.

4. Dans les cas prévus aux alinéas précédents, la partie qui a agi à l'encontre de la bonne foi est tenue de réparer le dommage subi par l'autre partie au maximum dans la mesure des frais engagés par cette dernière au cours des tractations en vue de la stipulation du contrat, ainsi que de la perte d'occasions similaires causée par les tractations pendantes.

Art. 7. *Devoir d'information*.

1. Au cours des tractations, chacune des parties a le devoir d'informer l'autre sur chaque circonstance de fait et de droit dont elle a connaissance ou dont elle doit avoir connaissance et qui permet à l'autre de se rendre compte de la validité du contrat et de l'intérêt à le conclure.

2. En cas d'omission d'information ou de déclaration fautive ou réticente, si le contrat n'a pas été conclu ou s'il est frappé de nullité, celle des parties qui a agi à l'encontre de la bonne foi est tenue pour responsable devant l'autre dans la mesure prévue à l'alinéa 4 de l'art. 6. Si le contrat a été conclu, elle est tenue à restituer la somme ou à verser l'indemnité que le juge estime conformes à l'équité, sauf le droit de l'autre parti d'attaquer le contrat pour erreur.

Los *Principles* del UNIDROIT pueden consultarse en <http://www.unidroit.org>. En su momento, fueron analizados, en relación con el tema aquí tratado, por FARNSWORTH, E. Allan. "Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, Relevant International Conventions, and National Laws". En: *Tulane Journal of International and Comparative Law*. Vol. 3. 1995. p. 47 y siguientes, quien colaboró en su redacción. La versión italiana de las partes I y II de los "Principles of European Contract Law" de la Comisión Lando, ha sido publicada, al cuidado de Carlo Castronovo, por la editorial Giuffrè de Milán, en el 2001. El *avant-projet* del *Code européen des contrats*, también ha sido publicado por Giuffrè, en el 2002.

Si no se dispusiera de tales antecedentes, entonces, o si se participara de la legítima, y muchas veces forzosa, descreencia del carácter vinculante de los documentos preparatorios de los codificadores, habría que buscar el fundamento en otra norma del Código Civil, que en este caso tendría que ser, si la vista no nos engaña, nuestra primera cláusula normativa general en materia de responsabilidad nacida de acto ilícito (artículo 1969: “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”).

Y si se examinan las experiencias foráneas, se cae en la cuenta de que la regla es, ni más ni menos, la ausencia de una reglamentación precisa de esta subespecie de la responsabilidad precontractual¹⁰.

4. ADMINISTRACIÓN DE LOS DAÑOS PRECONTRACTUALES POR RUPTURA DE TRATATIVAS EN LOS PAÍSES DEL *COMMON LAW*. RECHAZO DE LA BUENA FE Y REMEDIOS ALTERNATIVOS

La observación anterior, demasiado fácil de constatar, relativa a la ausencia de reglas específicas en materia de responsabilidad por ruptura de los tratos previos al

contrato, es válida, desde luego, para los países del *common law*.

Un estudioso inglés resume así el estado de la cuestión en su país:

“Jamás hemos adoptado el principio jheringniano de la *culpa in contrahendo*. No reconocemos, pues, que la iniciación de negociaciones para un contrato pueda crear, por sí misma, ninguna especie de deber. Nosotros creemos que las partes asumen un riesgo mientras el contrato no se ha formado realmente. No vemos nada de malo, por lo tanto, en que una parte que desarrolla negociaciones se aparte arbitrariamente de ellas, aunque sólo faltara la firma de la otra para finiquitarlas. Tampoco vemos nada de malo en que una parte realice negociaciones en paralelo, con varios tratantes, sin decir a nadie que está negociando con otros”¹¹.

Esta singularidad del *common law* inglés, es decir, su tradicional desconfianza frente al criterio de la buena fe¹², representa uno de los puntos críticos en los actuales intentos de los académicos empeñados en la uniformización del derecho contractual europeo¹³.

¹⁰ En efecto, la interrupción injustificada de las tratativas constituye *sólo una* de las subespecies de la responsabilidad *in contrahendo*. Otra de ellas, acaso más clásica, es la responsabilidad de la parte que, teniendo conocimiento de una causa de invalidez del negocio celebrado, calla al respecto. Producida, culposamente, la invalidez, y dañada la confianza de la otra parte, que esperaba haber estipulado un contrato válido, la parte que guardó silencio resulta responsable.

¹¹ GOODE, Roy. “The Concept of Good Faith in English Law”. 1992. En: Saggi, conferenze e seminari, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma “La Sapienza”, <http://w3.uniroma1.it>, pp. 5-6 (del documento pdf).

Otro informativo cuadro del estado de la cuestión en el derecho inglés es el ofrecido por BROWNSWORD, Roger. “Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law”. En: BROWNSWORD, Roger, HIRD, Norma J. y Geraint HOWELLS (editores). *Good Faith in Contract – Concept and Context*. Ashgate y Dartmouth, Burlington y Aldershot. 1999. p. 13 y siguientes; y, desde la perspectiva de la comparación jurídica, por KÖTZ, Hein. “Europäisches Vertragsrecht”. 1992. Traducción inglesa en: *European Contract Law*. Al cuidado de Tony Weir. Vol. I. Oxford: Clarendon Press. 1997. pp. 40-41; COHEN, Nili. “Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate”. En: BEATSON, Jack y Daniel FRIEDMANN (editores). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press. 1995. p. 25 y siguientes; y VAN ERP, Sjeff. “The Precontractual Stage”. En: HARTKAMP, Arthur y otros (editores). *Towards a European Civil Code*. Segunda edición. Nijmegen y La Haya-Londres-Boston: Ars Aequi Libri y Kluwer Law International. 1998. p. 207 y siguientes.

¹² El nulo cuestionamiento del deber de buena fe, considerado en cuanto tal, en el estudio de HARO, es demostrativo del error –lamentablemente común entre nosotros– de identificar las soluciones del *common law* (que no reprime, con carácter general, la mala fe en las negociaciones contractuales) con las soluciones del análisis económico del derecho (que, practicado en clave peruana, puede justificar o no la responsabilidad precontractual, pero siempre dejando al reparo, como correctamente hace HARO, el deber de buena fe estatuido por nuestro Código Civil; mientras que, en clave estadounidense, se orientará, naturalmente, a la demostración de la ineficiencia de la imposición del deber de buena fe en la negociación).

Esta última línea de pensamiento, que retrata con fidelidad la situación en el derecho de Estados Unidos, se percibe, por ejemplo, en las páginas de autores como KRONMAN, Anthony. “Mistake, disclosure, information and the law of contract”. En: *Journal of Legal Studies* 7. 1978. p. 1 y siguientes [publicado en español en la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho], y Richard A. POSNER. “Economic Analysis of Law”. Tercera edición. Boston: Little, Brown & Company. 1986. p. 96 y siguientes, dedicadas a la explicación económica de la ineficiencia del *general duty of disclosure* (deber general de información) entre los tratantes (por la idea de que la obligación de revelar la información obtenida generaría un desincentivo para que los sujetos de una negociación busquen y se provean de información relevante en situaciones del género).

Empero, intentos de demostración de lo contrario, es decir, de la eficiencia de la imposición de tal deber ya han sido efectuados, con buenos resultados, a mi parecer, en el sistema francés, por FABRE-MAGNAN, Muriel. “Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis”. En: BEATSON y FRIEDMANN (editores). Op. cit. p. 99 y siguientes, especialmente, p. 107 y siguientes; y en el área geográfica del *common law* más cercana, culturalmente, a la tradición del derecho civil (como Canadá), por MACKAAY, Ejan y Violette LEBLANC. “The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law of Contract”. En: <http://www.crdp.umontreal.ca/fr/productions/textes/T12.pdf>, Université de Montréal, Faculté de Droit, Centre de Recherche en Droit Public, 2003, pp. 25-26 (del documento pdf), y algunos años atrás, aunque no desde la perspectiva del análisis económico del derecho, por WADDAMS, Stephen M. “Pre-contractual Duties of Disclosure”. En: CANE, Peter y Jane STAPLETON. *Essays for Patrick Atiyah*. Oxford: Clarendon Press. 1991. p. 254 y siguientes.

COOTER, Robert, MATTEI, Ugo, MONATERI, Pier Giuseppe, PARDOLESI, Roberto y Thomas ULEN. “Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile”. Bolonia: Il Mulino. 1999. p. 297, afirman, en cambio, el principio económico de que en los supuestos contractuales donde se presentan asimetrías informativas tiene que existir un deber de información, si y sólo si la retención de información fuera destructiva, es decir, en caso de que la no-revelación de la información pueda causar daños a personas o cosas.

¹³ Pese a lo cual, es digno de estudio el aporte del profesor de la London School of Economics, COLLINS, Hugh. “The Law of Contract”. Tercera edición. Londres: Butterworths. 1997. p. 168 y siguientes. Según dicho autor, la buena fe no solamente es oscura, sino también de escasa incidencia como criterio de conducta a ser aplicado en la negociación de los contratos; puesto que “what English law requires of parties is carefulness towards each other during the period of negotiation”, lo aconsejable sería forjar un nuevo principio, un “duty to negotiate with care”, propiamente dicho.

En Estados Unidos, la buena fe precontractual tampoco es considerada como un deber general en la negociación de los contratos¹⁴.

Allá se enseña, por el contrario, que “despite scholarly suggestions that the American courts embrace this concept, they have decline to do so. They continue to view contract negotiations as, at bottom, an undertaking in which self-interest is the accepted norm. Each party assumes the risk that, despite a heavy investment in the negotiation process, no agreement will be reached”¹⁵.

Es importante tener en cuenta, sin embargo, que aunque en el mundo del *common law* se desconozca la existencia de un deber de buena fe en la negociación, ello no quiere decir que la responsabilidad bajo examen sea ignorada; lo diverso –como puntualiza algún autor– es que, para darle sustento, entran a tallar otros conceptos¹⁶.

Tal es el caso del *promissory estoppel*, “quintaesencial criatura del *common law*”¹⁷, recogido en el Restatement (Second) of Contracts, Section 90, a través del cual, los jueces han concedido protección a la parte que confía en las promesas realizadas por la otra durante las tratativas, mediante el resarcimiento de *reliance interests*, identificados, en este caso, con los “gastos efectuados con la razonable previsión en que iba a lograrse una determinada ventaja con la celebración del contrato”¹⁸.

Un caso célebre en la jurisprudencia estadounidense, que ilustra cuán severa –si no pintoresca– puede ser la

protección de los intereses de las partes durante la fase de las tratativas, es la sentada en el caso *Texaco Inc. v. Pennzoil Co.*

El pleito surgió porque Texaco frustró, en su propio favor, la compra de un paquete accionario de la empresa Getty Oil, que esta ya había negociado, en un nivel muy avanzado, a tal punto que existía un *agreement in principle*, con Pennzoil.

En dicha oportunidad, Texaco fue considerada responsable por *tortious interference*, es decir, por haber instado al incumplimiento contractual a Getty Oil, en perjuicio de Pennzoil, y fue condenada al pago de una cantidad astronómica a título de *actual damages* y *punitive damages*¹⁹.

Se ha observado, entonces, que el deber de buena fe precontractual “no requiere ser formulado bajo la especie de una cláusula normativa general, porque el *common law*, si es correctamente aplicado, está en capacidad de reaccionar, de muchas otras maneras, frente a las incorrecciones comerciales”²⁰ que pueden presentarse en este ámbito.

El catedrático de la Universidad de Columbia, E. Allan Farnsworth refiere:

“[H]ay varias justificaciones que explican la renuencia judicial a imponer un deber general de corrección [*fair dealing*] de las partes en las negociaciones precontractuales. La visión aleatoria de las

¹⁴ Por razones de orden histórico, sin embargo, los tribunales del Estado de Louisiana, que dispone de un código civil, han adoptado la doctrina de la *culpa in contrahendo*. Así lo informa GODERRE, Diane Madeline. “International Negotiations gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention”. En: *University of Cincinnati Law Review* 66. 1997. pp. 267-268.

De la reciente jurisprudencia de la United States District Court for the Eastern District of Louisiana, en materia, puede citarse *Starco Meats, Inc. vs. Bryan Foods, Inc.*, del 21 de marzo del 2003, donde se lee: “the doctrine of detrimental reliance was codified in 1985, but is not actually new in Louisiana. Our courts have long recognized the German theory of culpa in contrahendo, which permits a plaintiff to recover damages which result from his change of position caused by reliance upon an unenforceable contract”.

¹⁵ BURTON, Steven J. y E. G. ANDERSEN. “Contractual Good Faith”. Boston, Nueva York, Toronto y Londres: Little, Brown & Company. 1998. pp. 330-331.

¹⁶ FARNSWORTH. “The Concept of Good Faith in American Law”. 1993. En: *Saggi, conferenze e seminari. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma “La Sapienza”*, en <http://w3.uniroma1.it>, p. 2 (del documento pdf).

Una cabal demostración de la funcionalidad de los conceptos elaborados en el derecho estadounidense (*negligence, estoppel, implied contracts*, etc.), en los mismos supuestos en que los países del derecho civil recurren al deber general de buena fe y a la teoría de la *culpa in contrahendo* (error, falsa representación, ruptura de las negociaciones, etc.) fue dada, hace años, por KESSLER, Friedrich y Edith FINE. “*Culpa in contrahendo*, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: a Comparative Study”. En: *Harvard Law Review* 77. Enero, 1964, p. 401 y siguientes.

¹⁷ La expresión es de SNYDER, David V. “Comparative Law in Action: Promissory Estoppel, the Civil Law, and the Mixed Jurisdiction”. En: *Arizona Journal of International and Comparative Law* 15. 1998. p. 695, quien rinde cuenta (*ivi*, especialmente, p. 698 y siguientes) de la introducción de esta figura en el ya citado Código Civil de Louisiana (artículo 1967), así como del reconocimiento, por parte de la jurisprudencia de este Estado, de que la *culpa in contrahendo* es “the civilian equivalent of the common law concept of promissory estoppel”.

¹⁸ MUSY, Alberto M. Voz “Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)”. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*. Vol. XVIII. Turín: Utet. 1998, p. 398.

La figura también es recordada por KESSLER y FINE. Op. cit. p. 408; y TURACK, Daniel C. “USA Report”. En: HONDIUS, Ewoud H. (editor). *Precontractual Liability – Reports to the XIIIth Congress International of the Academy of Comparative Law*. Montreal, Canadá, 18 al 24 de agosto de 1990. Deventer y Boston: Kluwer Law & Taxation Publishers. 1991. p. 344 y siguientes.

¹⁹ La reseña es de TURACK. Op. cit. p. 335 y siguientes.

El caso citado es un punto de referencia importante en los estudios italianos sobre la *tutela aquiliana del credito*, es decir, la protección del derecho de un acreedor por medio de la responsabilidad extracontractual: RUBINO SANMARTANO, Mauro. “Responsabilità extracontrattuale per interferenza in rapporti contrattuali: Sme Buitoni – Pennzoil Texaco. In medio stat virtus?”. En: *Il Foro padano*. Vol. XLII, parte I. 1987. cols. 469 y siguientes; FRANZONI, Massimo. “La tutela aquiliana del contratto”. En: “I contratti in generale”. Dirigido por ALPA, Guido y Mario BESSONE, vol. IV, t. II, a su vez en: *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi*. Turín: Utet. 1991. p. 1077 y siguientes.

²⁰ CARUSO. Op. cit. p. 156.

negociaciones, por parte del *common law*, le sienta bien a una sociedad que no tiene ningún interés en que ellas consigan un buen resultado. [...] Aunque a la sociedad sí le interesa proveer un régimen bajo el cual las partes sean libres para negociar contratos ordinarios, el resultado de cada negociación en particular es objeto de indiferencia. No existe razón para creer que la imposición de un deber general de corrección mejoraría el régimen jurídico bajo el cual tienen lugar las negociaciones precontractuales. Lo difícil de determinar es el momento exacto en que surge el deber de corrección entre la partes de una negociación, generándose una incertidumbre. Un deber de corrección podría producir el efecto, no deseado, de disuadir a las partes de emprender negociaciones cada vez que las probabilidades de éxito sean remotas. Podría producirse, del mismo modo, un no menos indeseable efecto acelerador, al incrementarse la presión sobre las partes para la celebración definitiva de la operación, aun cuando esta sea apresurada²¹.

No se puede desconocer, por otro lado, y siempre en lo tocante a la experiencia estadounidense, que en el Uniform Commercial Code de 1978 (Section 1-203) y el Restatement (Second) of Contracts de 1981 (Section 205)²², se impone a las partes el deber de buena fe (*obligation of good faith*), pero en la ejecución (*performance*) o cumplimiento (*enforcement*) del contrato²³.

5. LA EXPERIENCIA FRANCESA. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SOBRE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL A LA FIGURA BAJO EXAMEN

Sin perjuicio de lo anteriormente referido, me parece que lo importante para los objetivos que me he trazado es destacar las diferencias que se perciben al interior de las familias jurídicas romanista y germánica.

En Francia, por ejemplo, no existe una regulación específica del supuesto, no obstante lo cual ha sido pacíficamente reconocido en el nivel jurisprudencial y doctrinal²⁴. Existen sentencias francesas relativas a la ruptura injustificada de las tratativas, a la pérdida de manuscritos enviados con el fin de iniciar la tratativa, y al viaje largo, efectuado inútilmente, a causa de la revocación injustificada de la oferta, que se remontan a inicios del siglo XX, inclusive²⁵.

Para su planteamiento, las explicaciones se centran en el artículo 1382 del Code Napoléon, que impone la obligación general de reparar el daño ocasionado con dolo o culpa, tal cual hace, entre nosotros, el artículo 1969 del Código Civil vigente.

En ello ha tenido que ver, en primer lugar, la negativa, propia del derecho francés, a reconocer efectos al contrato mientras la voluntad de las partes no haya quedado sellada con la celebración.

²¹ FARNSWORTH. "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations". En: Columbia Law Review 87. 1987. pp. 242-243 [publicado en español en la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho].

²² Ambos documentos son minuciosamente analizados por SUMMERS, Robert S. "The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: a General Account". En: ZIMMERMANN, Reinhard y Simon WHITTAKER (editores). "Good Faith in European Contract Law". Cambridge: University Press. 2000. p. 118 y siguientes.

Como señala HARO, op. cit., p. 21 y nota 47, los Restatements, elaborados por el American Law Institute (ALI) no poseen carácter vinculante; sin embargo, tienen gran influencia en las decisiones de los tribunales estadounidenses. Hay quien se ha referido a ellos como "el más ilustre producto de la doctrina jurídica en un país de *common law*. [...] Una operación semejante es un producto exquisitamente doctrinal que para ser realizada necesita una cultura jurídica notablemente uniforme". MATTEI, Ugo. Voz "Restatement". En: Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile. Vol. XVII. Turín: Utet. 1998. pp. 417, 422.

²³ El realce es de BURTON. "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith". Traducción italiana: "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", por S. DI PAOLA y Roberto PARDOLESI, en: "Rivista critica del diritto privato". Año II. 1984. pp. 13-14; y de FARNSWORTH. "Good Faith in Contract Performance". En: BEATSON y FRIEDMANN (editores). Op. cit., p. 153 y siguientes.

La indicación de la *good faith* en el primero de los textos citados, donde es definida como "honesty in the conduct or transaction concerned", y como "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade", es directamente atribuible a su redactor, Karl Nickelson LEWELLYN (1893-1962), notable estudioso del derecho germano y máximo representante del bando "sociológico" del "realismo jurídico", quien introdujo la expresión (tomada del alemán *Treu und Glauben*) en el discurso estadounidense. Este es un dato recordado y puesto en evidencia por la mayoría de estudiosos que han tratado el tema de la buena fe en el derecho de Estados Unidos: FARNSWORTH. "The Concept of Good Faith in American Law". Op. cit., pp. 2, 12; CARUSO. Op. cit., pp. 6, nota 3, 17 y siguientes; MUSY. "The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures". En: <http://www.icer.it>, International Center for Economic Research, 2000, p. 10 (del documento pdf); DE VITA, Anna. "Buena fede e common law". En: Rivista di diritto civile. Año II. Parte I. 2003. p. 254; entre otros.

²⁴ A partir de un famoso estudio de SALELLES. "De la responsabilité précontractuelle – A propos d'une étude nouvelle sur la matière". En: Revue trimestrielle de droit civil 6. 1907. p. 697 y siguientes; seguido por MOREL, René Lucien. "Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles". En la misma revista, vol. 8. 1908. p. 289 y siguientes, especialmente, p. 306 y siguientes. En esta poco citada obra (p. 307) ya se encuentra una asociación conceptual de la responsabilidad precontractual con la doctrina del abuso del derecho (que prosperará, por demás desfigurada, en la doctrina argentina, y que ha sido convincentemente replanteada y sistematizada en Italia, por SACCO. "Il contratto". Op. cit., p. 661 y siguientes, y ahora en SACCO y DE NOVA. Op. cit., t. II, p. 223 y siguientes).

De la doctrina francesa más reciente son de destacar las contribuciones de SCHMIDT, Joanna. "La sanction de la faute précontractuelle". En: Revue trimestrielle de droit civil 62. 1974. pp. 51-52; de la misma autora, "French Report". En: HONDIUS (editor). "Precontractual Liability". Op. cit., p. 148; GHESTIN, Jacques. "Le contrat – Formation". Segunda edición. En: Traité de droit civil. Dirigido por Jacques GHESTIN, L.G.D.J., Paris, 1988, p. 251; ESPAGNON, Michel. Voz "Droit à réparation. Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle". En: Juris-Classeur – Civil code, Art. 1146 à 1155, fasc. 16-10, Paris, 2002, p. 10 y siguientes (de la separata).

²⁵ Lo refiere ALPA, Guido. Voz "Responsabilità precontrattuale III) Diritto comparato e straniero". En: "Enciclopedia giuridica Treccani". Vol. XXVII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1991. p. 1 (de la separata).

Hay, sin embargo, quien denuncia la falsedad de la idea, también común en el medio francés, de que dos empresas no estén obligadas a ser leales una frente a otra, "sino hasta el instante en que resultan ligadas por un contrato"²⁶.

En tal sentido, se informa sobre la actualidad y la trascendencia que ha cobrado la responsabilidad por ruptura abusiva de las tratativas en el campo de las actividades tecnológicas, a causa de los importantes intercambios de información que suelen producirse antes de la celebración de los contratos definitivos, y al cada vez más generalizado empleo del *non disclosure agreement (accord de confidentialité)* en este tipo de negociaciones.

En segundo lugar, ha sido determinante la limitada relevancia reconocida, en el ordenamiento jurídico francés, al principio de la buena fe en la contratación, que sólo en los últimos años viene siendo objeto de expansión en la argumentación de los jueces.

En efecto, aunque los trabajos preparatorios del Code Napoléon permiten apreciar que la *bonne foi* fue tomada en cuenta por sus redactores, como noción fundamental del derecho de contratos, fiel a la concepción moralizadora ligada con el derecho natural, lo cierto es que su utilización, con carácter general, ha tenido lugar sólo recientemente, a partir del decenio 1960-1970, a causa del interés que suscitó en la doctrina francesa el tema de la protección de la parte más débil, y del desarrollo del comercio internacional, con los debates en torno de la *lex mercatoria*, donde la buena fe cumple un papel central²⁷.

En el artículo 1134, numeral 3, del Code Napoléon se señala, sencillamente, que las convenciones "deben ejecutarse de buena fe" (*doivent être exécutées de bonne foi*).

Ni en dicha norma ni en ninguna otra se menciona la "formación" o "negociación" de los contratos.

Sin embargo, se refiere que la jurisprudencia francesa ha dado solución a tal laguna, "al resolver que la buena fe también debe gobernar el periodo precontractual. Como la causa, la buena fe acompaña al contrato cual si fuera una sombra, durante toda su existencia, desde

su nacimiento hasta su extinción, con su completa ejecución recíproca o con su resolución"²⁸.

Dada la primacía del criterio según el cual los contratos solamente se tienen por existentes cuando el acuerdo de las partes ha sido consagrado con la celebración, se recurre al artículo 1382, que establece la regla general de la responsabilidad extracontractual: aquel que causa un daño a otro por dolo o culpa está obligado a reparar dicho daño.

En relación con este punto, se ha observado que el Code Napoléon "no contiene ninguna disposición sobre las tratativas precontractuales; sin embargo, la figura del ilícito prenegocial que ha sido objeto de reconocimiento general, y de sanción, desde época antigua, es, justamente, el receso injustificado de las tratativas. Para poderlo sancionar, empero, ha sido necesario recurrir a los artículos 1382 y 1383 del Code civil y, por lo tanto, a la figura general del ilícito civil y a sus elementos constitutivos, en particular, al elemento subjetivo de la culpa, lo que limita, inevitablemente, la relevancia jurídica de la institución"²⁹.

En el ordenamiento jurídico francés, entonces, la ruptura maliciosa de las tratativas (*pourparlers*) es considerada como un acto ilícito, generador de responsabilidad "delictual" (*délictuelle*) —o "extracontractual" (*extracontractuelle*), según la terminología que, desde cierto punto de vista, hemos heredado—, y es la víctima del perjuicio, por lo tanto, la que tiene que probar la culpa (*faute*) del tratante al que se imputa la frustración de la operación.

En dicho marco, "muchos elementos son tomados en consideración en la apreciación de la culpa: lo avanzado de las negociaciones antes de la ruptura, la importancia y la singularidad (o no) del contrato en cuestión, la condición, o no, de comerciante profesional del autor de la ruptura, la publicidad que este ha realizado, la existencia de una oferta de contrato (que haya hecho nacer en la otra parte confianza y esperanza particulares), el grado de precisión de la oferta, el plazo de la misma"³⁰.

Hay que tener en cuenta, de igual forma, que "en aplicación del principio que no admite el concurso

²⁶ ITEANU, Oliver. "La rupture abusive des pourparlers portant sur la technologie". En: "Le Journal du Net", <http://www.journaldunet.com/juridique/juridique010912.shtml>, edición del 12 de septiembre de 2001.

²⁷ Todo ello es informado por TALLON, Denis. "Le concept de bonne foi en droit français de contrat". 1994. En: Saggi, conferenze e seminari, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma "La Sapienza", en <http://w3.uniroma1.it>, p. 5 (del documento pdf).

²⁸ LE TOURNEAU, Philippe. Voz "Bonne foi". En: "Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil". T. III, Dalloz, Paris. 1995. p. 3 (de la separata).

²⁹ PIGNATARO, Gisella. "Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese". Nápoles: ESI. 1999. pp. 115-116.

³⁰ LE TOURNEAU. Op. cit., p. 4.

entre la responsabilidad contractual y delictual, el fundamento del fallo [que concede el resarcimiento] no puede ser [en este supuesto] sino delictual o cuasidelictual, debido a la total ausencia de contrato. En oposición, si se ha firmado algún acuerdo preliminar [*avant-contrat*] durante las tratativas, o en previsión de éstas, la infracción de tales estipulaciones generarán, evidentemente, la responsabilidad contractual de su autor”³¹.

En la causa *Soc. Network Management Group c. Soc. Alizée*, culminada con sentencia de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, del 18 de junio de 2002³², los representantes de dos empresas habían desarrollado tratos precontractuales desde febrero de 1998, con miras a la adquisición, por parte de Network Management Group, del rubro de actividad “redes y telecomunicación” de Alizée. El 8 de abril, la primera entidad emite una “carta de intención” (*lettre d’intention*). El empleo de este documento es común en la negociación de los contratos internacionales y de las grandes empresas francesas³³. En este caso, la carta contenía una propuesta económica, sujeta a ciertas condiciones, las cuales no fueron inmediatamente aceptadas por el gerente de Alizée, cuyo propósito era la transferencia de toda la empresa, la cual estaba por ser objeto, además, de un proceso de reestructuración, el cual se inicia, judicialmente, el 22 de mayo. Siete días después, Network Management Group comunica a Alizée, con una misiva, la suspensión definitiva de sus proyectos. Entonces, Alizée interpone una demanda de responsabilidad civil, declarada infundada por el Tribunal de primera instancia, pero concedida por la Cour d’Appel, a título de resarcimiento (*dommages-intérêts*) por ruptura tardía y culposa de las tratativas (*rupture tardive et fautive des pourparlers*).

En su decisivo fallo, la Cour de Cassation desestima el recurso de Network Management Group. Se señala, a propósito, que las tratativas pueden interrumpirse libremente si así lo decide una de las partes, a menos que tenga lugar un perjuicio atribuible a la culpa de la renunciante. En relación con este punto, los magistrados juzgaron como “culpa” el pleno conocimiento que el representante de Network Management Group tenía, desde un primer momento, de la apremiante situación de Alizée, tal cual lo comprobaba el hecho de que el abandono de los planes de inversión se produjera no bien tuvo comienzo el procedimiento de reestructuración. Por lo tanto,

Network Management Group era responsable por haber despertado, y mantenido, la ilusión de Alizée en una futura y concreta inyección de capital. Por otro lado, se consideró que Alizée había sido afectada con la pérdida de la oportunidad (*perte d’une chance*) de entablar conversaciones con otra empresa interesada en negociar con ella.

La pérdida de la posibilidad de obtención de una utilidad futura ha sido empleada con frecuencia en la argumentación de los jueces franceses, como figura de daño resarcible, incluso en el supuesto bajo examen³⁴, y “siempre que se pruebe que existía una posibilidad razonable para la realización de la *chance*. Para dicho fin, se tiene en cuenta cuán avanzadas hayan estado las tratativas, para verificar si la perspectiva de ganancia merece ser, al menos parcialmente, tomada en consideración para el cómputo del daño. De ello se deduce que, en dicho caso, no se resarce toda la ganancia frustrada a causa de la interrupción de lo negociado, sino solamente la parte correspondiente a un daño cierto, es decir, a la probabilidad de realización de las ganancias esperadas”³⁵.

Un similar parecer se aprecia en *Soc. civ. Poleval c. Soc. Laboratoires Sandoz (Francia)* y *Soc. Sandoz Pharma AG (Suiza)*, resuelto por la Cour de Cassation, Chambre Commerciale, con sentencia del 7 de abril de 1998.

La empresa Poleval había patentado, entre 1985 y 1987, el sistema “Diapack” para el empaquetado de productos farmacéuticos. En el mismo año 1987, inicia tratativas con Sandoz Pharma, de Suiza, y a través de ésta, con Laboratoires Sandoz, de Francia, para la eventual concesión de una licencia. Sandoz Pharma prepara y remite distintos proyectos de contrato, a los que Poleval responde afirmativamente. Sin embargo, y luego de la realización de ciertos estudios de factibilidad, Sandoz Pharma decide apartarse de las tratativas, y comunica su decisión en diciembre de 1989; otro tanto ocurre con Laboratoires Sandoz, que interrumpe todo contacto con Poleval en agosto de 1990. Seguidamente, Poleval interpone demanda de responsabilidad civil contra ambas compañías, por ruptura abusiva de las tratativas.

En primera y segunda instancia, la pretensión de Poleval procede, y le es concedido un resarcimiento de cuatro millones de francos, por la inmovilización de su patente, y por la imposibilidad de divulgar su *know-how* por el

³¹ Ibidem.

³² El texto completo de las sentencias francesas que reseño en este acápite puede consultarse en <http://www.lexinter.net>, voces “Rupture des pourparlers” y “Pourparlers fautives”, respectivamente.

³³ Pero su escasa eficacia, en tanto documentos sujetos, a su vez, a interpretación judicial, ha sido bien subrayada por KÖTZ. Op. cit., p. 36.

³⁴ SCHMIDT. “French Report”. Op. cit., p. 149.

³⁵ PIGNATARO. Op. cit., p. 176.

tiempo que duraron las negociaciones, así como por la pérdida de la oportunidad de negociar con otra posible interesada.

La Cour de Cassation, a su turno, desestima el recurso de Sandoz Pharma y Laboratoires Sandoz. Se consideró, al respecto, que la circunstancia de haber dejado a Poleval a la espera de un contrato definitivo por cuatro años constituía un acto culposo de deslealtad, y perjudicial en su contra.

En otra causa, tres empresarios árabes, titulares del 99% del accionariado de "Peninsular", una sociedad anónima de nacionalidad francesa, obtuvieron quinientos mil francos como resarcimiento por la ruptura culposa de las tratativas que habían desarrollado con *monsieur Pierre Ossona*, un inversionista del sector inmobiliario, interesado en adquirir el íntegro del capital social de "Peninsular". En octubre de 1990, Ossona remitió a los accionistas una carta que contenía una propuesta de acuerdo, con el precio de la operación: noventa millones de francos, y la modalidad de pago, a saber, 10% a la firma del contrato, mediante depósito bancario, y el saldo, al cabo de seis meses. Tras una nueva reunión, se fija, inclusive, la fecha en que las partes tenían que presentarse ante el notario, para el 8 de noviembre de 1990, y la fecha de la cesión definitiva, para el 30 de abril de 1991.

Sin embargo, el inversionista no consigue arribar a buen puerto en la gestión de un mutuo de dinero ante una institución financiera, con el cual pensaba pagar la cuota inicial pactada. Por ello, la operación se frustra.

La Chambre Civil de la Cour d'Appel de París, que resolvió definitivamente el pleito, en segunda instancia, mediante sentencia del 6 de enero de 1998, consideró el avanzado estado de las tratativas realizadas, y determinó que Ossona había incurrido en responsabilidad por reticencia dolosa (*réticence dolosive*) frente a los demás tratantes, al haber ocultado a estos que no disponía del dinero para cancelar, por cuenta propia, la inicial prometida, y que el pago de tal cantidad dependía del otorgamiento de un préstamo.

6. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN UN ORDENAMIENTO IMITADOR DEL MODELO FRANCÉS: BÉLGICA

También en Bélgica rige el Code Napoléon. Este fue adoptado como Código Civil belga el mismo año de

su entrada en vigor en Francia, es decir, en 1804. Con algunas modificaciones, se mantiene vigente. El texto oficial en neerlandés se remonta a inicios del decenio 1960-1970.

En Bélgica, entonces, tampoco existen prescripciones que sirvan de sostén directo a los perjudicados con el rompimiento de las tratativas, pero la buena fe sí ha sido utilizada en la argumentación judicial. También en este país, por otro lado, se reconoce la naturaleza extracontractual de la especie de responsabilidad que nos ocupa³⁶.

En la causa *Start Trading c. S. A. Générale de Banque*, resuelta en segunda instancia por la Cour d'Appel de Liège, el 19 de noviembre de 1996, se desestimó la pretensión de una empresa de productos informáticos que había demandado a una institución bancaria por los daños –pérdidas económicas– sufridos a consecuencia del rompimiento de los tratos preliminares de un contrato de licencia exclusiva para la utilización de un programa original.

De los hechos, resultaba que ambas entidades habían sostenido reuniones de negocios entre los meses de diciembre de 1990 y abril de 1991, al cabo de los cuales la demandante pidió, por escrito, una respuesta definitiva sobre la firma del futuro contrato. La demandada no contestó sino hasta octubre de 1991, es decir, siete meses después, con una carta en la cual solicitaba un *dossier* técnico general y una propuesta de precio. La respuesta fue inmediata, pero la destinataria de la oferta volvió a guardar silencio. La demandante, entonces, procedió a emitir una factura por la licencia, en enero de 1992. Sólo en junio de 1992, la demandada respondió que no estaba de acuerdo con los términos de la propuesta, que desconocía la factura, y que se negaba a cancelarla.

El razonamiento de los magistrados belgas que modificó el parecer favorable de la instancia inferior, se basó en el examen de la conducta del demandante y estableció que este se había precipitado y que, de alguna manera, había ejercido presión en la destinataria de la oferta.

Además, se estimó que no había quedado acreditada la culpa del demandado, imprescindible en los procesos por responsabilidad.

La máxima jurisprudencial establecida fue que "el período precontractual se rige por el principio de la libertad de contratar o no contratar. Sin embargo,

este principio debe ser atenuado, por un lado, con la obligación de buena fe que recae en las partes durante la fase preparatoria, y por otro, con las reglas de la responsabilidad delictual. En caso de tratativas truncas, se tiene que brindar la prueba de una culpa cometida por la parte que se aparta de ellas, para obtener la indemnización. La víctima de la ruptura debe abstenerse de todo comportamiento prepotente o que denote falta de seriedad y rigor de su parte³⁷.

7. LA EXPERIENCIA ALEMANA. EVOLUCIÓN DE LA CULPA IN CONTRAHENDO. GÉNESIS Y CARACTERÍSTICAS APPLICATIVAS DEL MODELO CONTRACTUAL

En Alemania, donde, como se suele afirmar, se descubrió³⁸ o reinventó³⁹ la responsabilidad precontractual, la especie (*Verschulden bei Vertragsverhandlungen*) tampoco contaba con un reconocimiento expreso, a pesar de que en la época de elaboración del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), el famoso estudio de Rudolf von Jhering sobre la culpa in contrahendo, o la responsabilidad que surge en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse, tenía varios años de publicado⁴⁰, y contaba con una reimpresión, inclusive.

Sin embargo, en el texto original del BGB, las ideas de Jhering se recogieron para la regulación de hipótesis ligadas únicamente con el supuesto de la invalidez contractual, como, por ejemplo, el contrato celebrado por quien carece de poder para hacerlo, es

decir, por un *falsus procurator* (§ 179, 1^{er}. párrafo): “Quien celebra un contrato en calidad de representante [*Vertreter*], y no demuestra su poder de representación [*Vertretungsmacht*], queda obligado frente a la otra parte, a decisión de ésta, al cumplimiento, o bien al resarcimiento, si el representado [*Vertreten*] no acepta ratificar el contrato”.

Sin perjuicio de la peculiaridad de reconocer la posibilidad, para el perjudicado, de demandar, no sólo el resarcimiento, sino también el cumplimiento, por cuenta del representante que no tenía poderes, la citada norma alemana tiene equivalente en el artículo 1398 del Código Civil italiano: “quien contrata como representante sin tener los poderes, o excediendo los límites de las facultades a él conferidas, es responsable del daño que el tercero sufre, por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”, y a través de éste, en el artículo 161 de nuestro Código Civil: “el acto jurídico celebrado por representante excediendo los límites de las facultades que le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye”.

La buena fe constituye un principio, no sólo fundamental, sino caracterizador⁴¹ del derecho civil alemán: “acogida en el BGB para regular hipótesis que era imposible codificar legislativamente, por medio de

³⁷ El texto del fallo, y la máxima jurisprudencial de él deducida, con comentario de GOBERT, Didier. “Le principe de bonne foi dans la formation du contrat”. 1996, pueden consultarse en: <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/contratdit96.pdf>. El citado autor critica, entre otras cosas, la divergencia de las sentencias de los tribunales belgas en casos de este tipo: “la souplesse d’interpretation de ces règles crée malheureusement une certaine insécurité juridique”.

³⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. “Die Bedeutung einer allgemeinen Regelung des Schuldverhältnisses und die Abschnitte I und II des zweites Buches des BGB”. Traducción italiana: “Il significato di una regolamentazione generale dell’obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB”, por Maria Cristina DALBOSCO, en: “I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana”, actas del congreso celebrado en Ferrara, del 26 al 28 de septiembre de 1996. Padua: Cedam. 2002. p. 296, en alusión al estudio de Rudolf von JHERING. “Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”. 1861, ahora en ID. Gesammelte Aufsätze aus den “Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts”. 1881. Reimpresión, tomo I. Aalen: Scientia. 1969. p. 327 y siguientes.

³⁹ Esta es, en cambio, la expresión que prefiere SCHLECHTRIEM, Peter. “The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe”. En: “Oxford University Comparative Law Forum”, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem2.shtml>, núm. 2. 2002. Nota 29, en tanto, como él refiere, la figura ya estaba prevista en el Allgemeines Landrecht prusiano de 1794 (§ 284), y también, según informaba, mucho tiempo atrás, pero sin ninguna pretensión aclaradora, TITZE, Heinrich. Voz “Verschulden beim Vertragsschluss”. En: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Fundado por STIER-SOMLO, Fritz y Alexander ELSTER. Vol. VI. Berlín y Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1929. p. 518, en el § 285, I, 5: “wer bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrags seine Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, muß dem Anderen sein ganze Interesse vergüten”, es decir, “quien dolosamente o por descuido grave infringe su deber en la celebración o cumplimiento del contrato, deberá resarcir el interés del otro”. También aborda este delicado punto histórico WIEDEMANN, Herbert. “Comentario sub § 275”. En: SOERGEL, Hans Theodor y Wolfgang SIEBERT. “Bürgerliches Gesetzbuch”. Vol. II, Schuldrecht, parte I. Décimo segunda edición. Stuttgart, Berlín y Colonia: Kohlhammer. 1990. p. 602.

Lo cierto es que JHERING. Op. cit., p. 368 y siguientes, y especialmente, p. 371, tuvo en cuenta la recopilación prusiana.

⁴⁰ La extrañeza es expresada por MEDICUS, Dieter. “Culpa in contrahendo”. Traducción italiana de Maria Rosaria MARELLA. En: Rivista critica del diritto privato. Año II, núm. 3, 1984. p. 573.

⁴¹ SOMMA, Alessandro. “Il diritto dei contratti tra scienze economiche e scienze sociali”. En: “ID., Diritto comunitario vs. diritto comune europeo”. Turín: Giappichelli. 2003. p. 56.

En el mismo sentido: HATTENHAUER, Hans. “Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts”. 1982. Traducción castellana, “Conceptos fundamentales del derecho civil”, por Gonzalo HERNÁNDEZ. Barcelona: Ariel. 1987. pp. 91-92; MARKESINIS, Basil. “The German Law of Obligations”. Vol. I, The Law of Contracts and Restitution: a Comparative Introduction, por MARKESINIS, Basil, LORENZ, Werner y Gerhard DANNEMANN. Oxford: Clarendon Press. 1997. p. 510 y siguientes; EBKE, Werner F. y Bettina M. STEINHÄUER. “The Doctrine of Good Faith in German Contract Law”. En: BEATSON y FRIEDMANN (editores). Op. cit., p. 171 y siguientes; ZIMMERMANN y WHITTAKER. “Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape”. En: ZIMMERMANN y WHITTAKER. Op. cit., p. 18 y siguientes; y GALLO, Paolo. “Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto”. En: Rivista di diritto civile. Año XLVIII, parte I. 2002. p. 240.

una casuística minuciosa, la buena fe ocupa un puesto de relevancia entre los preceptos que tienen que ser permanentemente concretizados, y según las controversias y la índole que caracteriza a éstas. Y justamente por su naturaleza no definida, y por la finalidad de establecer con un criterio indiscutible la amplitud de su eficacia, ella se presta a legitimar demandas éticas y doctrinas heterogéneas, que subsume en su propio ámbito⁴².

Según el § 242 del BGB, “el deudor está obligado a ejecutar la prestación [*Leistung*] como lo exige la buena fe y atendiendo a los usos del tráfico”⁴³.

No han existido problemas, entonces, para que sea reconocida la procedencia del resarcimiento en el supuesto de las tratativas que se interrumpen con infracción del precepto citado.

Hace más de diez años, un autor refería que la jurisprudencia alemana reconoció que el BGB contenía una laguna, y que “los sujetos entre los que se desarrollan tratativas, que apuntan a disponer la celebración de un contrato, no pueden ser considerados como meros extraños: en efecto, como consecuencia de la participación en las tratativas, cada una de las partes suscita en la otra la legítima confianza en que ella, durante tal fase, se comportará de manera tal que evite generarle un

daño. [...] [D]esde antes de la celebración del contrato, mientras duran las tratativas, existe una relación entre las partes; una relación de la cual resultan ciertos deberes, asimilables a los deberes contractuales”⁴⁴.

En una sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia) del 11 de mayo de 1979, se llegó a definir la *culpa in contrahendo* como una “costumbre reconocida por todos”, con lo cual quedaba reafirmado que se trataba de “una hipótesis de responsabilidad de derivación jurisprudencial, cuya identificación se ubica en el ámbito institucional del recubrimiento de las lagunas del ordenamiento jurídico”⁴⁵.

Conforme al modelo alemán imperante hasta hace poco tiempo, entonces, la base para la concesión del resarcimiento por ruptura injustificada de las tratativas era identificada en la lesión (*Verletzung*) de la relación de confianza (*Vertrauensverhältnis*) que se presupone establecida entre las personas que negocian los términos de un futuro contrato y, más en general, entre los sujetos de toda relación obligatoria⁴⁶.

La especie ha sido considerada “contractual”, esencialmente, por exclusión, porque la responsabilidad nacida de acto ilícito –nuestra responsabilidad “extracontractual”– sólo procede en hipótesis bien tipificadas: “la lesión de la vida, el cuerpo, la salud o

⁴² Son expresiones de CORRADINI, Domenico. “Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato”. Milán: Giuffrè. 1970. p. 197.

⁴³ La flexibilidad de esta “cláusula normativa general” [*Generalklausel*] es graficada por ZIMMERMANN. “Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations”. 2002. Dicho trabajo puede consultarse en el ya señalado *website* del Centro di Studi e di Ricerche di Diritto Comparato e Straniero de la Universidad de Roma “La Sapienza”, <http://w3.uniroma1.it>.

ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. “Einführung in die Rechtsvergleichung”. Tercera edición. 1996. Traducción inglesa, “An Introduction to Comparative Law”, al cuidado de Tony WEIR. Oxford: Clarendon Press. 1998. p. 150, expresan: “La cláusula normativa general del § 242 del BGB ha dado prueba, pues, de una espléndida capacidad para lograr la adaptación del derecho de los contratos a las cambiantes actitudes colectivas y morales de la sociedad”.

Los mismo autores señalan que la cláusula de la buena fe –traducida por WEIR como de “good faith and fair dealing”– ha servido de sustento para la “moralización” de las relaciones contractuales, concretizada, a través del tiempo, en la resolución de causas generadas por el colapso de la economía luego de la Primera guerra mundial, o vinculadas con la variación de la moneda oficial, debida a la reunificación de Alemania, en 1990, así como para atenuar, progresivamente, el individualismo excesivo y original del derecho de los contratos del BGB, con figuras como la alteración de la base del negocio jurídico, o la cláusula “*rebus sic stantibus*”, y para el control del empleo equitativo de las condiciones generales de contratación.

Muchos años antes, BETTI, Emilio. “Système du code civil allemand”. Curso de Derecho Civil Comparado, dictado en la Universidad d’Ains Chams de El Cairo (1962-1963). Milán: Giuffrè. 1965. p. 22 y siguientes, describía la situación en términos similares: “el principio del § 242 ha devenido punto de orientación de toda una jurisprudencia, que eleva la exigencia de la cooperación al papel de idea directriz de las relaciones entre deudores y acreedores. Se ha resaltado que este principio ha engendrado una serie de máximas particulares, que recuerdan, en gran medida, a las máximas desarrolladas por la *equity* de la jurisprudencia inglesa”.

En la sentencia del Bundesgerichtshof del 14 de octubre de 1992, referida a la variación de la unidad monetaria que tuvo lugar a causa de la reunificación, se lee que la buena fe constituye un principio inmanente de todo sistema jurídico.

El Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemán), en un fallo del 19 de octubre de 1993, ha reconocido, a su vez, que “existe unanimidad en la doctrina respecto de la afirmación de que el precepto de la buena fe se traduce en la posibilidad de un control judicial del contenido del contrato, a tenor, justamente, de aquella inmanente limitación a la posibilidad de configuración del contenido del contrato, que es dada por la buena fe”. La cita es de SOMMA. Op. cit., p. 58.

⁴⁴ SONNENBERGER, Hans Jürgen. “La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco”. Padua: Cedam. 1991. pp. 114-115, 116. En el mismo sentido: WIEDEMANN. Op. cit., p. 607 y siguientes; LORENZ, Werner. “German Report”. En: HONDIUS (editor). Precontractual Liability. Op. cit., p. 161 y siguientes; ESSER, Josef y Eike SCHMIDT. “Schuldrecht”. T. I, Allgemeiner Teil, vol. II, Sétima edición. Heidelberg: C. F. Müller. 1993. p. 134 y siguientes; y BROX, Hans. “Allgemeines Schuldrecht”. Vigésimo segunda edición. Munich: Beck. 1995. p. 40 y siguientes.

⁴⁵ La referencia es de SONNENBERGER. Op. cit., p. 116.

⁴⁶ CANARIS. Op. cit., pp. 282-283: “el lado inverso de la medalla de la relatividad de la relación obligatoria está representado, en cierto sentido, y según el derecho alemán, por su carácter de *relación especial*. Conforme a dicho principio, la obligación vincula efectivamente sólo a las dos partes, pero las vincula con *elevada intensidad*. Ello comporta, ante todo, que entre las mismas rigen los deberes de buena fe y lealtad del § 242 del BGB, y que, por lo tanto, existen deberes más rigurosos, y en mayor medida que cuanto ocurre entre personas que no están vinculadas por una obligación, las cuales, por lo tanto, se someten únicamente a los deberes generales que nacen del principio del *neminem laedere*”.

los bienes" de la víctima, tal cual se prescribe en el § 823 del BGB⁴⁷.

Con la reciente Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, del 11 de octubre de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), en vigor desde el 1 de enero de 2002, algunos párrafos del BGB han sido modificados para reconocer la figura, en un acto legislativo que ha sido visto como una *Kodifizierung von Richterrecht*, es decir, como la codificación de una institución predominantemente desarrollada por la jurisprudencia o, sencillamente, como la codificación de lo que ya deciden los jueces⁴⁸.

Ahora, entonces, de acuerdo con los reformados § 311, *Relaciones obligatorias de carácter negocial y cuasinegocial*, 2º párrafo, núm. 1 ("una relación obligatoria con deberes [...] nace, así mismo, del inicio de las tratativas"), y § 241, *Deberes que nacen de la relación obligatoria*, 2º párrafo ("Por el contenido de la relación obligatoria cada una de las partes puede estar comprometida al respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra"), se reconoce que el inicio de tratativas (*Aufnahme von Vertragsverhandlungen*) puede dar lugar al nacimiento de una relación obligatoria, y esta última conlleva el deber de cada una de las partes de respetar,

recíprocamente, sus derechos, bienes jurídicos e intereses⁴⁹.

Según el nuevo régimen: "si, existiendo una relación precontractual, se vulnera, causando un daño, la obligación establecida en el § 241.2, podrá exigirse una indemnización con base en el § 280.1; precepto en el que ahora se establece una fórmula general de responsabilidad obligacional. Esta indemnización se fijará partiendo del criterio, establecido en el § 249, de que deberá reponerse la situación que existiría si la circunstancia que da lugar a la reparación no se hubiera producido. Por lo que hace, pues, a la obligación indemnizatoria no hay preceptos específicos relativos a la responsabilidad *in contrahendo*, y las concreciones y particularidades han de quedar para el plano de la aplicación jurisprudencial"⁵⁰.

Con las disposiciones reformadas se continuará permitiendo el reconocimiento, como casos de *culpa in contrahendo*, de supuestos como el del comprador potencial de un automóvil que ocasiona daños a éste durante un recorrido de prueba; o el de un cliente potencial que sufre lesiones físicas como consecuencia de la imprudencia de un dependiente del local negocial⁵¹.

⁴⁷ SONNENBERGER. Op. cit., p. 115 y siguientes.

Dicho punto es particularmente enfatizado por PIOTET, Paul. "Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse". Berna: Éditions Stämpfli & C^e. 1963. p. 31 y siguientes; y por la doctrina italiana que ha estudiado a fondo el modelo alemán: BESSONE, Mario. "Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso della trattativa)". En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Año XXVI. 1972. p. 1014 y siguientes; MORELLO, Umberto. "Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (Un classico problema rivisitato)". En: AA. VV. "La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive". II, Aspetti civilistici. Milán: Giuffrè. 1986. p. 119 y siguientes; BENATTI, Francesco. Op. cit., p. 288; TURCO, Claudio. "Interesse negativo e responsabilità precontrattuale". Milán: Giuffrè. 1990. *Passim*; PATTI, Guido y Salvatore PATTI. "Responsabilità precontrattuale e contratti standard". En: "Il Codice civile - Commentario". Dirigido por Piero SCHLESINGER. Milán: Giuffrè. 1993. p. 14; MUSY. Voz "Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)". Op. cit., pp. 395-396.

También hay valiosas referencias al respecto en el mejor libro español dedicado a esta materia: ASÚA GONZÁLEZ, Clara. "La culpa in contrahendo (Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)". Bilbao: Departamento de Publicaciones de la Universidad del País Vasco. 1989. pp. 194-195. De la misma autora, en colaboración con José Javier HUALDE SÁNCHEZ. "Codificación de la culpa in contrahendo en el derecho alemán". En: "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo". T. II, Derecho civil - Derecho de obligaciones. Madrid: Thomson - Civitas. 2003. p. 1415 y siguientes.

⁴⁸ CANARIS. "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen". En: Juristenzeitung. Año 56, núm. 4. 2001. p. 519; ID. "La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni - Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts". Al cuidado de Giovanni DE CRISTOFARO. Padua: Cedam. 2003. pp. 26-27, quien habla, al respecto, de "codificación de las instituciones jurídicas no-escritas" (*die Kodifizierung "ungeschriebener" Rechtsinstitute*); HOHLOCH, Gerhard. "La codificazione degli obblighi di protezione e della responsabilità per culpa in contrahendo". Traducción italiana de Gianluca CAROBENE, en: "La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?", al cuidado de Giorgio CIAN, actas del Congreso celebrado en Ferrara, 7-8 de marzo de 2003. Padua: Cedam. 2004. p. 247 y siguientes.

⁴⁹ MEDICUS. "Leistungsstörungrecht". En: HASS, Lothar y otros. "Das neue Schuldrecht". Múnich: Beck. 2002. pp. 117-118.

En relación con los trabajos preparatorios de la *Schuldrechtsmodernisierung* son útiles las referencias de CANARIS. "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen". Op. cit., p. 519 y siguientes.

En Alemania, como se aprecia, no ha sido necesaria la codificación específica de la responsabilidad por rompimiento injustificado de las tratativas, como se proponía en los trabajos preparatorios del Código Civil peruano, y en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998. Al respecto, remito a cuanto tengo escrito en LEÓN, Leysser L. "La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)". En: *Ius et Veritas* 26. 2003. p. 38 y siguientes.

⁵⁰ ASÚA GONZÁLEZ y HUALDE SÁNCHEZ. Op. cit., p. 1429.

En las otras normas citadas por los autores españoles se señala: "§ 280. *Resarcimiento del daño por infracción de un deber*. (1) Si el deudor infringe un deber nacido de la relación obligatoria, el deudor puede pretender el resarcimiento del daño de ello derivado. Ello no procede en el caso en que el deudor no sea responsable de la infracción del deber"; y "§ 249. *Naturaleza y contenido del daño*. (1) Quien está obligado al resarcimiento del daño debe realizar el estado de cosas que se habría creado si no se hubiese verificado la circunstancia que lo obliga al resarcimiento". El texto de esta última norma es el que resulta de la modificación introducida por el Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, del 19 de julio de 2002.

⁵¹ Ambas hipótesis, ya reconocidas por la jurisprudencia precedente a la reforma del BGB, son recordadas por HOHLOCH. Op. cit. pp. 248-249, quien añade el elemento del "contacto negocial", es decir, que "una responsabilidad por *culpa in contrahendo* presupone siempre contactos *negociales*; simples contactos *sociales* no son suficientes para fundar una responsabilidad semejante".

Muchos años antes de la *Schulrechtsmodernisierung*, un estudioso alemán opinaba que una norma general que reconociera la responsabilidad precontractual habría tenido poco sentido, y que, a lo sumo, habría servido para “exonerar al juez de la imposición de recurrir a principios extraños al derecho positivo para poder arribar a su decisión: a él le bastaría con indicar la nueva norma. [...] Una norma general sobre la *culpa in contrahendo* estaría, en gran medida, privada de consecuencias”⁵².

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que dicho parecer fue expresado en un contexto donde la institución bajo examen estaba plenamente asentada en la praxis judicial.

Así las cosas, se ha podido sostener que, “tras la codificación, la *culpa in contrahendo*, y a salvo el extremo de su propia legitimación, sigue ofreciendo sus perfiles tradicionales. Nada relevante ha cambiado en el contenido o funcionamiento de la institución: el reconocimiento de una relación obligatoria precontractual, el consiguiente carácter contractual de la responsabilidad, las circunstancias determinantes del inicio de la relación, la inclusión de terceros, etc., son extremos que ahora encuentran acogida legal, pero que ya estaban aceptados. Los comentarios, preocupaciones o críticas –estas últimas relacionadas con la falta de cohesión y el carácter *invasivo* de un fundamento de responsabilidad cuya delimitación es compleja– que han llenado muchas páginas de las obras jurídicas alemanas pueden reiterarse prácticamente en

los mismos términos. De ahí que quepa decirse que un cambio, sin duda importante, supone, sin embargo, el mantenimiento del *statu quo*”⁵³.

8. DOS PAÍSES IMITADORES DE LA SOLUCIÓN ALEMANA: GRECIA Y PORTUGAL

En el Código Civil de Grecia de 1946, artículo 198, 1^{er} párrafo, se establece que la parte de una negociación contractual que ocasiona una pérdida a la otra por medio de una conducta culposa, está obligada a resarcir el daño causado, incluso si el contrato no llega a existir⁵⁴.

Y en el Código Civil de Portugal, de 1966, el artículo 227 señala que quien negocia con otro para celebrar un contrato debe proceder, tanto en los preliminares cuanto en la formación de aquél, según las reglas de la buena fe, bajo sanción de responder por los daños que cause culposamente a la otra parte⁵⁵.

9. SINGULARIDADES HISTÓRICO-COMPARATIVAS DEL MODELO ITALIANO. SU DISTORSIONADO ARRIBO AL DERECHO PERUANO

Del modelo que fluye del Código Civil italiano de 1942⁵⁶, hay que saber, ante todo, que se caracteriza por una problemática diversidad de soluciones: mientras la jurisprudencia se pronuncia, mayoritariamente y tradicionalmente, por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad *in contrahendo*⁵⁷, la tesis

⁵² MEDICUS. “*Culpa in contrahendo*”. Op. cit., pp. 573-574.

⁵³ ASÚA GONZÁLEZ y HUALDE SÁNCHEZ. Op. cit., p. 1433.

⁵⁴ Las referencias son de BAR, Christian von. “*Gemeineuropäisches Deliktsrecht*”. Primera edición alemana, 1996. Traducción inglesa, “*The Common European Law of Torts*”. Vol. I. Oxford: Clarendon Press. 1998, p. 496.

⁵⁵ Código Civil de Portugal (1966): Art. 272, 1^{er} párrafo, “*Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*”. No puede no llamar la atención la admirable sistemática y técnica del legislador portugués. La norma citada se encuentra en la subsección III, “*Perfeccionamiento de la declaración negocial*”, de la sección I, “*Declaración negocial*”, del capítulo I, “*Negocio jurídico*”, del subtítulo III, “*De los hechos jurídicos*”, del título II, “*De las relaciones jurídicas*”, del libro I, Parte general”, del Código.

⁵⁶ De la reciente doctrina italiana sobre el tema son de destacar las obras de ROVELLI, Luigi. “*La responsabilità precontrattuale*”. En: ALPA, Guido y otros. *Il contratto in generale*. T. II, a su vez en: *Trattato di diritto privato*. Dirigido por Mario BESSONE. Turin: Giappichelli. 2000. p. 201 y siguientes; ROPPO, Vincenzo. “*Il contratto*”. En: *Trattato di diritto privato*. Al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI. Milán: Giuffrè. 2001. p. 175 y siguientes; D’AMICO, Giovanni. “*Buona fede in contrahendo*”. En: *Rivista di diritto privato*. 2003. p. 355 y siguientes; MONATERI. “*La responsabilità precontractual en el ordenamiento jurídico italiano*”. En: LEÓN, Leysser L. (editor). *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: ARA editores. 2003. p. 471 y siguientes; y GALLO. “*Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*”. En: *Rivista di diritto civile*. Año N, parte I. 2004. p. 295 y siguientes; ID. “*Responsabilità precontrattuale: il quantum*”. En: *Rivista di diritto civile*. Año N, parte I. p. 487 y siguientes.

⁵⁷ La naturaleza extracontractual de la responsabilidad *in contrahendo* ha sido sostenida en Italia a partir del primer comentario del Código Civil italiano de 1942: FRAGALI, Michele. En: “*Codice civile – Comentario*”. Dirigido por Mariano D’AMELIO y Enrico FINZI. *Libro delle obbligazioni*, vol. I. Florencia: G. Barbèra. 1948. p. 369, quien vincula los deberes precontractuales con el principio general de *neminem laedere*, asociación conceptual que tiene precedentes mucho más remotos: PACIFICI-MAZZONI, Emidio. “*Istituzioni di diritto civile italiano*”. Cuarta edición. Al cuidado de Giulio VENZI. Vol. IV. Florencia: Fratelli Cammelli. 1908. p. 459 y siguientes. En el mismo sentido: MIRABELLI, Giuseppe. “*Delle obbligazioni – Dei contratti in generale*”. Tercera edición. En: “*Commentario del codice civile*”. Turin: Utet. 1980. pp. 113 y 115.

Ahora, la tesis extracontractual además de estar unánimemente avalada por la jurisprudencia, cuenta entre sus defensores, con importantes matices entre sus planteamientos, a autores como BIANCA, Cesare Massimo. “*Diritto civile 3*”. *Il contratto*. Segunda edición. Milán: Giuffrè. 2000. p. 157 y siguientes; ROPPO. Op. cit., p. 184 y siguientes; GALLO. “*Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*”. Op. cit., p. 299 y siguientes.; y SACCO, en SACCO y DE NOVA. Op. cit., t. II. p. 260 y siguientes. Así mismo: PIGNATARO. “*La responsabilità precontrattuale*”. En: “*I contratti in generale*”. Vol. V, a su vez en: “*Il diritto privato nella giurisprudenza*”. Al cuidado de Paolo CENDON. Turin: Utet. 2000. p. 170.

La afirmación de la naturaleza extracontractual de esta figura permite a SACCO. Op. cit., t. II, p. 261, deducir, entre otras consecuencias importantes, el carácter de deuda de valor del resarcimiento aquí aplicable, y comprender cabalmente el sentido y dimensión del “*interés negativo*” –concepto demasiado vulgarizado, como cumple con subrayar el mismo autor– a ser reparado.

Al respecto, la Corte di Cassazione, sentencia 4299, del 29 de abril de 1999, ha establecido lo siguiente: “*puesto que la violación de los deberes referidos en los artículos 1337 y 1338 del Código Civil da lugar a responsabilidad extracontractual, el consiguiente débito del responsable debe considerarse ‘de valor’ y no ‘de una suma en dinero’, comporta la generación de los intereses a partir del hecho ilícito, y no sólo a partir de la demanda, y se sustrae, en principio, en lo tocante al reconocimiento de la revaluación monetaria, a la regla impuesta por el artículo 1224, 2^o párrafo, del Código Civil*”: la cita es de MALFITANO, Daniela. “*Le trattative e la responsabilità precontrattuale*”. En: BESSONE. “*Casi e questioni di diritto privato*”. XXI, *Il contratto in generale*. Al cuidado de ALESSI, Rosalba y Giuseppe GRISI. Vol. II, t. I. Milán: Giuffrè. 2002. p. 730.

contractualista, que hace eco de la obra de los autores germanos, es ardorosamente defendida por la doctrina⁵⁸.

Y se caracteriza, por otro lado, porque el formante jurisprudencial italiano ha establecido como presupuestos de la responsabilidad precontractual: el estado avanzado de las tratativas y la confianza razonable suscitada en la celebración del contrato, la ausencia de una justa causa de apartamiento de las tratativas, y, por consiguiente, la violación del deber de buena fe⁵⁹.

Contra las unánimes opiniones de los mismos juristas italianos, por lo demás, este modelo debe ser considerado intermedio.

En el Codice civile no existe, en efecto, ninguna norma que establezca la responsabilidad para la especie que es objeto de la presente investigación.

Sí se regula, en cambio, la responsabilidad *in contrahendo* por la invalidez del contrato. En el artículo 1338 del Codice civile, subtítulo "conocimiento de las causas de invalidez", se dispone: "La parte que conociendo o debiendo conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia de ello a la otra parte, está obligada a resarcir el daño sufrido por esta última, que confió, sin su culpa en la validez del contrato".

La peculiaridad del texto normativo italiano, sin embargo, es el artículo 1337, que puede considerarse como un antecedente de lo que hoy se lee en el artículo 1362 del Código Civil peruano.

En dicho artículo 1337, subtítulo "Trattative e responsabilità precontrattuale", se dispone, simplemente, que "en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse con arreglo a la buena fe".

Es de interés conocer de primera mano cuanto se consigna en los trabajos preparatorios del Codice.

En la Relazione al progetto ministeriale di libro delle obbligazioni, de 1940, se lee:

"Nuevo también es el artículo 189 [del proyecto], que impone a las partes, en las tratativas y en la formación del contrato, el deber de un comportamiento de buena fe.

Este deber es difícilmente deducible del derecho vigente, no obstante el predominio del principio de buena fe en la ejecución de los contratos. Su afirmación explícita es coherente con la concepción de un sano ordenamiento jurídico, como lo es el fascista, el cual extrae del antes recordado carácter social y ético de sus principios, la necesidad de un mínimo de lealtad y de honestidad, incluso en el libre juego de los intereses privados"⁶⁰.

Coincidentemente, en la Relazione alla Maestà del Re Imperatore, elaborada por el ministro de gracia y justicia, Dino Grandi, se expresa (n. 612):

"Está gobernada por el deber de lealtad y por el deber de buena fe (en sentido objetivo) la materia de las tratativas contractuales, y la concerniente a los llamados contratos por adhesión.

Dicho deber es invocado, con carácter general, en el artículo 1337, como base del comportamiento de las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato. Este deber exige de los sujetos de una relación contractual, en la esfera de la misma relación, un comportamiento inspirado por el sentido de la probidad, sea de la representación leal y no cavilosa de los derechos y de los deberes que de ella derivan, sea en el modo de hacerlos valer o de observarlos, atendiendo, en todo caso, al fin que el contrato pretende satisfacer, a la armonía de los intereses de las partes y de los intereses superiores de la Nación, los cuales requieren una pacífica colaboración productiva. Dicho deber, referido a la fase precontractual, desemboca en una responsabilidad *in contrahendo* cuando una parte conozca y no revele a la otra la existencia de una causa de invalidez del contrato"⁶¹.

El artículo 1337 del Codice ha suscitado las opiniones favorables de algunos autores que perciben en el mismo una ventaja frente a los demás ordenamientos.

Alguien ha anotado, a propósito, que "la doctrina y jurisprudencia italianas gozan de una condición de indiscutible privilegio, que los casos de apartamiento de las tratativas ilustran mejor que todos los demás. Una norma que hace de la corrección el modelo de comportamiento a observar en todo momento de la relación precontractual sugiere, sin más, indicios de valoración en virtud de los cuales apreciar cada una de las iniciativas que hayan precedido su ruptura. En

⁵⁸ Para la bibliografía al respecto, véase notas 96 y 97 *infra*.

⁵⁹ Estos presupuestos son enumerados por SGROI, Renato. *sub art.* 1337, en: RUPERTO, Cesare y Vittorio SGROI. "Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile 1998-2000". Milán: Giuffrè. 2001. pp. 251-252.

⁶⁰ En PANDOLFELLI, G. y otros. "Codice civile: Libro delle obbligazioni. Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie". Milán: Giuffrè. 1942. p. 167.

⁶¹ "Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul 'valore giuridico della Carta del lavoro'". Primera edición estereotipada del texto oficial. Roma: Libreria dell'Istituto Poligrafico dello Stato. 1943. p. 391.

ausencia de una disposición como el artículo 1337, en cambio, un control semejante debe proveerse de instrumentos a través de una auténtica integración del sistema de las normas, que vuelve bastante ardua la tarea de la doctrina y de la jurisprudencia”⁶².

La norma citada del Codice influyó, a su vez, en la reforma del Código Civil argentino (Ley 17.711 de 1968)⁶³, que derivó en la redacción actual de su artículo 1198, 1^{er} párrafo: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”⁶⁴.

Como es claro, es esta última norma la semejante, textualmente, a nuestro artículo 1362... y no la fuente original.

10. CONSECUENCIAS DE LA IMITACIÓN IMPERFECTA. LA DISCUSIÓN SOBRE LA OBJETIVIDAD O SUBJETIVIDAD DE LA BUENA FE PRECONTRACTUAL. PARALELO CON EL RÉGIMEN SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

En Italia –como han referido, en su momento, Manuel de la Puente y Lavalle y José Juan Haro Seijas– se considera que la buena fe a la que se refiere la norma citada es la buena fe “objetiva”, es decir, la realización de un comportamiento con arreglo a la lealtad.

La infracción de tal deber, en caso de ser generadora de perjuicios, vuelve procedente el resarcimiento de los daños ocasionados en la fase de los tratos previos al contrato⁶⁵.

Aquí es conveniente hacer un alto. Tengo que señalar que veo el estudio de Haro como una excelente

oportunidad para dilucidar si con los elementos que brinda nuestro Código Civil, estamos legitimados o no a efectuar una distinción que es común en otro ordenamiento, en otro lenguaje: la distinción entre buena fe “objetiva” y “subjetiva”.

Porque hay que admitir que no son pocas las distinciones que carecen de sustento según el régimen del Código Civil, pero que, de todas formas, han venido siendo estudiadas en nuestro medio, a causa de una “importación” mecánica de problemas foráneos que no nos conciernen.

Recordaré, entre otras, y sin perjuicio de su valor en el plano de la lógica, las distinciones entre “objeto” y “contenido” del negocio jurídico; entre “patrimonialidad del interés” y “patrimonialidad de la prestación”; entre “daño moral” y “daño a la persona”; entre “daño patrimonial” y “daño no-patrimonial”.

Y es que en el Código Civil peruano la expresión “buena fe” se emplea de manera tan irregular que resulta imposible identificar una clara perspectiva de nuestro legislador respecto de ella.

Basta pensar en el tema de la interpretación del negocio jurídico.

En una de las normas que regula esta materia, se habla de “principio” de la buena fe (artículo 168: “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”⁶⁶); y en la otra –la que aquí nos interesa– se habla de “reglas” de la buena fe (artículo 1362: “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”).

Conforme al régimen del Código Civil peruano, entonces, se puede deducir, sin inconvenientes, que

⁶² BESSONE. “Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza”. Op. cit., p. 987.

⁶³ Tal cual es reconocido por Pablo LERNER, en uno de los escasos datos veraces contenidos en su artículo “El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino”. En: Boletín mexicano de derecho comparado 103. 2002. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art6.htm>. Inaceptable, en cambio, su siguiente apreciación: “La reforma de 1968, al proclamar el principio de la buena fe, no hizo más que reconocer un *principio universalmente aceptado*, tanto en lo relativo al cumplimiento del contrato como a la etapa de las negociaciones previas” (las cursivas son añadidas). A menos, desde luego, que el “universo” no comprenda los ordenamientos donde impera el *common law*.

⁶⁴ Guarda silencio, en cambio, sobre el antecedente itálico del artículo 1.198 del Código Civil argentino, además de incurrir en todos los errores de planteamiento, de sistemática y de redacción imaginables, FERREIRA RUBIO, Delia. “La buena fe – El principio general en el derecho civil”. Madrid: Montecorvo. 1984. p. 307 y siguientes.

⁶⁵ Sin olvidar, claro está, los “presupuestos” indicados § 9 *supra*.

⁶⁶ En esta norma se recoge lo establecido en el § 157 del BGB: “Los contratos se interpretan como lo exige la buena fe, atendiendo a los usos del tráfico”; y, más directamente, en el artículo 1366 del Código Civil italiano: “El contrato debe ser interpretado según la buena fe”.

En Alemania, la interpretación basada en la buena fe y en los usos, o interpretación “estandarizada”, representa “la segunda fase del proceso interpretativo: una vez establecido que las declaraciones de las partes no tienen significado específico, al cual ellas hayan pretendido referirse, la buena fe impone que las declaraciones mismas sean entendidas según el significado que tienen en el contexto social al que pertenecen ambas partes”: SONNENBERGER. Op. cit., p. 134.

En Italia, la interpretación con arreglo a la buena fe ha dividido a la doctrina. La mayor parte de los autores la considera un criterio de integración de los contratos, aplicable solamente cuando los demás no permiten determinar lo que las partes del contrato pretendían. En la jurisprudencia, también ha sido considerada como pauta subsidiaria respecto del criterio general que reconoce prioridad a la búsqueda de la común intención de las partes, a la que “sólo se permite recurrir siempre que exista la concreta imposibilidad de identificar de modo claro la voluntad negocial a través de la interpretación literal y la búsqueda lógica de la común intención de las partes”: Corte di Cassazione, sentencia 4815, del 13 de mayo de 1998, citada por ALPA y otros. “L’interpretazione del contratto – Orientamenti e tecniche della giurisprudenza”. Milán: Giuffrè. 2001. p. 153.

hay un único “principio” de la buena fe (artículo 168), pero, al mismo tiempo, y en sentido contrario, que existen diversas “reglas” de la buena fe (artículo 1362).

Para mayor confusión, la referencia al “principio de la buena fe” se incluye en el libro dedicado a la regulación del negocio jurídico, lo cual significa, naturalmente, que dicho precepto es aplicable a la especie negocial por antonomasia, es decir, al contrato⁶⁷.

Aquí es imprescindible establecer que los artículos 168 y 1362 no tienen ninguna vinculación que vaya más allá del empleo de un mismo término.

En la primera de dichas normas se impone un criterio para la interpretación del negocio jurídico; en la segunda, se establece una regla de comportamiento que tiene que ser observada en la negociación, celebración y ejecución de los contratos, al mismo tiempo que se eleva la buena fe a condición de fuente de integración del reglamento contractual.

En los desordenados discursos de la mayoría de los autores nacionales que han escrito al respecto, se echa de ver, principalmente, la copia irreflexiva e inexacta de lugares comunes en la doctrina italiana⁶⁸; ello, cómo no, aunque las fuentes originales hayan sido desconocidas o, peor aun, leídas a través de intermediarios de habla castellana poco fiables.

Lo cierto –y es todo lo que señalaré sobre el punto, en esta oportunidad– es que en el Código Civil peruano, probablemente con nula conciencia sobre lo que se estaba haciendo, la interpretación “según lo expresado” en el negocio, y la interpretación “según buena fe”, han sido ubicadas por nuestro legislador en el mismo nivel, y nada autoriza a establecer –como sí es proponible respecto del régimen italiano⁶⁹– una prioridad entre tales criterios.

Pero, como es obvio, las potencialidades de nuestras propias normas no se apreciarán bien jamás, mientras se siga persistiendo en copiar esquemas de razonamiento, y en asumir explicaciones, sin prestar atención al contexto en que ellos han sido forjados.

11. CONSECUENCIAS DE LA IMITACIÓN IMPERFECTA (SIGUE). LA INEXACTA COMPOSICIÓN DEL ARTÍCULO 1362 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. INUTILIDAD DE LA REFERENCIA A LA “COMÚN INTENCIÓN DE LAS PARTES”

Un análisis literal del artículo 1362 del Código Civil peruano, que apunte a evaluar sus aptitudes como respaldo legal de la pretensión resarcitoria de un tratante perjudicado por el rompimiento de los tratos preliminares, impone concentrarse en una porción de la norma, y dejar totalmente de lado la otra.

⁶⁷ Un observador neutral ha destacado que “la feliz formulación del artículo 168 del Código Civil peruano, en el cual se afirma el principio de la buena fe como criterio que, con carácter general, debe servir de soporte al intérprete para conocer y comprender lo expresado en el acto jurídico, tiene una natural y lógica capacidad aplicativa que se extiende desde el contrato hasta el testamento; [...]. Por lo tanto, la interpretación de buena fe parece ‘naturalmente’ destinada a extenderse al testamento; distintamente de cuanto ocurre, en la experiencia italiana, en la cual, con excepción de algunos estudiosos, la doctrina tiende, inconvenientemente, a excluir al testamento de la posibilidad de recurrir a la interpretación de buena fe”: FERRI, Giovanni Battista. “Brevi riflessioni sul negozio giuridico e il sistema del codice civile peruviano”. En: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Año C, parte I. 2002. p. 325; ID. “Il negozio giuridico”. Primera edición, 2001. Traducción castellana, “El negocio jurídico”, al cuidado de Leysser L. LEÓN. Lima: ARA editores. 2002. p. 48.

⁶⁸ Si se persiste en este *modus operandi*, el único discurso que, en mi modesta opinión, calzaría perfectamente a todo lo que resulta de nuestras normas sería el de CARRESI, Franco. “Dell’interpretazione del contratto”. En: *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, al cuidado de Francesco GALGANO. Bologna y Roma: Zanichelli ed. y Soc. ed. del Foro Italiano. 1992. p. 108. Según dicho autor, la buena fe referida en el artículo 1366 del Codice no se identifica con la buena fe mencionada en el artículo 1337. En esta última norma, la expresión “buena fe” es utilizada “como ‘criterio de valoración de los comportamientos humanos’, y por lo tanto, en el sentido de regla de conducta, porque es a partir de ella, ante el silencio de la ley [...] que se deduce cómo es que las partes deben comportarse durante las tratativas y en la ejecución del contrato”. En cambio, cuando se habla de buena fe respecto de la interpretación, la expresión tiene que ser entendida como sinónimo de “razonabilidad” y de “plausibilidad”. “En particular, entonces, hay que decir que el artículo examinado [1366] es aplicado correctamente por el juez, no cuando interpreta el contrato en la forma en que debían entenderlo, y ejecutarlo, en todo caso, dos personas paradigmáticas que durante las tratativas, en su formación, se hubiesen comportado rigurosamente según lo prescrito en el artículo 1337, sino cuando lo interpreta en la forma en que debían entenderlo, plausiblemente, esas dos determinadas personas que, movidas por el propósito de realizar esos ciertos, particulares, fines prácticos, y que, en consecuencia, desarrollaron de ese cierto, particular modo, sus tratativas, y se vincularon, finalmente, a dicho texto”.

Sólo que es imprescindible advertir, sin embargo, que la posición de CARRESI es minoritaria, y acaso única en Italia, debido a la coordinación que sí existe entre los artículos referidos y la “buena fe objetiva” (artículos 1175, 1337, 1366 y 1375, porque en la doctrina italiana, la visión de los juristas puede variar por circunstancias tan particulares como la ubicación de las normas), como fluye de la síntesis sobre la coordinación entre las normas sobre la *correttezza* y sobre la *buona fede* en el Codice, efectuada por PANUCCIO, Vincenzo. “Due mezzi di integrazione contrattuale: buona fede e correttezza”. Intervención en el Congreso internacional sobre el Código europeo, celebrado en Roma, 8-9 de noviembre de 2002, p. 4 del texto mecanografiado.

En cambio, yo juzgo que tal parecer es perfectamente aplicable en el caso del Código Civil peruano, donde no existe una coordinación semejante.

⁶⁹ Ello, según una “tradicional bipartición de las reglas de hermenéutica contractual”, sometida a un minucioso examen por TURCO. “Note in tema di ermeneutica contrattuale e principio di buona fede ex art. 1366 c.c.”. En: *Rivista critica del diritto privato*. Año IX. 1991. p. 315 y siguientes. Así, por lo demás, lo ha reconocido también la Corte di Cassazione, en su sentencia 4693, del 3 de noviembre de 1977, donde se señala que las normas sobre la interpretación de los contratos se dividen en dos grupos: “el primero, que comprende los artículos 1362 a 1365, regula la interpretación subjetiva (o histórica) del contrato, en tanto orientada a aclarar la concreta intención común de las partes; el segundo, constituido por los artículos 1366 a 1370, regula la interpretación objetiva, así llamada porque apunta a eliminar ambigüedades y dudas; *entre los dos grupos de normas existe una relación de subordinación lógica, del segundo grupo respecto del primero*, en el sentido de que se debe recurrir a las reglas de interpretación subjetiva sólo cuando no sea posible determinar la voluntad de las partes por su equivoquidad, dado que el intérprete puede valerse de las normas de interpretación subjetiva únicamente cuando no sea posible determinar, sin dudas, la común voluntad de las partes”. La cita es de SPAPPERI, Silvia. “L’interpretazione del contratto”. En: *I contratti in generale*. Vol. V. A su vez en: *Il diritto privato nella giurisprudenza*. Al cuidado de Paolo CENDON. Turín: Utet. 1998. p. 263 (las cursivas son añadidas).

En efecto, en el citado precepto no sólo se hace referencia a la buena fe, sino también a la “común intención de las partes”.

Tal expresión deriva de la lengua jurídica francesa. En el artículo 1156 del Code Napoléon se prevé que “en las convenciones se debe buscar la *común intención de las partes* contratantes, en lugar de limitarse al sentido literal de las palabras”.

Para los redactores del Code –como se ha escrito– “imbuidos de la teoría del derecho natural y de la autonomía de la voluntad”⁷⁰, el principio fundamental de la interpretación tenía que ser subjetivo, es decir, la búsqueda de la *commune intention des parties*, atendiendo al reconocimiento de la supremacía de la voluntad interna sobre la voluntad declarada.

La norma francesa fue transcrita en el Código Civil italiano (artículo 1362), y no es improbable que haya sido por dicho medio que arribó a nuestra legislación vigente, pues la “común intención de las partes” constituye un tema omnipresente en la doctrina del derecho privado italiano⁷¹.

Giuseppe Osti explica que la “común intención de las partes” representa el objeto de la interpretación, en tanto “síntesis de las voluntades individuales de los contratantes”. La búsqueda de esa “común intención” –según el mismo autor– es un principio dirigido al juez, “que tiene que resolver un conflicto surgido entre las partes sobre el significado que se debe atribuir a sus respectivas declaraciones”; pero, al mismo tiempo, es una advertencia para los contratantes, porque estos, “fuera de toda controversia judicial, deben evaluar sus respectivos deberes y derechos, no a tenor del significado literal de sus declaraciones, sino de conformidad con lo que han querido concordemente, o con lo que han dado la apariencia de querer”⁷².

Todas las referencias anteriores permiten apreciar, con certeza, que en la poco feliz redacción de nuestro artículo 1362 se han reunido una regla de comportamiento, derivada del Código Civil italiano y, más en general, del BGB, y un retazo del enunciado literal de un principio derivado del Code Napoléon y, secundariamente, del Código Civil italiano, que impone

al intérprete de los contratos la “búsqueda de la común intención de las partes”.

¡No es ni siquiera el enunciado completo del principio!

La expresión “común intención de las partes” se limita a significar el objeto cuya búsqueda es reconocida como criterio hermenéutico en otros ordenamientos. Pero, en la ubicación que se le ha destinado en el Código Civil peruano, está totalmente fuera de lugar, y condenada a la inaplicación.

Si bien aquí no viene al caso entretenerse con los diversos sentidos que se pueden atribuir al texto del artículo 1362, según su redacción actual, señalaré que soy de la opinión que el fragmento en cuestión es totalmente inservible.

Dicho retazo no es útil ni siquiera como principio de integración del contenido del contrato –como sí lo es la buena fe, en la ejecución del mismo–, y sería demasiado forzado entender que el legislador ha incorporado un criterio hermenéutico adicional, únicamente válido en materia contractual, y que consistiría, precisamente, en la búsqueda de la “común intención de las partes”.

Además, tal apreciación es desmentida, de plano, por lo que se lee en el propio artículo 1362, donde no se menciona ni se alude a la interpretación.

12. LOS ORÍGENES DE LA DUALIDAD BUENA FE “SUBJETIVA” – BUENA FE “OBJETIVA” EN EL DERECHO ITALIANO. RAZONES DE LA DIFICULTAD DE SU APLICACIÓN CONFORME AL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Pero vuelvo a concentrarme en la buena fe.

En la mayoría de las hipótesis previstas en nuestro Código Civil, la buena fe se identifica con la creencia que tiene una persona en la legitimidad de su conducta, o bien en el desconocimiento sobre el hecho de que su comportamiento puede generar perjuicios, o que los genera, concretamente, para un tercero.

Tales son, por ejemplo, los supuestos de la inoponibilidad de derechos a los terceros que

⁷⁰ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y François CHABAS. “Leçons de droit civil”. T. II, vol. 1. Obligations. Théorie générale. Octava edición. París: Montchrestien. 1991. p. 316.

⁷¹ A juicio de RIZZO, Vito. “Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole”. Nápoles: ESI. 1985. pp. 62-63, “determinar lo que se debe entender por común intención representa el aspecto central de toda teoría de la interpretación del contrato. Ello se debe, entre otras cosas, a que del tipo de solución que se dé al problema se derivará, en general, toda ulterior forma de enlace con las demás disposiciones (y de explicación de su contenido) llamadas a regular esta actividad”.

⁷² OSTI, Giuseppe. Voz “Contratto”. En: “Novissimo Digesto italiano”. Turín: Utet. 1959. p. 522.

adquieren, a título oneroso, un bien transferido por su titular aparente, que, a la larga, resulta involucrado en una causa por simulación (artículo 194); el del matrimonio invalidado, que produce, conforme a ley, los mismos efectos civiles que un matrimonio válido disuelto mediante divorcio, respecto de los cónyuges e hijos, si fue contraído de buena fe (artículo 284); o el de las normas aplicables en la concurrencia de acreedores de bienes muebles e inmuebles (artículos 1135 y 1136).

No hay que olvidar, de igual forma, lo dispuesto en el artículo 906, donde se señala que “la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia u error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”.

En el lenguaje de los juristas italianos, tal es la buena fe en sentido “subjetivo”. En todos los casos recordados, entonces, la buena fe es entendida como “estado subjetivo de la conciencia [...], como convicción (errónea) de estar actuando conforme al derecho, como ignorancia de la lesión de un derecho ajeno, como confianza en una situación jurídica aparente (distinta de la real). Y el efecto que la ley atribuye al estado subjetivo de buena fe consiste, según cada caso, en la conservación de la situación o de los efectos jurídicos en los que el sujeto había confiado, o bien en la exclusión de responsabilidad o de efectos jurídicos negativos para el sujeto”⁷³.

En cambio, el artículo 1362 del Código Civil peruano se refiere a comportamientos, como lo son la “negociación”, la “celebración” y la “ejecución” de los contratos.

¿Por qué, entonces, se emplea la expresión “reglas” de la buena fe?

Creo que la única razón –a menos que, como en muchos otros casos, el problema se limite a la transcripción fuera de contexto de una norma extranjera– es que la buena fe no se presenta aquí como criterio dotado de unicidad. El criterio hermenéutico de buena fe sí está dotado de unicidad, en tanto guía para la interpretación que se realizará.

No se puede hablar, en plural, de “criterios” hermenéuticos de la buena fe, pero sí de “reglas” de la buena fe, en las fases de la contratación. En la interpretación de los negocios jurídicos, la buena fe es una sola; en la negociación, celebración y ejecución de los contratos, la buena fe cobra variados rostros. En este último ámbito, la buena fe se manifiesta, y hace pensar, en un haz de conductas.

Es como si la buena fe impusiera a los tratantes, en la negociación del contrato, al oferente y al destinatario de la oferta, en la formación del contrato, y a las partes, en la ejecución del contrato, la observancia de distintas conductas. En todas las fases de la contratación, entonces, la buena fe podrá encarnarse en las más plurales manifestaciones: claridad, lealtad, información, puntualidad, rectitud, etc.

En el lenguaje de los juristas italianos, este último conjunto de fenómenos –que son, apréciense bien, comportamientos concretos, y vinculados, exclusivamente, con el derecho de obligaciones y contratos⁷⁴– es englobado en el concepto de buena fe en sentido “objetivo”.

Como sostienen algunos autores, el orden normativo dispuesto por el codificador italiano sí permite un análisis unitario de la buena fe objetiva, distintamente de cuanto ocurre con la subjetiva.

Desde tal punto de vista, “en el ámbito de la buena fe en sentido objetivo, como regla de conducta, se inscriben las normas expresadas en el artículo 1358 del Código Civil, que dispone que ‘el contrato debe ser ejecutado de buena fe’, en el artículo 1358, que asume la buena fe como regla de comportamiento de los contratantes durante la vigencia de la condición, en el artículo 1460, 2º párrafo, que identifica en la buena fe el criterio del ejercicio legítimo de la facultad de rechazar el cumplimiento, atendiendo al incumplimiento del otro contratante, y en el artículo 1337, que impone a las partes comportarse según buena fe en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato. Y se ha asociado generalmente con la buena fe en sentido objetivo, si bien en términos diversos, también el canon

⁷³ BESSONE, Mario y Andrea D'ANGELO. Voz “Buona fede”. En: “Enciclopedia giuridica Treccani”. Vol. V. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1988. p. 1 (de la separata).

⁷⁴ Curiosamente, los juristas brasileños utilizan como sinónimos las expresiones “boa-fé objetiva” y “boa-fé obrigacional”. Así lo informa MARTINS-COSTA, Judith. “A boa-fé como modelo (Notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro)”. En: Roma e America. Diritto romano comune 13. Roma. 2002. p. 71.

En este interesante artículo, la autora informa que la buena fe “objetiva” hizo su ingreso en la doctrina brasileña por obra de Emilio BETTI, quien dictó un curso en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, en 1958, y transmitió la doctrina de la existencia inmanente de los deberes de colaboración en las relaciones obligatorias, por fuerza, precisamente, de la buena fe.

El nexo entrevisto por MARTINS-COSTA se verifica plenamente si se repasan las páginas de BETTI. “Teoria generale delle obbligazioni”. Vol. I. “Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazioni”. Milán: Giuffrè. 1953. p. 69, donde el maestro italiano expresa la exigencia de diferenciar, con claridad, “la buona fede caratteristica dei rapporti di obbligazione, detta ‘buona fede contrattuale’, dalla buona fede di cui nel codice civile stesso è parola al di fuori delle obbligazioni”.

hermenéutico de buena fe enunciado en el artículo 1366⁷⁵.

Una excelsa estudiosa deducía lo “objetivo” de la buena fe mencionada en los citados artículos, de la circunstancia de que el legislador italiano no haya utilizado expresiones como “comportamiento de buena fe”, ni “comportamiento en buena fe”, sino que haya preferido escribir “según la buena fe”, con lo que quedaría descartada, nítidamente, toda alusión a una mera actitud de la conciencia⁷⁶.

Como se aprecia, esta última observación es igualmente válida para el Código Civil peruano, donde también se lee que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse “según la buena fe”.

13. LA PROPUESTA DE LA “SUBJETIVIDAD” DE LA BUENA FE PRECONTRACTUAL. LA MALA IMITACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO SUIZO E ITALIANO. ¿POR QUÉ LA DOCTRINA ESPAÑOLA NO ES IDÓNEA PARA CLARIFICAR LA CUESTIÓN EN EL DERECHO PERUANO?

En el estado de cosas descrito, es entendible que Haro concluya, siguiendo al civilista español José Luis de los Mozos, que la buena fe referida en el artículo 1362 del Código Civil peruano tiene carácter “subjetivo”, y no “objetivo”, como piensa, en cambio, y de acuerdo con la mayoría de la doctrina italiana, el profesor De la Puente y Lavalle.

“Sin perjuicio de que entiendo las razones que justifican la posición mayoritaria de la doctrina italiana –escribe

Haro– no puedo compartir su punto de vista sobre la buena fe en las tratativas. En su lugar, estimo, como De los Mozos, que cuando de lo que se trata es de valorar una conducta humana, sólo puede hablarse en recto sentido de buena fe subjetiva. Esto es tanto más cierto en el campo de la responsabilidad precontractual [...] [S]ólo debería admitirse ésta cuando uno de los potenciales contratantes haya creído erróneamente en que la probabilidad de celebrar el contrato era mayor que la real. Desde esa perspectiva, es precisamente la creencia errónea la que legitima a uno de los participantes en la negociación para obtener una indemnización de modo tal que si esta creencia no está presente la responsabilidad no puede engendrarse. La buena fe objetiva constituye tan sólo un estándar, como existen varios en el derecho para evaluar la concurrencia de culpa en el comportamiento dañoso⁷⁷.

La solución al problema, como sucede en tantos debates jurídicos, es la doctrina que se tome como base, la cual debe ser leída –repeto– teniendo en cuenta el contexto donde ha sido engendrada.

El profesor De los Mozos es libre de entender lo que mejor le parezca sobre la buena fe.

Así es, porque en el Código Civil de su país, a despecho de una tradición que merecería ser objeto de un mejor estudio⁷⁸, y del reconocimiento en el artículo 7, 1^{er} párrafo, de su título preliminar –debido a una reforma que tuvo lugar en 1974, y en flagrante copia del Código Civil suizo de 1907⁷⁹–, de que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias

⁷⁵ BESSONE y D'ANGELO. Op. cit., p. 1.

En el ya citado artículo 1366 del Código Civil italiano, subtítulo “Interpretación de buena fe”, se establece que “el contrato debe ser interpretado según la buena fe”. En su momento, MESSINEO. Voz “Contratto (diritto privato)”. En: “Enciclopedia del diritto”. Vol. IX. Milán: Giuffrè. 1961. p. 356 y siguientes, llegó a sostener que la regla de interpretación de buena fe de los contratos incluida en el Código Civil italiano no tenía ninguna posibilidad de hacer que la “común intención” de las partes se modificara, lo que revelaba el carácter superfluo de tal norma, que terminaba representando, entonces, la “quinta rueda del coche”, teniendo en cuenta todos los demás artículos del mismo texto legal, en los cuales, según el ilustre autor, ya se había cumplido con delimitar, a suficiencia, el campo de operación de la buena fe en materia contractual. A juicio de Domenico RUBINO. “Sui limiti dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede”. En: Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione. II. 1947. p. 386 y siguientes, el artículo 1366 del Código Civil italiano constituía no otra cosa que una “expresión de tinte corporativista”. La cita es de CARRESI. Op. cit., p. 107.

⁷⁶ BIGLIAZZI-GERI. Voz “Buona fede nel diritto civile”. En: Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile, vol. II. Turín: Utet. 1988. p. 169.

⁷⁷ HARO. Op. cit., p. 17, sobre la base de DE LOS MOZOS, José Luis. “Responsabilidad en los ‘tratos preparatorios’ del contrato”, en DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo y Mariano YZQUIERDO TOLSADA (coordinadores). Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana. Madrid: Ciudad Argentina y Dickinson. 2001. p. 181.

En cambio, el discurso de los juristas italianos respecto de la buena fe objetiva es íntegramente admitido, y repetido, por MANZANARES, Alberto. “La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares”. En: Anuario de derecho civil. T. XXXVII, fasc. III. 1984. p. 694 y siguientes; GARCÍA RUBIO, María Paz. “La responsabilidad precontractual en el derecho español”. Madrid: Tecnos. 1991. p. 43 y siguientes; PASCUAL ESTEVILL, Luis. “Derecho de daños”. Segunda edición. T. II. Barcelona: Bosch. 1995. p. 1047; y de manera velada, pero a la larga evidenciable, por DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Fundamentos del derecho civil patrimonial”. Vol. I. Quinta edición. Madrid: Civitas. 1996. pp. 278-279. Lo mismo vale, pese a su perspectiva crítica, para ASÚA GONZÁLEZ. “La culpa in contrahendo”. Op. cit., pp. 253-254.

⁷⁸ CARDILLI, Riccardo. “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti”. En: Roma e America. Diritto romano comune 13. 2002. p. 167 y siguientes, ha seguido el rastro de la figura en la tradición romano-ibérica. No ha encontrado indicios de la buena fe en las Siete Partidas (siglo XIII), a pesar de que en ellas se reconoce la institución de la *laesio enormis*, la “lesión enorme”, pero sí en el derecho clásico de Castilla y de León y, más precisamente, en una ley del rey Enrique IV, que se remonta a 1458, donde se lee: “Qualquier que se obligare por qualquier contrato de compra o vendida, o troque, o por otra causa y razon qualquiera, o de otra forma o calidad, si fuere mayor de veinte y cinco años, aunque en el tal contrato haya engaño que no sea más de la mitad del justo precio, si fueren celebrados los tales contratos sin dolo e con buena fe, valan, y aquellos que por ellos se hallan obligados, sean tenidos de los cumplir”.

⁷⁹ Código Civil suizo (1907), Título preliminar, art. 2, 1^{er} párrafo: “Cada cual está obligado a actuar según la buena fe, sea en el ejercicio de sus propios derechos, sea en el cumplimiento de sus propios deberes”.

El mismo DE LOS MOZOS. “La buena fe en el título preliminar del Código Civil”. 1977. En: ID. “Derecho civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)”. Madrid: Civitas. 1988. p. 219, reconoció, en su momento, que en la reforma del Código Civil español “se ha estado más a copiar el Código Civil suizo que a considerar lo que pueda decir el nuestro”.

de la buena fe⁸⁰, con todas las implicancias que ello comporta, el concepto bajo examen no es mencionado sino en contados pasajes del régimen general sobre las obligaciones y contratos (cuatro artículos, si no se incluyen las veces en que se hace referencia a la “mala fe” del deudor)⁸¹.

A mi parecer, es indudable que el esquema del Código Civil español no permite la adaptación íntegra del discurso italiano sobre la buena fe objetiva.

Acaso el más importante de los señalados pasajes sea el artículo 1258, donde se dice que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”⁸².

Tal norma tiene como antecedentes, por un lado, el artículo 1135 del Code Napoléon, del que se ha traducido *équité* como “buena fe”: “Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’*équité*, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature”, es decir, “las convenciones no sólo obligan a lo expresado en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación, según la naturaleza de ésta”. Por otro lado, se inspira en el artículo 1124 del Código Civil italiano de 1865: “I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso,

ma anche a tutte le conseguenze che secondo l’*equità*, l’uso o la legge ne derivano”, es decir, “los contratos deben ser ejecutados de buena fe, y obligan no sólo a cuanto está expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que de ellos derivan según la equidad, los usos o la ley”.

Está a todas luces que la norma española, como sus fuentes, francesa e italiana, eleva la buena fe a la categoría de principio de integración del contenido del contrato en la fase ejecutiva de ésta⁸³.

En cambio, la acogida, sin reparos, de la distinción entre buena fe “objetiva” y “subjetiva” en los tratos preliminares, constituiría sólo la enésima transposición de un discurso germano-italiano a la cultura jurídica hispánica.

No se piense, sin embargo, que la inadmisibilidad de la buena fe “objetiva” sea un “privilegio” —llamémoslo así— que solamente se pueden permitir los juristas españoles.

En Italia, hace años que Alberto Montel —un autor traducido al castellano, por lo demás— defendía la idea de que la buena fe sólo podía ser entendida psicológicamente:

“Dejando de lado, por el momento, la búsqueda del concepto [de buena fe] adoptado por el derecho, lo cierto es que en el campo ético-social, la buena fe indica el comportamiento del hombre de bien, y significa la

⁸⁰ La reforma tuvo lugar, pues, casi cien años después de la promulgación del Código Civil español (1899). Según refiere MÍQUEL GONZÁLEZ, José María. “Comentario sub art. 7º. 1º”. En: MINISTERIO DE JUSTICIA. Comentarios al Código civil. Segunda edición actualizada. T. I. Madrid: Secretaría General Técnica – Centro de Publicaciones. 1993. pp. 37-38, dicha reforma “procuró fortalecer la creación judicial del Derecho y puso a disposición de los jueces los instrumentos necesarios para acomodar las leyes a la realidad social. En estas tareas, el principio de la buena fe ocupa un papel destacado, junto a la equidad, prohibición del abuso del derecho, interpretación conforme a la realidad social y fraude a la ley. Se reconoce la existencia de lagunas propias e impropias que deben ser colmadas y superadas por medio de estas herramientas, y en una labor de auxilio, complemento y corrección del Derecho escrito”.

⁸¹ Distintamente de lo que pasa, en el mismo Código Civil español, en el régimen sobre la posesión de buena fe, donde el concepto es empleado abundantemente.

En el viejo Código de Comercio español de 1885, el artículo 57 establecía: “los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras, dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

⁸² También reviste algún interés el artículo 1252 que, desde cierto punto de vista, atribuye efectos a la buena fe en el periodo de formación del consentimiento.

El texto de la norma citada, conforme a la reforma introducida por la Ley 34 del 11 de julio de 2002, dice como sigue:

“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndose la remitido al aceptante, no puede ignorarla *sin faltar a la buena fe*. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación” (las cursivas son añadidas).

⁸³ Así lo ha reconocido, asumiendo el discurso alemán e italiano al respecto, no obstante toda la autóctona derivación que declama, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. “Comentario sub art. 1.258”. En: MINISTERIO DE JUSTICIA. “Comentario del Código Civil”. Op. cit., t. II, p. 437: “Como señaló COSSIO, la buena fe en nuestro Derecho positivo es una fuente de normas objetivas o, dicho de otro modo, un complejo de normas jurídicas, que carecen de una formulación positiva concreta. Se aspira a que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, se produzcan conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato. En su aplicación al régimen de una relación contractual, la buena fe constituye un criterio de determinación del alcance de las prestaciones contractuales y de la forma y modalidades del cumplimiento, y una fuente de creación de derechos accesorios al deber principal de prestación (por ejemplo, el vendedor de una empresa tiene *ex fide bona* el deber contractual de no hacer concurrencia al comprador). La regla de la buena fe se dirige también al acreedor o titular de derecho subjetivo en virtud de la relación contractual, imponiéndole formas y modalidades del acto de ejercicio de su derecho y estableciendo para él determinados límites, más allá de los cuales el acto de ejercicio del derecho se convierte en abusivo, y puede ser repelido por el obligado”.

En idéntico sentido se pronuncia ASÚA GONZÁLEZ. “La culpa in contrahendo”. Op. cit., p. 253.

más austera observancia del propio deber en las relaciones con los propios semejantes. Actúa de buena fe, según las comunes apreciaciones, quien dice la verdad, quien respeta la palabra dada, quien ejecuta las prestaciones pactadas, quien no hace caer en engaño a los demás, quien no nos promete más de lo que sabe que puede cumplir y, en general, quien no lesiona conscientemente y voluntariamente el derecho ajeno. De tal forma, sin embargo, no se da más que el concepto genérico de buena fe; quien pretenda declarar su contenido específico en los distintos casos, no puede prescindir del objeto referido en las distintas hipótesis. Y dado que un caballero no lesiona conscientemente el derecho ajeno, es claro que, en lo concerniente a la adquisición de la posesión, por ejemplo, la buena fe debe implicar, necesariamente, que el sujeto ignore que está realizando, con la *adprehensio*, una lesión; es necesario, en otras palabras, que él ignore que la cosa ya ha sido transferida, el defecto de capacidad del transferente, etc. Así pues, la buena fe implica, necesariamente, un estado psicológico del sujeto⁸⁴.

A dicho planteamiento se puede responder que la afirmación de la existencia de una buena fe "objetiva" no significa negar el aspecto psicológico del concepto general.

En efecto, entender la buena fe como lealtad y honestidad es, simplemente, privilegiar en el análisis una "actitud activa", que, "lejos de ser puramente psicológica", se "aprecia de un modo objetivo: la intención del agente cuenta menos que su comportamiento efectivo, en comparación con el que habría tenido un buen padre de familia, un *buen contratante*. Por lo tanto, la buena fe, entendida en este segundo sentido, precisamente, no constituye una noción meramente objetiva: por la fuerza de las cosas, ella conserva un substrato subjetivo"⁸⁵.

Por otro lado, si se presta atención a todas las explicaciones de los civilistas italianos que se han citado, resulta fácil deducir que ellas, además de tomar como punto de partida la normativa de su propio Código Civil, están plenamente condicionadas por la estructura de dicha regulación.

Si en Italia se habla de buena fe "objetiva" y "subjetiva", y si ambas especies son, en mayor o menor

medida, identificables para los investigadores, es, fundamentalmente, porque así lo permite la estructura del Codice, que actúa como línea de confin entre las interpretaciones dignas de atención y las puras especulaciones, y porque las normas, si son analizadas a la luz del sentido común, avalan las distintas posiciones de los estudiosos.

Por ello, se ha podido hablar de la "nítida distinción entre la buena fe en sentido objetivo y una buena fe subjetiva que emerge de las fórmulas utilizadas por el legislador [italiano] de 1942, cuidadoso en distinguir entre un comportamiento *según* buena fe y el comportamiento *de* buena fe, o de quien *tiene* buena fe"⁸⁶, que acentúa, respecto de un mismo hecho, el comportamiento, el aspecto (objetivo) del *modo de ser*, o el *cómo* del comportamiento, y el aspecto (subjetivo) "del *ser* del autor de la conducta"⁸⁷.

14. MÁS SOBRE LA "SUBJETIVIDAD" U "OBJETIVIDAD" DE LA BUENA FE

No se puede, entonces, pretender efectuar un discurso sobre la clasificación de la buena fe, en clave nacional, pero que tenga como punto de referencia la doctrina italiana, sin antes preguntarse si esta última es plenamente adaptable a nuestra realidad normativa.

El paso siguiente, por lo tanto, es establecer si el conjunto de reglas que componen el Código Civil peruano permiten aplicar, sin más, el esquema italiano que distingue la buena fe "objetiva" de la buena fe "subjetiva", con específica referencia a la contratación.

Algo hay que decir sobre el origen de la distinción.

Una peculiaridad del razonamiento de los civilistas alemanes es la clasificación de los fenómenos jurídicos en "positivos" y "negativos".

Si se efectúa un repaso de los múltiples tratados alemanes dedicados al derecho de obligaciones, por ejemplo, se aprecia que una parte fundamental de los mismos trata sobre la infracción o violación "positiva" del crédito (*positive Forderungsverletzung*) y sus especies: la imposibilidad de la prestación, el retraso en la ejecución de la prestación, la infracción de los deberes de

⁸⁴ MONTEL, Alberto. Voz "Buona fede". En: Nuovo Digesto italiano. Vol. II. Turín: Utet. 1937. p. 360; ID. con respuesta a algunas de las críticas contra él formuladas en el interin, voz "Buona fede". En: Novissimo Digesto italiano. Vol. II. Reimpresión. Turín: Utet. 1968. pp. 601-602.

De todas maneras, MONTEL advertía que las normas podían tomar en consideración la buena fe como "elemento productivo de consecuencias jurídicas o como regla de comportamiento", o bien "porque ella determina que no se produzcan las consecuencias que se derivarían de la mala fe, o de la participación fraudulenta frente a otra persona".

⁸⁵ LE TOURNEAU. Op. cit., p. 2.

⁸⁶ BIGLIAZZI-GERI. Voz "Buona fede nel diritto civile". Op. cit., p. 158; "La netta distinzione tra una buona fede in senso oggettivo ed una buona fede soggettiva che emerge dalle formule utilizzate dal legislatore del 1942, attento a distinguere tra un comportamento 'secondo' buona fede e quello di colui che è 'in' (o 'di') buona fede".

⁸⁷ BIGLIAZZI-GERI. "L'interpretazione del contratto". En: "Il Codice Civile - Commentario". Dirigido por Piero SCHLESINGER. Milán: Giuffrè. 1991. p. 201.

protección. Y, a propósito de la responsabilidad precontractual, que es nuestro tema, se distingue, desde el célebre estudio de Jhering, el interés contractual positivo (*positives Vertragsinteresse*) del interés contractual negativo (*negatives Vertragsinteresse*)⁸⁸.

Otra forma habitual de razonar de los juristas alemanes, pero mucho más afín a nosotros, es la que distingue los conceptos y planteamientos en atención a la "objetividad" o "subjetividad".

Se habla, así, de teoría "subjetiva" (o "voluntarista") y teoría "objetiva" (o "preceptiva") del negocio jurídico; de responsabilidad civil "objetiva" ("por riesgo" o por "exposición al peligro" o, más sencillamente, "sin culpa") y "subjetiva" ("por culpa"); de interpretación "subjetiva" (orientada a la determinación de la voluntad de las partes) y "objetiva" (sujeta a la buena fe, y atendiendo a los usos del tráfico"); etc.

En la doctrina alemana, como resultado de una importante evolución del pensamiento histórico-jurídico

y iusfilosófico⁸⁹, y con arreglo al BGB, se distinguen perfectamente, incluso con locuciones distintas, los supuestos de *guter Glaube* (literamente "buena fe", "creencia" o "confianza" y, por ende, "subjetiva") y de *Treu und Glaube* (literalmente, "fidelidad", *Treue*, y "fe", *Glaube*, es decir, "buena fe objetiva")⁹⁰.

La primera especie, que privilegia la actitud pasiva del sujeto, y que es protegida por la ley en tanto este último "ignora el obstáculo legal que no permite el pleno efecto de una situación jurídica" tiene su raíz en la teoría pretoriana de la apariencia, que protegía al poseedor, y constituía un requisito para la usucapión, por ejemplo; la segunda, deriva de la *fides* romana, que se identificaba con la "fidelidad en los compromisos y la sinceridad en las palabras"⁹¹.

15. LA BUENA FE PRECONTRACTUAL ES SIEMPRE DE CARÁCTER OBJETIVO

Creo que no reviste dificultad apreciar que todos los esquemas señalados han llegado a calar, de una u otra

⁸⁸ Concepto que se ha pretendido encapsular en una mediocre definición contenida en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 (artículo 920): "*Deber de buena fe*.- Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo".

⁸⁹ CORRADINI. Op. cit., pp. 137-138, relata que "el debate surgido en Alemania, además del problema de los presupuestos prácticos y axiológicos del orden normativo y de las decisiones del juriconsulto, contiene las semillas de una distinción característica, en la medida en que parece sugerir una separación entre el análisis del *animus* y de las imágenes del intelecto, y el análisis de la conducta y de sus formas concretas, si bien los estudiosos se mostrarán propensos, todavía por largo tiempo, a referirse a la primera, y a subvalorar la segunda. Dicha separación, de la que es posible captar un preludio en los ensayos de BRUNS y WÄCHTER, y de todos aquellos que discuten sus observaciones, emerge, sobre todo, y aunque en términos no siempre unívocos, en los últimos años del siglo XIX, y en los inicios del siglo XX, y constituye, respecto de la *bona fides*, una adquisición de método no episódica, contribuyendo a ramificar, al menos como máxima, la obra del intérprete, y a asignarle materias distintas o autónomas: por un lado, los *iura in re*, y en particular, la posesión, donde domina la conciencia de estar en lo justo, o la ignorancia de lesionar los privilegios del propietario legítimo de la cosa (buena fe subjetiva); y por otro lado, los contratos y relaciones obligatorias, donde el examen debe referirse, de cerca, al actuar del individuo, y no a los impulsos internos de la psique, y juzgarlo a la luz de la honestidad y de la rectitud (buena fe objetiva), entendidas como criterios de lo lícito en la formación del negocio y en el cumplimiento de los compromisos pactados".

El autor citado aclara, sin embargo, que el "concepto objetivo de *fides* y de *bona fides* no era extraño al pensamiento filosófico europeo", y, así, encuentra ecos de la misma en la obra de DUNS SCOTO, que se remonta a inicios del 1300, y, con mayor amplitud, en el ensayo "De universi juris uno principio, et fine uno" (1720), de Giambattista VICO.

⁹⁰ BIGLIAZZI-GERI. Voz "Buona fede nel diritto civile". Op. cit., p. 159, nota 9. En el mismo sentido: BENATTI. "La responsabilità precontrattuale". Milán: Giuffrè. 1963. p. 47, nota 26: "se debe reconocer que nosotros, a diferencia de los alemanes, no tenemos expresiones diversas para indicar los dos significados en que puede ser empleada la noción de 'buena fe'".

En Alemania, por ejemplo, la interpretación "subjetiva" es la que se orienta a determinar la voluntad de las partes; la interpretación "objetiva" es la que tiene como regla, ni más ni menos, la buena fe y la atención a los usos del tráfico (§ 157 del BGB): WOLF, Manfred. "Comentario sub § 157". En: SOERGEL y SIEBERT. "Bürgerliches Gesetzbuch". Vol. I, Allgemeiner Teil. Décimo segunda edición. Stuttgart, Berlín, Colonia y Mainz: Kohlhammer. 1987. p. 1172.

En Francia, similarmente, el método "subjetivo" responde al principio voluntarista, y la interpretación "tiende a descubrir la voluntad común de las partes"; el método "objetivo" considera las exigencias de la buena fe, y también los usos: BOYER, Louis. Voz "Contrats et conventions". En: "Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil". T. IV. París: Dalloz. 1993. p. 25 (de la separata).

La doctrina italiana sobre el artículo 1366 del Codice civile también distingue entre interpretación "subjetiva o histórica" y "objetiva o ahistórica": OPPO, Giorgio. "Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico". 1943. Ahora en ID. "Scritti giuridici". Vol. III, Obbligazioni e negozio giuridico. Padua: Cedam. 1992. p. 1. La diferencia está en el criterio: o se da prioridad a la voluntad común sobre lo que las partes han declarado (criterio subjetivo); o se da prioridad a lo declarado por encima de la voluntad unilateral (criterio objetivo): SACCO. "Il contratto". Op. cit. p. 780. El criterio hermenéutico de la buena fe constituiría un criterio "objetivo", en tanto opuesto a la búsqueda de la común intención de las partes: GALGANO, Francesco. "Il negozio giuridico". Segunda edición. En: "Trattato di diritto civile e commerciale". Dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, continuado por Luigi MENGONI y ahora por Piero SCHLESINGER. Milán: Giuffrè. 2002. p. 471: "un criterio general de interpretación objetiva es, por el contrario, el que establece que el contrato debe ser interpretado según la buena fe (artículo 1366): dicho criterio impone dar al contrato el significado que le atribuirían contratantes rectos y leales, aun cuando, en concreto, ambas partes del contrato a interpretar, o una de ellas, no lo sea en modo alguno. Es un criterio que puede conducir a dar al contrato un significado distinto del significado textual de las expresiones que figuran en él, siempre que este significado distinto sea el que darían al contrato contratantes rectos y leales".

⁹¹ LE TOURNEAU. Op. cit., pp. 1-2.

Sobre el mismo punto: BETTI. "Teoria generale delle obbligazioni". Op. cit., vol. I, pp. 78-79; GROSSO, Giuseppe. Voz "Buona fede (premesse romanistiche)". En: Enciclopedia del diritto. Vol. V. Milán: Giuffrè. 1959. pp. 662-663; BIGLIAZZI-GERI. Voz "Buona fede nel diritto civile". Op. cit., pp. 156-157; ID. "Interpretazione del contratto". Op. cit., p. 200: los romanos "fueron conscientes de la diversidad de los papeles cumplidos, respectivamente, por una *fides bona*, como criterio objetivo (y ético) traducido en los términos de una lealtad comercial destinada a encontrar en los *bonae fidei iudicia* la respuesta, en el plano procesal, a la violación del *vinculum juris* derivado de negocios y relaciones configuradas sobre la base de una regla de conducta dotada de alcance normativo, y como tal, luego absorbida en el *ius civile*; y por una *bona fides*, respecto de la cual, aquel original significado, de una regla ya destinada a intervenir en el ámbito de las relaciones obligatorias, se pierde en enunciados en los cuales lo que emerge pasa a ser una entidad exclusivamente subjetiva, consistente en la ignorancia de lesionar el derecho ajeno y/o en la convicción de comportarse *jure*"; SENN, Pier Daniel. Voz "Buona fede nel diritto romano". En: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile. Vol. II. Turín: Utet. 1988. p. 130 y siguientes; y BIANCA. Op. cit., p. 504: "de la buena fe en sentido subjetivo las fuentes no brindan una definición, pero la noción estaba enraizada en la conciencia social, y expresaba la idea ética de la lealtad que el ciudadano honesto observa en las relaciones con los demás, ya conciudadanos, ya extranjeros".

manera, aunque siempre con clamorosas distorsiones, en nuestro lenguaje jurídico.

Y aunque admito que la desordenada e irregular sistemática del Código Civil peruano podría dar cabida, en el peor de los casos, a todo juicio sobre la buena fe, discrepo cortésmente de Haro cuando sostiene que la buena fe que se exige a los tratantes sea de carácter subjetivo.

16. HACIA LA IMPOSICIÓN DEL MODELO EXTRA CONTRACTUAL. SUS VENTAJAS Y COHERENCIA EN EL TRATAMIENTO DE LOS DAÑOS PRE CONTRACTUALES POR TRATATIVAS INTERRUPTIDAS

Si el cuadro descrito es exacto, puede concluirse que la estructura del Código Civil peruano exige de los intérpretes forzamientos inapropiados para la aplicación óptima de los razonamientos que han prosperado en otros países, y que rotan en torno de la dualidad buena fe "objetiva"/buena fe "subjetiva".

La situación se vuelve más delicada cuando se conoce que la buena fe no es más que un eslabón de la cadena lógica que conduce a la solución del problema de los daños surgidos en la fase precontractual.

En efecto, en caso de que se admitiera el valor comúnmente atribuido al artículo 1362, para estos efectos, también habría que conocer, y hacer que cobren arraigo en la praxis del derecho nacional, otros conceptos provenientes de la doctrina alemana, principalmente, la "relación obligatoria sin deber primario de prestación" (u "obligación sin prestación")⁹², las "relaciones de confianza", el "contacto negocial" y los "deberes de protección", y, sobre todo, la idea de la responsabilidad civil que puede deducirse de una relación obligatoria nacida del simple contacto negocial o social⁹³, jén en un país cuyo Código Civil ni siquiera contiene una norma que señale cuáles son las fuentes de las obligaciones⁹⁴!

La buena fe precontractual sigue constituyendo un mero paso lógico en la única propuesta de la doctrina italiana que me parece en condición de ser adaptada a nuestro ordenamiento⁹⁵.

Según dicha propuesta, y contra la opinión de la doctrina germana, una relación de hecho no puede generar por sí sola, ante el silencio de la ley, una relación jurídica de la cual surjan deberes para los tratantes⁹⁶. Lo determinante para el nacimiento de tal relación jurídica (obligatoria) sería el deber, legalmente establecido, de efectuar las tratativas, de negociar el

⁹² LARENZ, Karl. "Lehrbuch des Schuldrechts I". Décimo cuarta edición. Múnich: Beck. 1987. p. 104 y siguientes, 122 y siguientes. La referencia es de CASTRONOVO. "L'obbligazione senza prestazione - Ai confini tra contratto e torto". En: Scritti in onore di Luigi Mengoni. T. I. Milán: Giuffrè. 1995. p. 168, nota 43.

Según explica HOHLOCH. Op. cit., p. 255, aquel que se encuentra gravado con un deber de protección "está obligado a un hacer o un no hacer, como, por ejemplo, a brindar informaciones detalladas, garantizar la seguridad de ciertos objetos, y de las relaciones de intercambio en general. Para el sujeto protegido, sin embargo, *no existe ningún derecho de prestación*: él sólo puede exigir el resarcimiento del daño en caso de violación del deber de protección".

Sobre este punto, véase LEÓN, Leysser L. "El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente". En: Revista peruana de jurisprudencia 32. Año 4. Trujillo. 2003 p. 59 y siguientes.

⁹³ Teoría de la que ha sacado provecho la doctrina y la jurisprudencia de Italia para explicar la responsabilidad del médico dependiente de una entidad de salud, a partir, entre otras sentencias, de la 589 de la Corte di Cassazione, del 22 de enero de 1999, en "I contratti". 1999. p. 999 y siguientes, con comentario de Ezio GUERINONI. "Obbligazione da 'contatto sociale' e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo". (ivi, p. 1007 y siguientes), donde se fijó la siguiente máxima jurisprudencial: "La obligación del médico dependiente del servicio sanitario, por responsabilidad profesional frente al paciente, aun cuando no fundada en el contrato, sino en el 'contacto social', tiene naturaleza contractual. En consecuencia, y respecto de dicha responsabilidad, los regímenes de repartición de la carga de la prueba, del grado de la culpa y de la prescripción son los típicos de las obligación de contrato de obra intelectual profesional".

En el supuesto de la culpa *in contrahendo*, sin embargo, y como ya he señalado (véase nota 51 *supra*), el contacto debe ser negocial; en otras palabras, tiene que justificar el surgimiento de una confianza, atendiendo a las singulares circunstancias. "Una eventualidad similar puede verificarse cuando una empresa vinculada con el deudor induce al acreedor a realizar actos de disposición del patrimonio, o cuando, en el contexto del ejercicio de una actividad profesional, se dan informaciones de particular relevancia para quien las recibe": HOHLOCH. Op. cit., p. 250.

⁹⁴ Motivo por el cual ninguna de las obras sobre el derecho de obligaciones, escritas en el Perú, contiene un tratamiento satisfactorio de este importante tema. Ello es algo que siguen pasando por alto quienes escriben cientos de páginas en materia dando la impresión de considerar que lo que no está en el Código no existe ni debe ser objeto de estudio, y lo que es peor, que lo que está erróneamente incluido en el régimen de las obligaciones del Código (regulación de la cláusula penal, pago indebido, transacción, por ejemplo), sí merece ser tratado, automáticamente, en este ámbito, sin ofrecer ninguna aclaración al respecto.

⁹⁵ En esta ocasión, tengo que dejar en el tintero la exposición del interesante planteamiento que enlaza, en sentido derivativo, la buena fe prenegocial con el principio constitucional de solidaridad (artículo 2 de la Constitución italiana de 1948): DEL FANTE, Anna. "Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà". En: "Rassegna di diritto civile". 1983. p. 157, quien se inspira en agudas intuiciones de RODOTÀ. "Le fonti di integrazione del contratto". Milán: Giuffrè. 1969. p. 132 y siguientes, y ha recibido la adhesión, entre otros, de FUSARO, Andrea. "Fondamento e limiti della responsabilità precontrattuale". En: Giurisprudenza italiana. Vol. CXXXVI, parte I, col. 1200, nota 3. 1984, y PIGNATARO. "La responsabilità precontrattuale". Op. cit., pp. 86-87. Según esta última autora: "la buena fe [...] constituye un aspecto del principio general: expresa la necesidad de un espíritu de colaboración recíproca entre los contratantes, y en condiciones de paridad, en función de la realización de la persona humana y de su pleno e igual desarrollo [...]. La solidaridad constitucional, en efecto, que se centra en el ser humano, tiene sentido y opera efectivamente sólo en condiciones de igualdad sustancial".

Es seguro que asumiendo esta convincente perspectiva, que no puede ser desconocida por quienes pretendan importar razonamientos de la doctrina italiana a nuestra realidad (y que elimina, en definitiva toda discusión sobre la objetividad o subjetividad de la buena fe en las tratativas, en favor de la primera solución), la experiencia italiana termina de particularizarse, y se hace de casi imposible adaptación en el marco de un ordenamiento como el peruano, visto en su conjunto (Constitución y Código Civil).

⁹⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato. "Dei contratti in generale". En: Commentario del codice civile. Al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA. Bologna y Roma: Nicola Zanichelli ed. y Soc. ed. del Foro italiano. 1970. p. 203.

contrato, con arreglo a la buena fe (artículo 1337 del Código Civil italiano; artículo 1362 del Código peruano). El deber de buena fe constituiría, entonces, “un vínculo obligatorio entre dos sujetos determinados, de relevancia patrimonial (aun cuando encaminado al fin de proteger de toda lesión la confianza ajena en el desenvolvimiento de las tratativas, y aunque actúe, por consiguiente, en términos genéricos). [...] [A]nte el silencio de la ley sobre las consecuencias de la mala fe de los tratantes, sólo la configuración de un deber jurídico de comportamiento (en buena fe) permite fundar de manera fácil y segura la resarcibilidad del daño causado por aquella conducta (cuya relevancia y contenido tendrían que ser determinadas diversamente, en ausencia de un deber semejante)”⁹⁷.

Pero si a la opción por los caminos germano o italiano que se acaban de describir –los únicos admisibles para afirmar el carácter contractual de la responsabilidad *in contrahendo*– se opone la indiscutible esterilidad en el Perú de la cláusula normativa general de buena fe consagrada en el artículo 1362 del Código –que he puesto suficientemente al descubierto en otra oportunidad⁹⁸–, cualquiera puede pensar en proponer, sin que le falten ni fundamentos ni razón,

que el verdadero sustento legal de la responsabilidad precontractual en nuestro medio es, como en Francia⁹⁹, la cláusula normativa general en materia de responsabilidad nacida de acto ilícito¹⁰⁰, es decir, el artículo 1969.

Con mayor razón, porque en nuestro Código Civil, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor del acto ilícito (según la segunda parte del artículo 1969); peculiaridad de la normativa peruana que resulta decisiva, a la larga, porque una de las razones que mueven a desconfiar del esquema francés (que, como se ha visto, crea la responsabilidad precontractual a partir de la responsabilidad delictual) es, precisamente, la exigencia de la prueba de la culpa, que según el derecho galo tiene que correr por cuenta de la víctima del daño extracontractual¹⁰¹.

Esta solución sería la única coherente, así mismo, con algo de lo que todos debemos ser conscientes: la necesidad de evolucionar progresivamente, difundiendo ideas realizables y creando convicciones sobre éstas, y no dando saltos conceptuales, en el vacío, ni procediendo por imitación, con el solo soporte de la lectura superficial de una norma jurídica importada en

⁹⁷ SCOGNAMIGLIO. Op. cit., pp. 213-214. Para el autor, la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas tendría, por lo tanto, naturaleza contractual.

La tesis ya había sido sostenida por MENGONI. “Sulla natura dell responsabilità precontrattuale”. En: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Año LIV, parte II. 1956. p. 364: “Cuando una norma jurídica sujeta el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe, ello es un indicio seguro de que esta relación se ha transformado, en el plano jurídico, en una relación obligatoria, cuyo contenido se trata de especificar, justamente, a tenor de una valoración de la buena fe. En realidad, el principio de la buena fe (en sentido objetivo) se ha desarrollado históricamente, y se ha conservado, como una directriz peculiar de las relaciones obligatorias, y, por lo demás, no es concebible sino en el ámbito de estas relaciones”.

La posición de MENGONI fue acogida, en su momento, por MESSINEO. “Il contratto in genere”. T. I. En: “Trattato di diritto civile e commerciale”. Dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO. Milán: Giuffrè. 1968, pp. 365-366; y ahora ha sido retomada, y en parte reelaborada, aunque sin mayor fortuna, por CASTRONOVO, Carlo. Op. cit., p. 169 y siguientes; RICCIUTO, Vincenzo. “La formazione progressiva del contratto”. En: I contratti in generale. Al cuidado de Enrico GABRIELLI. Vol. I, a su vez en: “Trattato dei contratti”. Dirigido por Pietro RESCIGNO. Turín: Utet. 1999. pp. 237-238; ID. “La responsabilità precontrattuale nella prospettiva dei Principles of European Contract Law”. En: Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto europeo. Al cuidado de Salvatore MAZZAMUTO. Turín: Giappichelli. 2002. pp. 138-139; y por ROVELLI. Op. cit., p. 347 y siguientes.

BENATTI. “Culpa in contrahendo”. Op. cit., p. 310, además de participar de esta perspectiva, considera que el citado artículo de MENGONI constituye el mejor trabajo italiano en materia.

⁹⁸ LEÓN, Leysser L. “La reforma del Código Civil vista en serio”. En: Normas legales 327. Vol. II. 2003. p. 22 y siguientes.

El problema no se solucionará si llega a concretizarse la irrazonable incorporación de la siguiente disposición al título preliminar: “los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe”, que figura (artículo V) en los proyectos de la Comisión que actualmente prepara su reforma del Código Civil de 1984.

El texto que se propone grafica todas las imperfecciones que se pueden cometer en una importación normativa, a saber: desconocimiento de los orígenes del texto importado (el Código Civil suizo, según el cual el juez está autorizado a crear derecho, a proceder como si fuera un legislador, si se presenta alguna laguna) y del valor y significado de los “principios”; precaria información (limitación del ángulo visual, por pereza u ignorancia, al texto del Código Civil español, que copió al suizo en la reforma acaecida en el decenio 1970-1980) y, en definitiva, robótica copia de una norma foránea sin la menor correspondencia a nuestra realidad (donde hay más de un elemento que autoriza a cuestionar que la “buena fe” constituya un principio propiamente dicho) y, en consecuencia, sin ninguna posibilidad de adecuarse a ésta.

⁹⁹ Y, desde luego, como en Italia, bajo el Código Civil de 1865. Así pues, la bibliografía jurídica italiana cuya difusión resultaría más valiosa para apoyar la construcción conceptual de la responsabilidad precontractual en el Perú sería la precedente al Código Civil de 1942; primero entre todos, el volumen de FAGGELLA, Gabriele. “I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale”. Segunda edición. Revisada y ampliada. Roma: Società Cartieri Centrali. 1918. Donde la figura es construida en términos de responsabilidad por pura causalidad (es decir, de verdadera responsabilidad “objetiva”).

¹⁰⁰ En favor de la solución extracontractual, en Italia, se ha escrito, igualmente, que ella es la más homogénea atendiendo a la función que “las normas sobre la actividad precontractual están llamadas a cumplir en un mercado caracterizado por una cada vez más compleja articulación de los mecanismos de asignación de los recursos económicos y financieros; un mercado en el cual la creciente circulación de informaciones entre los empresarios, y entre estos y el público, destinadas a la distribución de los bienes y de los servicios, a la colocación de títulos, a la circulación de capitales, plantea problemas de protección de la confianza que terminan involucrando a la generalidad de los sujetos que operan en el mercado mismo. Desde esta perspectiva, no parece ilógico considerar la corrección en la actividad precontractual como un deber que pesa sobre todo sujeto, frente al interés de la generalidad de los demás sujetos en no sufrir, a causa de la violación de dicho deber, un daño injusto, en lugar de ver ello como contenido de una obligación (*ex lege*) que surge frente a uno o más sujetos determinados, calificables como contrapartes de una relación contractual *in itinere*”: VIGOTTI, Franco. “La responsabilità precontrattuale”. En: La responsabilità civile – Una rassegna di dottrina e giurisprudenza. Dirigida por ALPA y BESSONE. Op. cit., Vol. I. 1987. pp. 263-264.

¹⁰¹ De aquí que la más importante autora francesa en esta área considere que lo verdaderamente importante y delicado no es tanto la definición del régimen aplicable a ruptura “culposa” de las tratativas (contractual o delictual), sino el establecer cuáles son las conductas de los tratantes que pueden configurar un supuesto de culpa: SCHMIDT. “La sanction de la faute précontractuelle”. Op. cit., p. 52.

1984 (y de la bibliografía de su país de origen), acaso con el puro afán de mantener a la moda el Código Civil.

El valor comparatístico de la experiencia extranjera puede apreciarse, ni más ni menos, en la demostración de la posibilidad, conveniencia e imperiosidad de interpretar coordinadamente y coherentemente las

cláusulas normativas generales de buena fe precontractual y de responsabilidad por acto ilícito, y en la prueba de que sólo una evolución asentada en bases bien afirmadas, por el trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia, permitirá lograr soluciones uniformes y constantes, en sintonía con las legítimas expectativas sociales de seguridad jurídica.

APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR INEFICACIA CONTRACTUAL

(El caso del artículo 207 del Código Civil peruano)*

Freddy Escobar Rozas**

¿Cómo se regula en el Código Civil peruano la responsabilidad precontractual por la ineficacia contractual? En el presente artículo el autor realiza un análisis sobre este supuesto de responsabilidad precontractual, sugiriendo a la luz del origen de la teoría, su regulación en el sistema alemán e italiano y la necesidad indispensable de guardar coherencia cuando se regula una figura, una interpretación adecuada del artículo 207 del Código.

* A la amistad de Mappy, Silvia, María Julia, Nacho y José Juan.

** Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de la responsabilidad pre-contractual nace para tutelar la confianza contractual que, por sus propias características, puede quedar lesionada como consecuencia (i) de la ruptura injustificada de las tratativas¹, (ii) de la ineficacia (permanente o temporal) del contrato celebrado o (iii) de la falta de adecuación del reglamento contractual a los intereses de una o ambas partes².

El fundamento de la referida teoría –de trascendencia eminentemente reparadora– se encuentra en la violación del deber de buena fe, que en materia contractual supone la necesidad de actuar leal y diligentemente.

El Código Civil peruano recoge la teoría de la responsabilidad pre-contractual, al establecer que las partes deben actuar de buena fe en todas las etapas del *iter* contractual³. Sin embargo, a diferencia de otros códigos civiles, el Código Civil peruano no sólo no contiene norma alguna que regule de manera específica la consecuencia reparadora que ha de derivarse de la violación del deber en cuestión, sino que además excluye, de manera inexplicable, dicha consecuencia para el caso de la anulación del contrato por error.

A pesar de que la responsabilidad pre-contractual encierra una problemática bastante compleja y sumamente interesante, estos apuntes no están destinados a abordar –en términos generales– dicha problemática, sino

solamente una de sus manifestaciones: la relativa a las consecuencias reparadoras que deben derivarse de la anulación del contrato por causa de error. Las líneas que siguen, entonces, están dedicadas al problema que, en el sistema general de la responsabilidad pre-contractual, ha generado la inclusión de la regla contenida en el artículo 207 del Código Civil.

2. ORIGEN

La teoría de la responsabilidad pre-contractual fue creación de uno de los juristas más lúcidos de todos los tiempos: Rudolph von Ihering⁴. En efecto, la partida de nacimiento de la teoría en cuestión se encuentra en el libro que el insigne pensador alemán publicó en 1861 con el título de “*Culpa in contrahendo oder Schdensersatz bei nichttingen order nicht zur Perfection gelangten Vertragen*”. En este libro Ihering analizó la posibilidad de que la parte perjudicada con la invalidez del contrato reclamara a la otra el pago de una indemnización en caso que esta última fuese la causante del vicio. Como siempre, Ihering basó su construcción con el fin de solucionar un caso real. Se trataba de un sujeto que, deseando adquirir cien libras de cierta mercadería, recibió cien quintales de la misma, debido a que a la hora de enviar el pedido confundió el signo de la libra con el del quintal. Dicho sujeto probó que se había equivocado, así que anuló el contrato celebrado. Ante este hecho, el vendedor preguntó si podía reclamar el pago de una indemnización que cubriera los costos de embalaje y transporte de la

¹ En un reciente evento académico un expositor local afirmó que la aplicación de la teoría de la responsabilidad precontractual al caso de la ruptura injustificada de las tratativas lesionaba seria e injustificadamente la libertad contractual. Como ocurre cada vez que en el medio alguien critica un “instituto” (empleo este término y no el término “código” debido a que –desafortunadamente– entre uno y otro existe un abismo infranqueable: mientras uno es el resultado de la reflexión jurídica que a lo largo de la historia realizan los pueblos para resolver conflictos de intereses, el otro es el resultado de una combinación inconexa y en muchos casos absurda de preceptos tomados de modelos comparados antagónicos, aunque ello no quiera ser aceptado por quienes, sin poder si quiera leer un texto en un idioma distinto del nativo –como si el código regulase instituciones mestizas!–, se dan el lujo de atacar personalmente a todo aquel que quiere modificar el *statu quo*, demostrando un fanatismo exacerbado que recuerda, aunque sólo en este aspecto, claro está, a ciertos juristas italianos de fines del siglo XIX, que rechazaban brutalmente cualquier contacto con la doctrina alemana, por el solo hecho de ser foránea), el expositor en cuestión presentó una imagen absolutamente deformada e irreal del concepto “ruptura injustificada de las tratativas”. Y claro, procediendo de tal modo no le fue muy complicado “demostrar” la “obsolescencia” del instituto. Como se podrá entender, sin embargo, cualquier desistimiento no califica como “ruptura injustificada de las tratativas”. Para que un desistimiento sea ilícito y genere responsabilidad, es necesario que se cumplan dos condiciones. La primera condición supone que el desistimiento se configure después de que, por el grado de avance en las negociaciones u otras circunstancias, la parte defraudada pueda razonablemente alegar que confió en la conclusión del contrato (por eso, si la parte compradora decide apartarse de las negociaciones por que los resultados del *due diligence* que practicó no son satisfactorios, la parte vendedora no puede válidamente pretender el pago de una indemnización por ruptura injustificada de las tratativas, ya que en esa etapa del proceso de compra ninguna de las partes puede alegar confianza razonable en la conclusión de la operación). La segunda condición, por su parte, supone que el desistimiento se encuentre desprovisto de una justificación. Según el desarrollo jurisprudencial europeo, se considera que existe justificación para romper las tratativas en caso se presente una causa externa (sobvenida o hasta entonces desconocida) que resulte idónea para modificar la valoración sobre la conveniencia de celebrar el contrato (por eso, aun si se ha suscrito un *Memorandum of Understanding*, la parte compradora puede desistirse de la operación en caso que las acciones materia de la operación sufran una pérdida de valor). Los que se escandalizan de la protección que el *Civil Law* tradicionalmente concede a la confianza deberían estudiar las reglas de la doctrina de la *promissory estoppel* que, en el país de la libertad, pueden incluso, para proteger la expectativa de la otra parte, evitar la revocación de la oferta, a pesar de que las normas del *Common Law* establecen que la misma es revocable. Ver: CALAMARI, John D. y Joseph M. PERILLO. “The Law of Contracts”. St. Paul. Minn: West Group. 1998. p. 258 y siguientes.

² El contrato no realiza *per se* los intereses de las partes. En realidad, sólo la correcta actuación de los efectos contractuales provoca la satisfacción de las necesidades de los contratantes. Por consiguiente, de nada les sirve a las partes el hecho de haber celebrado el contrato si es que el mismo no va a generar los efectos que aquéllas requieren o si tales efectos no van a “reproducir” correctamente su voluntad.

³ El artículo 1362 del Código Civil establece que las partes deben negociar, celebrar y ejecutar el contrato con arreglo a las reglas de la buena fe. Sobre la base de este artículo, la doctrina nacional ha reconocido que el Código Civil adopta la teoría de la responsabilidad pre-contractual. En tal sentido: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General”. Tomo I. Lima: Palestra Editores. 2001. p. 361; ARIAS SCHREIBER, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”. Tomo I. Lima: San Jerónimo Ediciones. p. 75 y p. 112; HARO, José Juan. “¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. En: *Advocatus-Revista* editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima 7. 2002. p. 135.

⁴ Conviene notar, sin embargo, que la exigencia de adoptar una conducta leal en la etapa de las tratativas ya se encontraba prevista en el Derecho romano (ver: Dig. 11,7,8,1 y Dig. 18,1,23).

mercadería. Ihering consideraba justo que el comprador causante del vicio asumiera los referidos costos. Sin embargo, no encontraba en el derecho vigente respuesta alguna al caso planteado, pues tanto la *actio de dolo* como la *actio legis Aquiliae* exigían la existencia de un daño causado a cosas corporales.

Ante el vacío, Ihering decidió sumergirse en las fuentes romanas, específicamente en el *Corpus Iuris*. Ahí encontró varios casos en los que una de las partes respondía frente a la otra como consecuencia de haber ocultado hechos que provocaban la invalidez del contrato⁵. Sobre la base de los casos indicados, Ihering formuló su famosa teoría de la *culpa in contrahendo*, según la cual el contratante que culposamente causa la invalidez o la inexistencia del contrato debe responder frente al otro, indemnizando el “interés contractual negativo”⁶.

3. DERECHO COMPARADO

a) Sistema alemán

El BGB adoptó sin miramientos la tesis de Ihering. En efecto, como quiera que el Derecho alemán permitía anular una declaración (viciada) aun cuando la parte receptora no hubiera advertido el error, tenía sentido preguntarse por la situación de dicha parte en caso que hubiese confiado en la validez de la referida declaración.

Consciente de que la anulación de la declaración viciada podía perjudicar seriamente a la parte receptora, el legislador alemán decidió tutelarla, aunque bajo ciertas condiciones. Así, estableció que si la parte receptora había confiado razonablemente en la validez de la declaración del *errans*, aquélla tenía derecho al pago de una indemnización en caso que este último decidiera

ejercer el derecho de anulación⁷. Evidentemente, la parte receptora no podía alegar que había confiado razonablemente en la validez de la referida declaración si el *errans* demostraba que el error había sido conocible.

Aun cuando el tratamiento que el legislador alemán dispensó al error era cuestionable debido a que privilegiaba la teoría de la responsabilidad en desmedro de la teoría de la confianza, lo cierto es que el sistema de responsabilidad pre-contractual acogido por el BGB resulta intachable. En efecto, dicho sistema resuelve coherentemente el conflicto de intereses generado por la falta de conformidad entre lo exteriorizado y lo querido, pues, reconociendo el derecho del *errans* de anular su declaración, concede tutela a la parte receptora en caso que haya actuado de buena fe. En consecuencia, bajo supuesto alguno el hombre honesto y cuidadoso queda desprotegido frente a la situación perjudicial que genera la declaración de invalidez del negocio.

b) Sistema italiano

A diferencia del BGB, el Codice se apartó ostensiblemente de la tesis de Ihering. Y ello por una razón muy simple: el legislador italiano de 1942 introdujo la necesidad de que el error fuera conocible a efectos de que el declarante pudiera anular el contrato.

En efecto, a pesar de que el Código Civil de 1865 seguía el modelo francés, que a semejanza del alemán no exigía la conocibilidad del error⁸, el legislador italiano, influenciado por la teoría de la confianza⁹, decidió introducir el requisito de la conocibilidad del error, modificando drásticamente el sistema de los vicios de la voluntad que imperaba en Europa.

⁵ Se trataba de la venta de cosas sagradas, públicas o inexistentes, en las cuales el vendedor conocía de antemano la causa de la nulidad.

⁶ Para un detallado análisis del pensamiento de Ihering: TURCO, Claudio. “Interesse Negativo e Responsabilità Precontrattuale”. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1990. p. 54 y siguientes. También: GARCIA RUBIO, María Paz. “La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español”. Madrid: Tecnos. 1991. p. 34 y siguientes.

⁷ El sistema alemán de responsabilidad pre-contractual básicamente reposa en los parágrafos 119 y 121 del BGB. De acuerdo con el primer párrafo, “Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.” [Quien al emitir una declaración de voluntad estaba en error sobre su contenido, o en líneas generales no quiso emitir una declaración de tal contenido, puede impugnar la declaración si ha de entenderse que no la habría emitido con conocimiento de la situación verdadera y con apreciación razonable del caso]. Por su parte, de acuerdo con el segundo párrafo, “Anfechtung muß in den Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist.” [Si una declaración de voluntad es nula según el párrafo 118 o está impugnada en base a los parágrafos 119 y 120, el declarante, si la declaración había de emitirse frente a otro, ha de indemnizar a éste o en otro caso a todo tercero el daño que el otro o el tercero sufra por la circunstancia de que confían en la validez de la declaración, no excediendo, sin embargo, la cuantía del interés que el tercero o el otro tengan en la validez de la declaración. La obligación de indemnización de daños no tiene lugar si el perjudicado conocía la causa de la nulidad o de la impugnabilidad, o no la conocía a consecuencia de negligencia (debía conocer)].

⁸ A pesar de que el Código Civil italiano de 1865 no establecía la obligación de resarcir a la parte receptora, la doctrina italiana concedía ese remedio a la luz de las reglas generales de responsabilidad aquiliana. En tal sentido: DE RUGGIERO, Roberto. “Istituzioni di Diritto Civile”. Vol. II. Messina: Casa Editrice Giuseppe Principato. 1930. p. 125; BRUGI, Biagio. “Instituciones de Derecho Civil”. Traducción de Jaime Simo Bofarull. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. 1946. p. 131.

⁹ La teoría de la confianza terminó imponiéndose en Italia gracias a la valoración jurisprudencial y doctrinal del principio de equidad. En esto evidentemente colaboraron los propios defensores del dogma de la voluntad, al admitir la inequidad que producía la aplicación rigurosa de dicho dogma a casos extremos como el del error. La teoría de la *culpa in contrahendo* de Ihering fue sumamente importante en el juego de los debates, ya que la misma reconocía la necesidad de tutelar a la parte que razonablemente había confiado en la validez de la declaración del *errans*. Es verdad que dicha teoría propugnaba una tutela meramente reparadora. Pero es verdad también que de reconocer la necesidad de prestar tutela en el plano de la reparación a reconocer la necesidad de prestar tutela en el plano de la validez, no había un paso demasiado largo. Para una exposición sumamente clarificadora del proceso histórico de adopción de la teoría de la confianza: PIETROBON, Vittorino. “El Error en la doctrina del Negocio Jurídico”. Traducido por Mariano Alonso Pérez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1971. p. 92 y siguientes.

Como consecuencia de la modificación experimentada, carecía de sentido preguntarse por la situación de la parte receptora de la declaración; más bien cobraba sentido preguntarse por la situación de la parte emisora. En efecto, como el error era causa de anulación sólo cuando la parte receptora actuaba con mala fe (objetiva), el legislador italiano se preguntó si el *errans* podía, además de anular el contrato, exigir el pago de una indemnización.

La cuestión fue resuelta en sentido positivo, de modo tal que el referido legislador consagró un segundo sistema de responsabilidad pre-contractual, en el cual no era la parte receptora sino la parte emisora la que podía exigir el pago de una indemnización¹⁰.

Al igual que en el caso anterior, el sistema de responsabilidad pre-contractual acogido por el Codice resulta intachable. En efecto, dicho sistema resuelve coherentemente el conflicto de intereses generado por la falta de conformidad entre lo exteriorizado y lo querido, pues, al establecer que el derecho del *errans* de anular el contrato depende de la conocibilidad (y excusabilidad) del vicio, no permite que la parte receptora de la declaración (viciada) sufra perjuicios en caso que haya actuado de buena fe. Pero por otro lado, no deja en desamparo al *errans* en caso que la parte receptora de la declaración (viciada) actúe de mala fe, ya que, además del remedio de la anulación, le concede al primero el remedio de la reparación. En consecuencia, bajo supuesto alguno el hombre honesto y cuidadoso queda desprotegido frente al comportamiento malicioso de la otra parte¹¹.

4. DERECHO PERUANO

a) El Código Civil de 1936

Siguiendo la línea trazada por los códigos civiles europeos de la época, el Código Civil peruano de 1936 permitía anular un contrato por error aun cuando el

mismo no hubiese sido conocible por la parte receptora de la declaración viciada.

Sin embargo, a diferencia del BGB, nuestro código anterior no establecía la obligación de indemnizar a la parte receptora en caso que la misma hubiese razonablemente confiando en la validez de la declaración viciada. No obstante ello, la doctrina nacional aceptaba la posibilidad de que el receptor de la declaración viciada exigiera el pago de una indemnización en caso que el *errans* ejerciera el derecho a anular el acto¹².

b) El Código Civil de 1984

El Código Civil peruano de 1984 adoptó –parcialmente– el modelo italiano de 1942 en lo referente a los requisitos del error como causa de anulación del negocio jurídico. En efecto, el legislador nacional estableció que la anulación del negocio por error sólo procedía si el mismo era esencial, determinante y conocible (por la parte destinataria de la declaración).

Inexplicablemente, sin embargo, el legislador nacional, no contento con mutilar el modelo italiano, al dejar de lado la regla contenida en el artículo 1338 del Codice, decidió efectuar un aporte histórico, al establecer que la anulación del negocio por error no daba lugar a indemnización entre las partes.

Según se ha reconocido¹³, la norma bajo comentario fue tomada del Proyecto de la Comisión Revisora¹⁴. Al margen del origen de esta contribución del Derecho peruano, importa saber cuál ha sido la explicación ofrecida por la doctrina nacional para justificarla.

Para evitar el peligro de tergiversar opiniones, voy a reproducir literalmente las explicaciones ofrecidas por Fernando Vidal y Guillermo Lohmann.

El primero de los nombrados afirma que “[e]l Código introduce una norma novedosa, contenida en el art. 207

¹⁰ La fórmula está consagrada en el artículo 1338 del Código Civil italiano de 1942, que establece lo siguiente: “La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto [1418 ss], non ne ha dato notizia all’altra parte e tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto [1038].” [La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia a la otra parte tendrá que resarcir el daño por ésta sufrido como consecuencia de haber confiado sin su culpa en la validez del contrato].

¹¹ Para una visión comparativa de la racionalidad de los sistemas alemán e italiano: JORDANO FRAGA, Francisco. “Falta Absoluta de Consentimiento, Interpretación e Ineficacia Contractuales”. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. 1988. p. 169 y siguientes.

¹² Así lo reconocían: LEÓN BARANDIARÁN, José. “Comentarios al Código Civil Peruano”. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editores. 1954. p. 148; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “Los Vicios de la Voluntad”. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1978. p. 57.

¹³ Así consta en la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984, compilada por Delia Revoredo.

¹⁴ El proyecto preparado originalmente por la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 contenía una disposición según la cual la anulación del acto por error no daba lugar a la indemnización de daños y perjuicios. Dicho proyecto no especificaba si la exoneración de responsabilidad favorecía a una o a ambas partes. El anteproyecto sustitutorio preparado por Manuel de la Puente y Susana Zusman contenía la misma disposición. No obstante ello, en la exposición de motivos de ese anteproyecto, los autores indicados cuidaron de precisar lo siguiente: “El artículo 73, por su parte, impide la indemnización de daños y perjuicios en el caso de anulación por error. Dado que el Anteproyecto protege al receptor de la declaración, en base a la teoría de la confianza, el receptor no podría, en caso de que llegara a anular el acto jurídico (sic), intentar acción de daños y perjuicios, pues conoció el error y, por tanto, no confió totalmente en la validez de tal declaración. El artículo 73 es otra fórmula de la lograr el equilibrio de protección para ambas partes” (ver: “Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1980, p. 103). Se sabe que fue la Comisión Revisora la que acordó modificar las propuestas previas y establecer que la anulación del acto por error no daba lugar a indemnización entre las partes.

(...) Y decimos que es novedosa sólo porque tradicionalmente se ha considerado que el errans que obtenía la declaración de nulidad del acto, si infringía perjuicios a la contraparte, se los debía indemnizar¹⁵ (...) Manuel de la Puente y Susana Zusman consideran que si bien el receptor está (sic) protegido por la teoría de la confianza no puede, en caso de que llegara a anular el acto jurídico (sic), intentar acción de daños y perjuicios, pues conoció el error y, por lo tanto, no confió totalmente en la validez de tal declaración. Explicada y justificada la norma sub examine, nosotros reparamos que la misma sólo alcanza a las partes, por lo que ambas podrían responder, eventualmente, ante terceros¹⁶.

El segundo de los nombrados afirma que “[c]omo se pretende proteger al receptor de la declaración con base en la teoría de la confianza, éste no puede demandar daños y perjuicios (sic) pues si se ha anulado el negocio se debe a que el error fue esencial y conocible. Si es así, el precepto da por entendido que el receptor de la declaración pudo haberse percatado del vicio y, por tanto, pudo no haber dado crédito a la declaración. Hubo una falta de su parte. Por la comisión de esa falta de cuidado, no se le autoriza a reclamar daños y perjuicios (sic). No ha de ser esta, empero, la única interpretación válida; también ha de verse de otro lado. Es decir, que quien yerra no puede reclamar del destinatario de la declaración daños y perjuicios (sic) por no haberle hecho notar el vicio que era reconocible¹⁷.

Las opiniones transcritas dejan entrever la causa del error. En efecto, tanto Vidal como Lohmann aceptan la bondad de la norma sobre la base de un argumento débil. En efecto, según los autores citados es lógico que se excluya la posibilidad de que la parte receptora exija el pago de una indemnización debido a que la misma pudo conocer la existencia del error. Como se podrá entender, sin embargo, al haber adoptado el modelo italiano, carece de sentido preocuparse por la parte receptora de la declaración viciada. El hecho de establecer el requisito de la conocibilidad del error genera de manera automática la exclusión de toda responsabilidad del *errans* frente a la parte receptora de la declaración.

A diferencia de Vidal, que guarda silencio al respecto, Lohmann explica por qué es lógico que la norma bajo comentario no conceda a la parte que yerra la posibilidad de exigir el pago de una indemnización. Su

posición, sin embargo, es harto discutible, por no decir inaceptable. En efecto, según este autor, quien yerra no tiene derecho a reclamar el pago de una indemnización debido a que no puede pretender que la otra parte le haga notar la existencia del vicio. Si se tiene en cuenta que el error debe ser conocible para la otra parte, yo no encuentro razón alguna para que el *errans* no pueda pretender lo que a Lohmann le parece inadmisibles. En efecto, a no ser que la buena fe objetiva no tenga utilidad ni aplicación en el ámbito de las tratativas, la parte receptora no puede dejar de advertir a la parte emisora acerca de la existencia del error (que ha podido advertir). Si dicha parte, por cualquier circunstancia, nota el equivoco de la otra y luego conscientemente guarda silencio, es claro que incurre en un supuesto grosero de mala fe y el Derecho no puede no reaccionar ante tal hecho.

El artículo 207 del Código Civil, tal como está redactado, consagra una fórmula que no encuentra cabida en ningún sistema coherente, pues permite que el destinatario de la declaración viciada quede exonerado de responsabilidad aun cuando haya conocido la existencia del error. Puedo aceptar que la regla de exoneración de responsabilidad contenida en el artículo en cuestión se aplique al caso en el que ambas partes proceden con negligencia (una se equivoca y la otra no presta atención). Lo que no puedo aceptar, sin embargo, es que la regla de marras se aplique al caso en el que una de las partes procede con negligencia y la otra con dolo (conciencia y voluntad de actuar incorrectamente); lo que ocurre cuando una de las partes se equivoca y la otra omite voluntariamente hacer notar el equívoco.

5. EL VALOR DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA NECESIDAD DE EFECTUAR UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

El principio de buena fe supone, en términos generales, la necesidad de actuar leal y diligentemente. En la etapa de las tratativas, el referido principio se descompone en una serie de deberes específicos, entre los cuales se encuentran los siguientes: (i) el deber de suministrar información, (ii) el deber actuar con veracidad, (iii) el deber de actuar con claridad, (iv) el deber de mantener la confidencialidad y (v) el deber de custodiar bienes entregados para pruebas o demostraciones¹⁸.

¹⁵ Se equivoca Vidal al afirmar que tradicionalmente se hacía responsable al *errans* por los perjuicios que infringía a la otra parte al anular su declaración. Como resultará claro, a partir de 1942 no hubo en esta materia una solución tradicional sino dos. En efecto, en el sistema alemán, el *errans* respondía frente al destinatario de la declaración viciada (en caso que decidiera anular la declaración). Pero en el sistema italiano era este último el que respondía frente al primero por la invalidez del contrato. En consecuencia, al momento de la elaboración del Código Civil de 1984 no existía una tendencia legislativa generalizada, como lo sugiere el autor citado.

¹⁶ VIDAL, Fernando. “Acto Jurídico”. Tratado de Derecho Civil. Universidad de Lima, tomo III, vol. II. pp. 635-636.

¹⁷ LOHMANN, Guillermo. “El Negocio Jurídico”. Lima: Librería Studium Ediciones. 1987. p. 359.

¹⁸ En tal sentido: ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 2001. p. 177 y siguientes; CUADRADO, Carlos. “Oferta, Aceptación y Conclusión del Contrato”. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. 2003. p. 48 y siguientes.

El alcance de la actuación del principio de buena fe depende de la naturaleza del contrato materia de las tratativas y de las condiciones subjetivas de las partes¹⁹. De este modo, la conducta leal y diligente que se puede esperar de la otra parte varía en función del grado de experiencia y profesionalidad de la misma, así como de la complejidad de la operación²⁰.

De todos los deberes indicados, el de suministrar información es el que, sin duda, juega un papel trascendental en el ámbito de la responsabilidad por ineficacia contractual. Como ha sido reconocido²¹, el deber de informar encuentra su justificación en la necesidad de corregir la situación de asimetría que usualmente se presenta en las negociaciones. Por tal razón, en cumplimiento de dicho deber la parte que conoce (o que debiera conocer) ciertos datos relevantes de la operación tiene que hacérselos saber a la otra, en caso esta última no los conozca (o no debiera conocerlos).

Evidentemente, el deber en cuestión no tiene un alcance ilimitado. En efecto, dicho deber está sujeto a un fin, que consiste en crear una situación de simetría informativa. Esta última situación, sin embargo, no supone que ambas partes tengan el mismo grado de conocimiento respecto de todos los aspectos objetivos y subjetivos involucrados en la operación.

En efecto, nadie puede razonablemente oponerse a la exigencia de que cada parte revele a la otra aquellas circunstancias que puedan influir en la decisión de esta última de efectuar o no la operación contractual. Pero al mismo tiempo nadie puede razonablemente oponerse a la protección de aquella información que, adquirida legítimamente, necesita ser mantenida en reserva para no perder su valor.

En mi opinión, pues, no es posible pretender la creación de una situación de simetría informativa en términos absolutos: existen hechos que, en función de ciertos principios del ordenamiento (básicamente los que protegen la libertad de empresa y la propiedad), no tienen por qué ser revelados. En otros términos: existen hechos que legítimamente pueden ser mantenidos en

reserva por una de las partes, aun cuando la otra pudiese estar interesada en conocerlos. La clave para determinar cuándo es legítimo no revelar cierta información depende básicamente de la posición contractual: el que enajena tiene que informar todo aquello que razonablemente la otra parte deba conocer sobre el derecho (a ser transferido) y sobre el bien. Y ello porque no resulta legítimo que oculte la existencia de embargos o de vicios ocultos. El que adquiere, sin embargo, no tiene por qué informar acerca de las razones que lo impulsan a contratar²². Tampoco tiene por qué informar acerca de las cualidades que ha descubierto en el bien, pues resulta legítimo que aproveche aquello que, por su esfuerzo o fortuna, ha podido conocer.

Ahora bien, evidentemente ninguna de las partes puede considerar que resulta legítimo ocultar a la otra una causa de invalidez o de ineficacia contractual²³. En efecto, no es admisible que una de las partes considere legítimo el reservarse para sí el conocimiento de un hecho que puede afectar la utilidad del contrato, pues de este modo lesiona abiertamente el principio de solidaridad contractual. El convencimiento de la ilicitud de una conducta como la descrita es de tal magnitud, que la doctrina y la jurisprudencia han comenzado a destacar la existencia de un nuevo deber, que consistiría en cumplir los actos necesarios para lograr la validez y la eficacia del contrato²⁴. Ese deber se derivaría del principio de buena fe objetiva.

Sobre la base de lo indicado, resulta claro que si durante las tratativas una de las partes sufre un vicio y la otra se percató de ello, esta última debe revelar la existencia del mismo y evitar de este modo la invalidez del contrato. Si no lo hace, viola abiertamente el principio de la buena fe y, por consiguiente, lo establecido en el artículo 1362 del Código Civil vigente. Siendo esto así y en aras de mantener un mínimo de coherencia en el sistema, resulta claro que el artículo 207 del Código Civil no puede aplicarse literalmente.

En efecto, el referido artículo no puede exonerar de responsabilidad a quien advirtiendo el error del

¹⁹ En tal sentido: MONATERI, Pier Giuseppe. "La Responsabilità Contrattuale e Precontrattuale". Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1998. p. 381.

²⁰ Por tal razón, el hecho que ambas partes adopten una regla contractual inválida no determina necesariamente que ambas sean responsables de la anomalía. Si una de las partes tiene mayor conocimiento y experiencia que la otra, entonces el peso de evitar la anomalía recae exclusivamente en la primera. De este modo, el arquitecto no puede liberarse de responsabilidad argumentando que el cliente estuvo de acuerdo con los planos de la obra, pues mientras aquél, por razones profesionales, debió saber que las normas municipales impedían la construcción del edificio proyectado; este último no tenía por qué conocer las limitaciones impuestas por las normas en cuestión. En consecuencia, si el contrato de obra es nulo por imposibilidad, el arquitecto debe responder frente al cliente.

²¹ ROPPO, Vincenzo. Op. cit., p. 177; LLOBET I AGUADO, Joseph. "El Deber de Información en la Formación de los Contratos". Madrid: Marcial Pons. 1996. p. 41.

²² De acuerdo: MONATERI, Pier Giuseppe. Op. cit., p. 382.

²³ En tal sentido: RICCIUTO, Vincenzo. "La formazione progressiva del contratto". En: "I Contratti in Generale". Tomo I. A cura di Enrico Gabrielli. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1999. p. 222.

²⁴ Así: MONATERI, Pier Giuseppe. Op. cit., p. 398.

declarante decide guardar silencio, en lugar de evitar la invalidez del contrato. Por consiguiente, a no ser que no se quiera dar valor alguno al contenido del artículo 1362 del Código Civil y se esté dispuesto a pasar por alto la mala fe, la regla contenida en el artículo 207 del referido código debe ser reinterpreta.

Tomando en cuenta lo hasta aquí expuesto, propongo, pues, reducir, a través del recurso de la interpretación restrictiva, el ámbito de aplicación del artículo en cuestión, de modo tal que la exoneración de responsabilidad que prevé sólo opere cuando ambas partes han actuado negligentemente, esto es, cuando una se equivoca y la otra no advierte, por descuido, tal circunstancia²⁵.

6. ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD

Desde que Ihering publicó su libro sobre la *culpa in contrahendo*, la responsabilidad pre-contractual ha sido empleada únicamente para reparar la lesión del llamado "interés contractual negativo". Se considera que el interés contractual negativo es aquel que tiene por objeto evitar o eliminar toda tratativa infructuosa. Por consiguiente, se lesiona dicho interés cuando se inician tratativas sin seriedad, cuando se frustra el éxito de las mismas, etc. Obviamente, la lesión al interés contractual negativo sólo es tutelada cuando la parte lesionante actúa de mala fe.

Tradicionalmente, se acepta que la parte dañada exija una indemnización por los gastos realizados en la etapa de las tratativas, por el tiempo invertido en las negociaciones e incluso por las oportunidades desaprovechadas²⁶. Por consiguiente, en sede de responsabilidad pre-contractual es indemnizable tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Evidentemente, la concreta determinación del alcance de la actuación de la responsabilidad pre-contractual depende, fundamentalmente, de la posición que se adopte en torno a las reglas que por asimilación deben aplicarse a la misma.

A pesar de que en algún momento se sostuvo que la responsabilidad pre-contractual constituía un *tertium genus*²⁷, hoy básicamente se discute si la misma debe ser asimilada a la responsabilidad contractual o a la responsabilidad extracontractual²⁸.

El argumento empleado por los contractualistas es el siguiente: cuando la norma jurídica sujeta el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe no hace otra cosa que imponer (a los sujetos que entran en contacto) la obligación de actuar de manera leal y diligente. Si alguno de los sujetos obra de mala fe, entonces incumple una obligación. Por consiguiente, el dañado tiene la posibilidad de demandar el pago de una indemnización a la luz de las normas que regulan la inexecución de obligaciones (responsabilidad contractual)²⁹.

Por su parte, el argumento empleado por los extracontractualistas es el siguiente: cuando la norma jurídica impone el deber de actuar de buena fe no hace otra que tutelar de manera específica el genérico interés en no sufrir daño alguno. En consecuencia, si alguno de los sujetos obra de mala fe, el dañado tiene la posibilidad de demandar el pago de una indemnización a la luz de las normas que regulan la responsabilidad aquiliana³⁰.

A mi modo de ver, el asunto debe resolverse a favor de la corriente que postula la aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual³¹. En efecto, como indica Sacco³², es verdad que por mandato de la ley los protagonistas de las tratativas se encuentran vinculados por una relación calificada, que los obliga a proteger sus recíprocos intereses. Pero es verdad también que eso es lo que exactamente acontece en tantos otros casos en los que se desarrollan las más variadas actividades y relaciones. Y a nadie se le puede ocurrir que esos otros tantos casos sean juzgados a la luz de reglas distintas de las de la responsabilidad extracontractual. Así, los conductores de vehículos motorizados o los competidores que actúan en un mismo mercado tienen que observar, por mandato de la ley,

²⁵ Como resultará claro, lo mejor sería reformar el Código y establecer una regla como la contenida en el artículo 1338 del Codice, de modo que la parte que advierte o pueda advertir el error sea responsable de la invalidez contractual. Evidentemente, sin embargo, la adopción de una regla como la indicada tendría que ir acompañada de la adopción del requisito de la excusabilidad del error, pues no resultaría justo que mientras el *errans* pueda actuar torpemente, el destinatario de la declaración deba en todo momento, bajo pena de pagar una indemnización, proceder diligentemente.

²⁶ En tal sentido: MONATERI, Pier Giuseppe. p. 469; RICCIUTO, Vincenzo, Op. cit., p. 239.

²⁷ En 1951 Rodolfo Sacco propuso esta tesis. Luego, sin embargo, la abandonó.

²⁸ Existen quienes no aceptan la disyuntiva planteada, pues consideran que en algunos casos la responsabilidad pre-contractual debe ser asimilada a la responsabilidad contractual y en otros a la responsabilidad extracontractual. En tal sentido: GARCIA RUBIO, María Paz. Op. cit., p. 89 y siguientes.

²⁹ Defienden esta postura, entre otros: Mosco, Stolfi, Mengoni y Galgano. Ver por todos: SAGNA, Alberto. "Il Resarcimento del Danno nella Responsabilità Precontrattuale". Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 2004, p. 22. En nuestro medio defiende esta postura: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p. 371.

³⁰ Defienden esta postura, entre otros: Greco, Mirabelli, Carresi y Osti. Ver por todos: SAGNA, Alberto, Loc. cit.

³¹ Así, por lo demás, lo entiende la gran mayoría de la doctrina. A modo de ejemplo: BIANCA, Massimo, "Diritto Civile". Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1984. pp. 162-163; ROPPO, Vincenzo. Op. cit. p. 185; SCOGNAMIGLIO, Renato. "Teoría General del Contrato". Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. 1991. p. 121; BREBBIA, Roberto. "La Responsabilidad Precontractual". Buenos Aires: Ediciones La Rocca. 1987. p. 96.

³² Op. cit., p. 185.

una serie de conductas dirigidas a salvaguardar los intereses ajenos. En caso que no lo hagan, la responsabilidad aplicable al caso no puede ser otra que la responsabilidad extracontractual, pues ni el conductor que ha colisionado el automóvil del otro, ni el competidor que ha dañado la reputación del otro pueden considerar, por razones obvias, aplicables las reglas de la responsabilidad contractual.

Y es que, como resultará claro, la obligación y la responsabilidad contractual protegen un interés específico: el interés del acreedor en obtener la prestación³³. Ese interés es absolutamente diferente del interés del sujeto (de derechos) en no ser lesionado como consecuencia del contacto social (no deseado)³⁴. En efecto, mientras el primero se encuentra dirigido a obtener un resultado provechoso (como consecuencia de la actuación de la prestación), el segundo se encuentra dirigido a mantener indemne la esfera propia. Por consiguiente, la satisfacción del primero sólo puede ser exigida a ciertas personas (básicamente a las que voluntariamente hayan

aceptado hacerlo); mientras que la satisfacción del segundo puede ser exigida a cualquier persona que – por cualquier circunstancia– ingrese en la esfera del “contacto social”.

El deber de actuar de buena en la etapa de las tratativas no es otra cosa que una manifestación específica del deber genérico de no causar daño, pues, siendo exigible a todos los que intenten celebrar un contrato (o que efectivamente consigan su objetivo), tiene como finalidad mantener indemne la esfera de los protagonistas, de modo que éstos no sufran daños injustos como consecuencia de haber invertido recursos y tiempo en tratativas no serias, de haber celebrado un contrato ineficaz, etc³⁵.

Sin perjuicio de lo indicado, y aunque este dato no sea definitorio *per se*, conviene hacer notar que en una reciente sentencia, la Corte de Justicia Europea ha declarado que la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de tratativas no es de naturaleza contractual sino de naturaleza extracontractual³⁶.

³³ BRECCIA, Humberto. “Le Obligación”. Dott. Milano: A. Giuffrè Editore. 1991. p. 13.

³⁴ RESCIGNO, Pietro. “Obligación”. Enciclopedia del Diritto Dott. Milano: A. Giuffrè Editore, tomo XXIX. 1979. p. 140.

³⁵ Si el deber de actuar de buena fe tuviese naturaleza obligacional, cualquiera de las partes podría, oponiendo la compensación (ya que se trataría de dos obligaciones recíprocas, fungibles y homogéneas), liberarse de la *necesitas* de actuar leal y diligentemente. Evidentemente, sin embargo, esto es inadmisibile. Pero a esa absurda conclusión se llegaría si se considerase correcta la premisa mayor indicada.

³⁶ Para una exposición del caso y de las motivaciones de la Corte: SAGNA, Alberto. Op. cit. p. 30 y siguientes.

ERROR, DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN Y DERECHO DE CONTRATOS*

Anthony T. Kronman**

El presente artículo constituye un clásico en el ámbito académico norteamericano. En éste, el profesor Kronman aborda la temática del deber de revelar información en el Derecho contractual desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, presentándonos una teoría acerca de cuándo resulta eficiente imponer un deber de esta naturaleza y cuándo no.

En ese sentido, la figura conocida como “dolo omisivo” en el sistema jurídico peruano, aparece tratada en este artículo de una manera novedosa para nuestro medio, la cual, esperamos, contribuirá a darnos, a los operadores del Derecho en general, una visión más amplia y precisa que nos permita una mejor comprensión de esta materia.

* El presente artículo fue publicado originalmente en el Journal of Legal Studies 7, 1978, bajo el título “Mistake, Information, Disclosure and the Law of Contracts”. La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa de Anthony T. Kronman. La traducción fue realizada por Oscar Súmar Albújar, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión de Carlos A. Patrón, ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS y Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Master en Derecho (LL.M.), Yale Law School y Master en Políticas Públicas (M.Sc.), Oxford University.

El autor agradece en el texto original a Gerhard Casper, Richard Epstein, Walter Hellerstein, Thomas Jackson, Edmund Kitch, William Landes, Richard Posner, George Priest y George Stigler por sus generosos comentarios a los borradores tempranos de este trabajo. Asimismo, señala que trabajar en este tema ha sido posible gracias a una beca de la Fundación Charles R. Walgreen.

** Al escribir este artículo Anthony T. Kronman era *Assistant Professor* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. En la actualidad es *Sterling Professor of Law* y ex Decano (1994-2004) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

“[La mayor parte de los autores del Derecho natural] opinan que la buena fe que debería gobernar el contrato de compraventa sólo requiere que el vendedor presente la cosa vendida tal como es, sin disimular sus defectos, y sin venderla a un precio mayor al que tiene al tiempo de contratación; que no comete injusticia en venderla a este precio, a pesar de que conoce que dicho precio podría ser menor en poco tiempo; que no está obligado a revelar al comprador conocimientos que pueda tener de las circunstancias que podrían producir la disminución del precio; el comprador tendría tanto derecho a demandar que el vendedor comparta este conocimiento como a demandar que le regalase su propiedad...”¹.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo intenta explicar una aparente contradicción en el Derecho de contratos. Por un lado, hay muchos casos –generalmente clasificados bajo el rubro de errores unilaterales– en los cuales se sostiene que quien se ha obligado se puede librar de la ejecución de la prestación o del pago de los daños y perjuicios causados cuando ha incurrido en error acerca de algún hecho fáctico importante y éste es conocido (o debió serlo) por la otra parte. Por otro lado, también pueden encontrarse casos en los que, en algunas circunstancias, una de las partes está legitimada para retener información que conoce que la otra parte no tiene. Estos últimos casos típicamente se apoyan sobre la preposición que la parte con mayor información no tiene respecto a la otra un “deber de revelar información”.

No obstante que estas dos líneas de casos emplean diferentes técnicas doctrinales, ambas se dirigen esencialmente a resolver el mismo problema: si una de las partes en un contrato sabe o tiene razones para conocer que la otra parte está en error acerca de algún hecho en particular, ¿tiene la parte que conoce del error el deber de informar a la otra parte acerca del mismo o puede mantener silencio y capitalizar el error de la otra parte? Este trabajo persigue formular una

teoría para explicar por qué en algunos contratos existe este deber y por qué en otros no.

El trabajo se divide en tres partes. En la primera se discute el problema del error unilateral y se ofrece una justificación económica para la regla según la cual quien incurre unilateralmente en error puede librarse de responsabilidad cuando su error es conocido, o debió serlo, por la otra parte. En la segunda parte propongo una distinción entre dos clases de información –la información que es resultado de una búsqueda deliberada y la información que es adquirida casualmente. Argumentaré que el privilegio legal de no revelar información es en efecto un “derecho de propiedad” e intentaré demostrar que cuando este conocimiento especial es el fruto de una búsqueda deliberada, la asignación de un “derecho de propiedad” de esta naturaleza es necesaria a fin de asegurar la producción de información a un nivel socialmente deseable. Luego intentaré demostrar que la distinción entre información adquirida por una búsqueda deliberada y la adquirida casualmente es útil para explicar por qué el deber de revelar información es requerido en algunos casos, pero no en otros.

En la tercera, y última parte del trabajo, retomo brevemente el problema del error unilateral, con el objeto de reconciliar el aparente conflicto entre las dos líneas jurisprudenciales antes descritas. Argumentaré que este aparente conflicto desaparece cuando los casos de error unilateral son vistos desde la perspectiva expuesta en la segunda parte de este trabajo.

I. EL ERROR Y LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO

Todos los contratos son celebrados asumiendo una serie de hechos fácticos acerca del mundo. Algunas de esas presunciones son compartidas por las partes en el contrato y otras no. Siempre es posible que un hecho fáctico asumido en particular resulte errado². Desde una perspectiva económica, el riesgo de incurrir en error (sea que una o ambas partes incurran en él) representa un costo³. Este es un costo de las partes

¹ POTHIER, “Traité du Contract de Vente”. Así reseñado en *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 187-88, note b.

² En un sentido económico estricto, no todos los errores predecibles son equivocaciones. Un individuo podría fallar en predecir correctamente determinado suceso, porque su conocimiento del mundo es incompleto. Sin embargo, a no ser que económicamente le resulte justificado reducir lo poco completo de su conocimiento, adquiriendo nueva información acerca del mundo, sería incorrecto –desde un punto de vista económico– considerar un error predecible de esta naturaleza como una equivocación genuina. Un economista podría definir una equivocación como un error en la predicción, resultado de un estado de incertidumbre que la misma parte equivocada podría aceptar como subsanable a un costo razonable (aumentando su conocimiento del mundo). En el lenguaje ordinario, el término equivocación es usado de una manera más amplia hasta confundirse con el error, en el cual no se habría incurrido, en primer lugar, si el conocimiento del mundo de parte de la persona equivocada, hubiera sido más completo. Uso el término en este sentido ordinario.

³ Tradicionalmente, escritores académicos han sustentado diferentes factores para decidir cuándo la equivocación o error de un oferente debe ser excusado. Lo siguiente ha sido pensado como especialmente importante: 1) la “naturaleza” del error: WILLISTON, Samuel. “A Treatise on the Law of Contracts 13”. Tercera Edición. 1970. § 1544, 1569, 1570 (en adelante citado como WILLISTON); CORBIN, Arthur Linton. “Corbin on Contracts 3”. § 597, 1960 (en adelante citado como CORBIN); “Restatement of Restitution”. § 9, comentario c, § 16, comentario c. 1937; “Restatement of Contracts”. § 502. 1932; 2) la posibilidad de un enriquecimiento indebido si la promesa es forzada: THAYER, James Bradley. “Unilateral Mistake and Unjust Enrichment as a Ground for the Avoidance of Legal Transactions”. En: *Harvard Legal Essays*. 1934. pp. 467-499; PALMER, George E. “Mistake and Unjust Enrichment”. 1962. pp. 8, 53, 96 (en adelante citado como PALMER); 3) la magnitud de las pérdidas potenciales del oferente: SEAVEY, Warren A. “Problems in Restitution”. En: *Oklahoma Law Review* 7. 1954. p. 267; RABIN, Edward H. “A Proposed Black-Letter Rule Concerning Mistaken Assumptions in Bargaining Transactions”. En: *Texas Law Review* 45. 1967. pp. 1288-1291 (en adelante citado como RABIN);

contratantes y de la sociedad en su conjunto dado que la ocurrencia de tal error siempre (potencialmente) aumenta los recursos que deben ser dedicados al proceso de asignación de bienes a aquellos usuarios que más los valoran.

Hay básicamente dos formas mediante las cuales se puede reducir este costo en particular hasta llegar a un nivel óptimo. Primero, una de las partes o ambas pueden adoptar medidas para prevenir la ocurrencia del error. Segundo, en caso que el error no pueda ser prevenido, cualesquiera de las partes (o ambas) puede asegurarse contra el riesgo de su ocurrencia mediante la contratación de un seguro de parte de un asegurador profesional o auto-asegurándose⁴.

En lo sucesivo, me dedicaré exclusivamente al tema relativo a la prevención de los errores. No obstante que esta limitación puede parecer arbitraria, la misma está respaldada en el hecho que la mayoría de los casos de error involucran errores que pueden ser prevenidos a un costo razonable. Cuando un riesgo no puede ser prevenido a un costo razonable –lo cual es cierto respecto a muchos riesgos asociados con lo que el Derecho llama “imposibilidad sobrevenida”– tomar un

seguro es la única manera efectiva de reducir el riesgo (esto explica por qué el concepto de seguro inevitablemente juega un papel más importante en el tratamiento de la imposibilidad que en el del análisis del error)⁵.

La información es el antídoto del error. No obstante que la producción de información es costosa⁶, un individuo puede estar en posición de obtener información relevante a un menor costo que otro. Si las partes en un contrato actúan de maneja racional, ellos pueden minimizar el costo conjunto de un error potencial asignando el riesgo de su ocurrencia a la parte que está en mejor posición para recolectar información a un menor costo (quien pueda obtenerla a un menor costo). Cuando las partes hayan asignado el riesgo –ya sea de manera explícita, o de manera implícita a través de su adhesión a la “costumbre mercantil” y sus anteriores experiencias contractuales– tal asignación debe ser respetada⁷. Cuando no lo hayan hecho –y, en ese caso, se produce un vacío en el contrato⁸– una corte preocupada por la eficiencia económica debería imponer el riesgo en cabeza del mejor recolector de información. Esto es así por razones conocidas: asignando el riesgo de esta manera, una corte

4) la dificultad de compensar al oferente por cualquier costo que haya incurrido por confiar en la promesa: “American Law Reports 59”. *Annotations*. 1929. p. 89; RABIN. Op. cit., p. 1299; y 5) la distribución –a una parte o a la otra– de los riesgos de un error: RABIN. Op. cit., pp. 1292-1294; POSNER, Richard A. “Economic Analysis of Law”. Segunda Edición. 1977. pp. 73-74 (en adelante citado como POSNER).

Se ha asumido, usualmente, que a cada uno de estos factores se le debería otorgar un peso no precisado para decidir cuándo excusar a un ofertado que yerra. RABIN. Op. cit. p. 1275. Tratados recientes sobre el error ponen énfasis en la importancia de determinar cuál de las partes debe llevar la carga del error en cuestión. La tendencia a poner énfasis en la distribución del riesgo es bastante aparente, por ejemplo, en la parte propuesta sobre el error en el “Restatement (Second) of Contracts”. § 294-296 y Nota Introductoria (Borrador Tentativo 10). 1975.

La idea de que la ley usualmente realiza funciones de asignación del riesgo no es nueva. Ver PATTERSON, Edwin W. “The Apportionment of Bussines Risks Through Legal Devices”. En: *Columbia Law Review* 24. 1924. p. 335. Empero, una sofisticada literatura sobre la materia ha enriquecido nuestro conocimiento sobre el concepto de riesgo y ha refinado su uso como herramienta analítica. Ver, por ejemplo, a POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”. En: *Journal of Legal Studies* 6. 1977. p. 83; ASHLEY, Stephen S. “The Economic Implications of the Doctrine of Impossibility”. En: *Hastings Law Journal* 26. 1975. p. 1251; JOSKOW, Paul L. “Commercial Impossibility, The Uranium Market and the Westinghouse Case”. En: *Journal of Legal Studies* 6. 1977. p. 119; POSNER. Op. cit., pp. 73-74; BROWN, John P. “Product Liability: The Case of an Asset with Random Life”. En: *American Economic Review* 64. 1974. p. 149; SCHWARTZ, Alan. “Sales Law and Inflation”. En: *Southern California Law Review* 50. 1966. p. 1; ARROW, Kenneth J. “Insurance, Risk and Resource Allocation, in Theory of Risk-Bearing”. 1971. Un viejo, pero útil libro es el de HARDY, Charles O. “Risk and Risk-Bearing”. 1923.

Hasta ahora nadie ha empleado la idea de la asignación del riesgo para dar cuenta sistemática de la ley del error como un todo. POSNER y ROSENFELD, sin embargo, ofrecen tal enfoque en el problema, muy relacionado, sobre la imposibilidad y la frustración. La teoría del error basada en la noción de la asignación del riesgo podría ser fácilmente construida partiendo de lo que ya se ha dicho sobre estas materias relacionadas.

Desde que descansa sobre el principio de eficiencia y se ha inspirado en los trabajos de académicos escribiendo sobre lo que se ha dado en llamar campo del “análisis económico del Derecho”, yo suelo caracterizar el punto de vista adoptado en este trabajo como el punto de vista “económico”. La teoría económica de la ley en general y del Derecho de contratos en particular abarca mucho más que de la noción de la distribución del riesgo. Ver, por ejemplo, POSNER. Op. cit. pp. 65-69, y POSNER, Richard A. “Gratuitous Promises in Economics and Law”. En: *Journal of Legal Studies* 6. 1977. p. 411.

⁴ POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 74-79; POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*.

⁵ Muchos de los eventos que constituyen imposibilidades sobrevinientes no pueden ser prevenidos a un costo razonable por cualquiera de las partes contratantes. Por ejemplo, es imposible prevenir el estallido de una guerra (*Paradine v. Jane*, 82 Eng. Rep. 897 (K.B. 1647), *Société Franco Tunisienne d'Armement v. Sidermar S.P.A.* [1961] 2 Q. B. 278), una cosecha arruinada (*Howell v. Coupland*, (1874) 9 Q. B. 462, *Anderson v. May*, 50 Minn. 280, 52 N.W. 530 (1892)), el establecimiento de una regulación gubernamental (*Lloyd v. Murphy*, 25 Cal. 2d 48, 153 P. 2D 48, 153 p.2d 47 (1944)) o la cancelación de una ceremonia de coronación (*Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740 (C.A.)). Cuando no se puede prevenir la ocurrencia de un evento, los riesgos de su producción sólo pueden ser efectivamente reducidos a través de un seguro. Esta es la principal razón del por qué el seguro juega un papel más importante en los casos de imposibilidad que el que logra cuando se trata del error. POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*. p. 91.

⁶ STIGLER, George J. “The Economics of Information”. En: *Journal of Political Economy* 9. 1961. p. 213. Reimpreso en *The Organization of Industry* 171. 1968.

⁷ Para una discusión sobre los modos en que las costumbres comerciales afectan la distribución del riesgo, ver BERMAN, Harold J. “Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade”. En: *Columbia Law Review* 63. 1963. p. 1413, y “Note, Custom and Trade Usages: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law”. En: *Columbia Law Review* 55. 1955. p. 1192.

⁸ Si tal vacío existe dependerá de las intenciones de las partes tal y como se reconstruyen durante el proceso de interpretación judicial. El hecho que un contrato no cubra un aspecto específico no significa que las partes hayan omitido alcanzar un entendimiento sobre el tema en cuestión. Sólo si ese entendimiento no existe podría decirse que el contrato contiene un vacío o laguna. Los problemas de difícil interpretación que están envueltos en la identificación y luego la subsanación de tales vacíos son explorados en dos artículos del Profesor Farnsworth. Ver FARNSWORTH, Allan. “Meaning in the Law of Contracts”. En: *Yale Law Journal* 76. 1967. p. 939, y “Disputes Over Omissions in Contracts”. En: *Columbia Law Review* 68. 1968. p. 860.

preocupada por la eficiencia reduce los costos de transacción del proceso contractual mismo⁹.

La distinción doctrinal más importante respecto a las normas relativas al error es la del error "mutuo" y del "unilateral". Tradicionalmente, las cortes han sido más reticentes para eximir a un oferente equivocado cuando él es el único que ha incurrido en error que en casos en que la otra parte ha incurrido en error respecto al mismo hecho¹⁰. Pese a que el dispendio del error bilateral ha sido liberalizado el último medio siglo¹¹ (a tal punto que algunos comentaristas han cuestionado la utilidad de la distinción entre errores unilaterales y mutuos y unos cuantos de ellos hasta reclaman su abolición¹²), aún es un principio no cuestionado el que sea menos probable que se le dispense de su obligación al oferente cuyo error no es compartido por la otra parte que al oferente cuyo error resulte ser mutuo¹³.

Visto de manera amplia, la distinción entre error unilateral y mutuo tiene sentido desde un punto de vista económico. Cuando ambas partes de un contrato incurren en error acerca de un mismo hecho o estado de las cosas, decidir cuál de ellos pudo haber estado en mejor posición para prevenir el error puede requerir una detallada investigación concerniente a la naturaleza del error y el rol (económico) o posición de cada una de las partes involucradas¹⁴. Sin embargo, cuando sólo una de las partes ha incurrido en error, es razonable asumir que ésta está en mejor posición que la otra para prevenir su propio error. Como veremos, esto no es cierto en todos los casos, pero nos provee de un útil punto de partida para el análisis y nos ayuda a explicar las diferencias generales entre el error mutuo y el unilateral.

El caso *Bowser v. Hamilton Glass Co.*¹⁵ nos provee de un ejemplo simple. En *Bowser*, el demandante era un contratista trabajando en un proyecto gubernamental. Él solicitó ofertas de subcontratistas para la producción, entre otras cosas, de "variados lentes reflectores". En respuesta a esta solicitud, el demandado presentó una oferta de 1400 lentes a 22 dólares cada uno. El demandante envió al demandado una "orden de compra" formal, que constituyó su oferta para celebrar

un contrato obligatorio. Las especificaciones relativas al contrato y los planos fueron adjuntadas a la orden de compra. El demandado acusó recibo de la orden de compra y produjo los lentes. Al conocer que los lentes acabados no estaban conforme a las especificaciones contractuales, el demandado informó al demandante que "cancelaría" el acuerdo. El demandante obtuvo los lentes de otro fabricante y demandó con el objeto de recobrar la diferencia entre lo que eventualmente tuvo que pagar por los lentes y lo que había acordado pagar al demandado. El demandado afirmó que había incurrido en error respecto a la naturaleza de los bienes a ser producidos. La corte, fallando a favor del demandante, dijo que el error del demandante no justificaba ser dispensado, estableciendo que el error unilateral únicamente liberará de la obligación cuando es conocido por la otra parte.

Claramente, el resultado del caso *Bowser* tiene sentido en términos económicos. El demandado estaba en la mejor posición para tomar precauciones contra su propio error siendo cuidadoso al leer las especificaciones y examinar los planos. No obstante que el demandante pudo prevenir el error, sea adquiriendo él mismo la habilidad necesaria para producir los bienes, sea supervisando desde un principio la correcta lectura de la propuesta por parte del demandado y periódicamente supervisando para asegurarse que los bienes producidos estén acordes a las especificaciones del contrato, ello hubiera sido demasiado costoso para él. El costo conjunto de un error de esta naturaleza es minimizado asignando el riesgo del error a la parte que incurre en él. Esta es la solución a la que las propias partes hubieran llegado si el riesgo hubiese sido conocido al momento de celebrar el contrato. Ésta es también la solución óptima desde un punto de vista social.

En el pasado, siempre se argumentó que, fuera de los casos de fraude o engaño, un error unilateral nunca justificaba liberar a la parte que haya incurrido en él de su obligación de ejecutar la prestación o pagar los daños¹⁶. Esa, ciertamente, ya no es la norma legal, y Corbin ha demostrado que probablemente nunca la fue¹⁷. Una excepción arraigada protege al oferente

⁹ POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 74-79; POSNER, Richard y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*. pp. 88-89.

¹⁰ "Restatement (Second) of Contracts". 1975. § 295, comentario A (Borrador Tentativo 10).

¹¹ *Ibidem*.

¹² CORBIN. Nota 2 *supra*. p. 608; PALMER. Nota 2 *supra*. pp. 67, 96-98; RABIN, Nota 2 *supra*. pp. 1277-1279.

¹³ A pesar de liberalizar la exigencia del error unilateral, el "Restatement (Second) of Contracts" conserva la distinción básica en doctrina entre error unilateral y error mutuo, y logra que la exigencia esté menos al alcance del primero que del segundo. Sobre el particular, compare el "Restatement (Second) of Contracts". 1975. §§ 294-295 (Borrador Tentativo 10) con el "Restatement of Contracts". 1932. §§ 502-503.

¹⁴ Las discusiones del Profesor Posner respecto a *Sherwood v. Walker* ilustran este punto. Ver POSNER. Nota 2 *supra*.

¹⁵ 207 F. 2d 341 (7th Cir. 1953).

¹⁶ CORBIN, Nota 2 *supra*. § 608; "Restatement of Contracts". 1932. § 503.

¹⁷ CORBIN. Nota 2 *supra*. § 608. "Son muy comunes las afirmaciones, en textos y en opiniones de las Cortes Legales, en el sentido que la liberación de responsabilidad no se dará sobre la base del error a menos que el error sea "mutuo". Una generalización así de gruesa no es verdadera. Raras veces es acompañada sea por una definición o un análisis. Los casos no siempre se presentan como pertenecientes a una clase, sea ésta la del "error mutuo" o la del "error unilateral". Y aun cuando eso suceda, las soluciones no siguen mecánicamente reglas distintas para cada caso. Muy pocas veces la liberación ha sido o será garantizada ahí donde el error es unilateral".

unilateralmente equivocado cuyo error es conocido o razonablemente debió serlo por la otra parte¹⁸. La dispensa tradicionalmente ha sido posible en este caso aun cuando el error del oferente no sea compartido por la otra parte en el contrato.

Por ejemplo, si un postor presenta una oferta que contiene un error de transcripción o de cálculo, y el error es evidente a la luz del contenido de la oferta o pudo ser razonablemente inferido por la discrepancia entre ésta y otras ofertas, típicamente se le permitirá al postor retractarse de la oferta sin tener que pagar daños (incluso después de que la propuesta haya sido aceptada por la otra parte y, en algunos casos, cuando haya generado confianza en la otra parte)¹⁹. Igualmente, por dar otro ejemplo, supongamos que *A* presenta una propuesta de contrato por escrito dirigida a *B* y conoce que *B* no ha leído bien el documento. Si *B* acepta la propuesta de contrato, luego de descubrir su error, él podrá liberarse de la obligación a su cargo y no tendrá el deber de compensar a *A* por sus expectativas defraudadas²⁰. Una situación muy cercana involucra una oferta que es “muy buena para ser cierta”. Uno recibe una oferta tal que no se puede “dejar pasar”; si ese es el caso, el oferente puede retirar la oferta pese a que ésta haya sido aceptada²¹.

En cada uno de los casos que acabamos de describir, una de las partes ha incurrido en error y la otra conoce o tiene razones para conocer de dicho error. La parte que incurre en error en cada uno de los casos es eximida de sus obligaciones contractuales frente a la parte que conocía el error.

Una regla de esta naturaleza resulta ser sensata. Si bien es cierto que en los casos descritos es probable

que la parte que ha incurrido en error haya estado en la mejor posición para prevenir el error desde un primer momento (sea ejerciendo cuidado preparando su oferta o al leer el contrato propuesto que ha sido sometido para su evaluación), la otra parte puede evitar el error a menor costo en el ínterin entre el momento en que éste ocurre y la celebración del contrato. En un momento determinado, la parte que incurre en error está en mejor posición para prevenir el error (para recopilar información). En un momento subsiguiente, sin embargo, la otra parte puede estar en mejor posición para prevenirlo debido a su acceso superior a información relevante que puede revelar el error y, por tanto, permitir su corrección. Esto puede ser así, por ejemplo, si tiene otras ofertas para compararlas con la errada, dado que esto le proveerá de información de la que el mismo postor carece²². Por supuesto, si el error es tal que no podría ser razonablemente conocido por la parte que no ha incurrido en él (esto es, si él hubiese tenido que incurrir en costos sustanciales para descubrir el error), no hay razón para asumir que la parte que no ha incurrido en error se encuentra en la mejor posición (la más eficiente) para prevenir el daño al momento de la celebración del contrato. Sin embargo, si el error es conocido o pudo serlo a un costo reducido, el principio de eficiencia es mejor asistido por una regla de responsabilidad compuesta que impone responsabilidad inicial por el error a la parte que ha incurrido en él, pero se la traslada a la otra parte si ésta conocía el error o tenía motivos para hacerlo. Este tipo de reglas de responsabilidad compuesta son conocidas en otras áreas del Derecho: la doctrina de la responsabilidad extracontractual de “la última clara oportunidad” es un ejemplo²³.

¹⁸ CORBIN. Nota 2 *supra*. § 610; LUBELL, Benedict I. “Unilateral Palpable and Impalpable Mistake in Construction Contracts”. En: Minnesota Law Review 16. 1932. p. 137 (en adelante citado como LUBELL); RABIN. Nota 2 *supra*. pp. 1279-1281.

¹⁹ “Supongamos, primero, un caso en el cual un constructor de obra por licitación hace una oferta para suministrar determinados bienes o para realizar ciertas obras por un precio fijo, fijando el precio indebidamente por un error de computación. Si, antes de aceptar, quien recibe la oferta conoce, o tiene razones para conocer, que un error material se ha producido, él, generalmente, no tendrá una conducta artera para aceptar; pero, si acepta, las Cortes de Justicia no tendrán dificultades para despojarlo de lo obtenido. A él no se le permite “auparse” a esa oferta y enriquecerse indebidamente. CORBIN. Nota 2 *supra*. § 609. Para un caso en el que al constructor de obra por licitación se le permitió retirar la oferta a pesar de la aceptación y confianza de la parte que recibió la oferta, ver *Union Tank Car Co. v. Wheat Brothers*, 15 Utah 2d 101, 387 P. 2d 1000 (1964).

Sería irracional, desde un punto de vista económico, permitir que la parte que conoce (o tiene razones para conocer) del error obligue a la otra parte a mantener su aceptación bajo el pretexto de haber actuado en base a la confianza. Una regla de esta clase alentaría la confianza justamente donde debe ser desalentada.

Si la parte que no ha caído en el error *no tiene razones para conocer* del error, sin embargo, su confianza determinará la reparación por daños a que sea acreedor. Si ha confiado substancialmente en la oferta de la parte bajo error, la parte que no está en el error tendrá usualmente el derecho a forzar el cumplimiento del contrato (demandando para recuperar sus expectativas perdidas). Si, de otro lado, la parte que no está en error no depende, por la confianza depositada, de la aceptación, antes de que el error sea descubierto, él compensará a la parte por gastos efectuados (como los de realizar una nueva convocatoria).

²⁰ CORBIN. Nota 2 *supra*. § 607; WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1577. Ver también, “Restatement of Contracts”. 1932. § 505, Comentario A (negociar con los derechos de la parte en error de reformar el contrato).

²¹ WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 94. Ver *Bell v. Carrol*, 212 Ky. 231, 278 S.W. 541 (1925), *German Fruit Co. v. Western Union Tel Co.*, 137 Cal. 598, 70 P. 658 (1902), *United States v. Braunstein*, 75 F. Supp. 137 (S.D.N.Y. 1947).

²² Ver LUBELL. Nota 17 *supra*. pp. 147-154.

²³ Ver POSNER, Richard A. “A Theory of Negligence”. En: Journal of Legal Studies. 1972. pp. 29-58; GREGORY, Charles O., KALVEN, Harry Jr. y Richard A. EPSTEIN. “Cases and Materials on Torts”. Tercera Edición. 1977. pp. 400-406. Podría argumentarse que una regla de responsabilidad compuesta de esta clase alentaría a la parte en error a reducir sus inversiones iniciales en la prevención de errores. Esto podría ser cierto sólo hasta cierto punto. Sin embargo, desde que la parte (potencialmente) en error no tiene forma de conocer si los posibles errores que cometa serán conocidos o posibles de ser conocidos por la otra parte, ella toma riesgos substanciales al reducir los niveles de sus propios esfuerzos para prevenir errores. A riesgo más grande, más pequeña deberá ser la reducción. Para una discusión más global sobre cómo las reglas de responsabilidad afectan la conducta individual y la prevención de accidentes en el contexto de una actividad individual, ver DIAMOND, Peter. “Single Activity Accidents”. En: Journal of Legal Studies 3. 1974. p. 107.

Los casos en los que se exige al oferente que unilateralmente incurra en error sobre la base de que su error es conocido o pudo ser razonablemente conocido por la otra parte, parecen, sin embargo, entrar en conflicto con otro tipo de casos. Estos casos tratan con los problemas relativos al fraude y al deber de revelar información: si una de las partes en el contrato conoce que la otra ha incurrido en error respecto a algún hecho material, ¿es fraudulento que la parte con conocimiento no revele la existencia del error y puede la otra parte liberarse del contrato arguyendo que se le debía revelar información?²⁴ Esta pregunta no siempre es respondida de la misma forma. En algunos casos, las cortes típicamente consideran que existe un deber de información y en otros no²⁵. Es este último grupo de casos –aquellos en donde no se requiere revelar información– el que parece entrar en conflicto con la regla según la cual el error unilateral libera de la obligación si la otra parte conoce o tiene razones para conocer de su existencia.

En los casos en los que no se requiera revelar información, una parte incurre en error y la otra lo conoce o tiene razones para conocerlo. ¿Pueden estos casos ser reconciliados con aquellos que sostienen el principio de que el error unilateral conocido o que puede ser conocido liberarán a la parte que ha incurrido en él? Específicamente, ¿puede esta aparente divergencia entre estos dos tipos de casos ser explicada en términos económicos?

El resto de este trabajo está dedicado a responder estas dos preguntas. En resumen, la respuesta que propongo es la que sigue. Cuando se permite no revelar información (o dicho de otro modo, cuando los derechos contractuales de la parte con conocimiento son hechos valer pese a su omisión de revelar un error conocido), el conocimiento involucrado es típicamente el producto de una búsqueda costosa. Una regla que permita no revelar la información es la única manera efectiva de incentivar la inversión en la producción de tal conocimiento. Por contraste, en los casos en que se requiere revelar información²⁶, y aquellos en los que

se libera al oferente que ha incurrido unilateralmente en error porque la otra parte lo conocía o tenía razones para conocerlo, la información especial con la que cuenta la parte que conoce el error usualmente no es el resultado de una búsqueda deliberada. A pesar de que la información de esta naturaleza también es socialmente útil, el deber de revelar esta información no causará una reducción significativa de la cantidad de información de esta naturaleza que es actualmente producida. Si uno toma en cuenta los costos de las inversiones incurridas para la producción deliberada de información, los dos tipos de casos aparentemente divergentes antes descritos pueden ser entendidos (a *grosso modo*) como parte del principio de eficiencia, que exige que el riesgo de un error unilateral sea puesto en quien lo pueda prevenir de manera más efectiva.

II. LA PRODUCCIÓN DE INFORMACIÓN Y EL DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN

A. Consideraciones generales

Es apropiado comenzar la discusión acerca del fraude y la omisión de revelar información en el Derecho de contratos con el célebre caso de *Laidlaw v. Organ*²⁷. Organ era un comerciante a comisión en Nueva Orleans involucrado en la compra y venta de tabaco. Temprano en la mañana del 19 de febrero de 1815, Organ fue informado por el señor Shephard que un tratado de paz había sido suscrito por los oficiales americanos y británicos en Ghent, poniendo fin formalmente a la Guerra de 1812. El señor Shephard (quien estaba, él mismo, interesado en las ganancias de la transacción materia de *Laidlaw v. Organ*) había obtenido información reservada acerca del tratado de su hermano quien, junto con otros dos caballeros, trajo la noticia de la flota británica (qué hacían el hermano de Shephard y sus compañeros con la flota británica no es información conocida).

El tratado fue hecho de conocimiento público a través de un panfleto distribuido alrededor de las ocho de la mañana del día diecinueve. Sin embargo, antes que la

²⁴ A pesar de que los casos que exigen no revelar información son a menudo discutidos en conexión con el problema de los errores unilaterales, la relación entre la doctrina que no obliga a revelar información y la doctrina del error ha intrigado a los comentaristas. Así, en un artículo clásico un comentarista escribe: "Un caso de cierta dificultad se presenta cuando el error unilateral es conocido por la otra parte y ella ayuda en la formación del contrato sin haber corregido el error. La cuestión sobre qué tanto está obligada a revelar la información sobre su conocimiento superior está determinada por principios de la ley y no por aquellos bajo discusión [esto es, los principios del error], y cuando existe la obligación de revelar información y no la respetamos, estamos generalmente ante un caso de fraude". FOULKE, Roland R. "Mistake in the Formation and Performance of a Contract". En: *Columbia Law Review* 11. 1911. p. 229. Ver también a RABIN. Nota 2 *supra*. p. 1279; PALMER. Nota 2 *supra*. pp. 80-89.

²⁵ WILLISTON. Nota 2 *supra*. §§ 1497-1499. Ver las notas 49-76 *infra*.

²⁶ A pesar de que a través de este trabajo he usado la expresión "obligación de revelar información", la obligación envuelta es, típicamente, no una verdadera obligación legal. Si la parte dueña del conocimiento no revela información sobre el error incurrido por la contraparte, su actitud negativa dará lugar a que la parte en error tenga piso en que apoyarse para anular cualquier contrato que haya sido concluido entre las partes. En la ausencia de un contrato de esa naturaleza, la parte con el conocimiento no está obligada a revelar información –esto es, el hecho de no revelar información no facultará a la parte en error para demandar por los daños causados. Por supuesto, en algunos casos, cuando se presenta una relación de confianza, una obligación positiva de esta naturaleza existirá. Cuando esto ocurre, la reticencia a revelar información no es solamente una defensa a la demanda de la parte conocedora para imponer a la otra las obligaciones contractuales; también provee a la parte en error de una causa independiente de acción por daños.

²⁷ *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 *Wheat.*) 178.

existencia del tratado fuese publicitada (“poco después de la salida del sol”, de acuerdo al reporte del caso), Organ, conociendo acerca del tratado, buscó a un representante de la firma Laidlaw y celebró un contrato para la compra de 111 barriles de tabaco. Antes de aceptar vender el tabaco, el representante de Laidlaw “preguntó si existía alguna noticia a ser tomada en cuenta para calcular el precio del artículo que iba a ser adquirido”. No es claro cuál fue la respuesta de Organ, si la hubo, ante esta interrogante²⁸.

Como resultado de la publicación de la noticia acerca del tratado –que ponía fin al bloqueo naval de Nueva Orleans– el precio de mercado del tabaco rápidamente se incrementó entre 30 a 50 por ciento. Laidlaw se rehusó a entregar el tabaco en los términos originalmente ofrecidos. Organ, subsecuentemente, demandó para que se le resarzan los daños e impedir que Laidlaw disponga de los bienes materia de controversia. No obstante que el reporte del caso es poco claro, aparece que el juez del caso falló a favor de Organ. El caso fue apelado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos quien, en una decisión del Presidente de la Corte, Marshall, “devolvió” el caso con instrucciones para que se efectúe un nuevo juicio. La Corte concluyó que la pregunta “acerca de si el comprador ejerció alguna imposición en el vendedor debió ser sometida al jurado” y como resultado “el íntegro de la instrucción dada por el juez fue errada”. La opinión de Marshall es más famosa, sin embargo, por su fundamento que por su fallo:

“La pregunta en este caso es si la información acerca de circunstancias extrínsecas que podían influir en el precio del bien y que era exclusivamente de conocimiento del comprador, debió ser comunicada

por éste al vendedor. La Corte es de la opinión de que él no estaba obligado a comunicarla. Resultaría difícil delimitar adecuadamente una doctrina contraria, cuando los medios de información son igualmente accesibles para ambas partes. Sin embargo, al mismo tiempo, cada una de las partes debe cuidar no decir o hacer algo que le permita obtener una ventaja indebida sobre la otra”.

A pesar que la fundamentación de Marshall en *Laidlaw v. Organ* ha sido fuertemente criticada²⁹, aún es generalmente considerada una precisa declaración de la ley (cuando es bien interpretada)³⁰. La regla general que Marshall avoca usualmente ha sido justificada sobre la base de tres consideraciones relacionadas entre sí: se dice que es conforme a las legítimas expectativas de los comerciantes y, por tanto, refleja la (dura) moralidad del mercado³¹; que en un contrato para la venta de bienes cada una de las partes asume el riesgo de que su propia valorización de los bienes involucrados puede ser errada³²; o, finalmente, que recompensa con justicia la inteligencia y la habilidad de la parte con el conocimiento especial (en este caso, el comprador)³³. Esta última idea puede ser explicada de la siguiente manera.

Las noticias del tratado de Ghent afectaban el precio del tabaco en Nueva Orleans. El precio mide el valor relativo de los bienes: información concerniente al tratado revelaba un nuevo estado de cosas en el que el valor del tabaco –comparado a otros bienes y, en particular, a los sustitutos del tabaco– se había alterado³⁴. Es altamente probable que una alteración de esta naturaleza afecte la asignación de los recursos sociales³⁵. Si aumenta el precio del tabaco para los proveedores, por ejemplo, los agricultores tendrán

²⁸ Si Organ hubiese negado que él había escuchado noticias de esta especie, hubiese cometido fraude. Esto pareciera ser, a la luz de la pregunta directa de Laidlaw, que el silencio de parte de Organ fue fraudulento. STORY, William W. “A Treatise on the Law of Contracts”. Segunda Edición. 1847. p. 444. En mi discusión de este caso, y teniendo en cuenta la regla general que sentó Marshall en su famoso fallo, yo he puesto fuera de lugar cualquier postura fraudulenta de parte de Organ. Ver nota 49 *infra*.

²⁹ Ver, por ejemplo, PALMER. Nota 2 *supra*. p. 84.

³⁰ WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1497; “Restatement of Contracts”. 1932. § 472, Comentario B; RABIN. Nota 2 *supra*. p. 1279; KEETON, W. Page. “Fraud-Concealment and Non-Disclosure”. En: Texas Law Review 15. 1936. pp. 21-23 (en adelante citado como KEETON); PATTERSON, Edwin W. “Essentials of Insurance Law”. 1957. p. 447.

³¹ Pronunciamientos clásicos de esta idea pueden ser encontrados en STORY, William W. Nota 27 *supra*. pp. 442-443; y KENT, James. “Commentaries 2”. Décimo segunda edición. 1873. §§ 484-485.

³² “Si en una transacción negociada de poca monta A ha asumido los riesgos con respecto a la existencia o falta de ella de ciertos hechos, y cae en error con respecto a tales hechos, sin haber existido fraude o imposición, A no podrá rescindir el contrato, sin tomar en cuenta el conocimiento de B del error incurrido por A” (*Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817)). RABI. Nota 2 *supra*. p. 1279.

³³ En su excelente artículo de revisión de la ley sobre fraude y el no revelar información, el Profesor Keeton llama la atención sobre el hecho de que las Cortes de Justicia, al decidir cuando imponer la obligación de revelar información especial, han sido influenciadas por los modos en que dicha información ha sido adquirida. En cierto momento, por ejemplo, él precisa que: “la forma en que el comprador adquiere la información que le oculta al vendedor debería ser una circunstancia material. La información podría haber sido adquirida como resultado de la suma de conocimiento superior, inteligencia, habilidad o juicio técnico; podría haber sido adquirida por mera casualidad; o podría haber sido adquirida por medio de acciones de dudosa calidad de su parte”. KEETON. Nota 29 *supra*. p. 25. El propósito mayor del presente artículo es desarrollar la distinción entre las diferentes clases de información de una forma más rigurosa, para justificar la distinción sobre bases económicas, y demostrar su poder de explicación como principio para ordenar los casos en que se revele información.

³⁴ Ver HIRSHLEIFER, Jack. “The Private and Social Value of Information and Reward to Inventive Activity”. En: American Economic Review 61. 1977. p. 561 (en adelante citado como HIRSHLEIFER).

³⁵ Esto no sería verdadero en un régimen de “intercambio puro”, esto es, en un régimen en el que los bienes sólo son intercambiados y no producidos (manteniendo constante el stock de bienes intercambiables). En “el régimen más realista en el cual la producción y el intercambio, ambos, tienen lugar”, sin embargo, información de esta naturaleza involucrada en el caso *Laidlaw v. Organ* tendrá consecuencias distributivas. HIRSHLEIFER. Nota 33 *supra*. pp. 566-567.

incentivos para plantar una mayor cantidad de tabaco y los comerciantes de tabaco pueden estar dispuestos a pagar más para transportar sus bienes hacia y desde el mercado. De esta manera, la proporción de los recursos (limitados) de la sociedad destinados a la producción y transporte de tabaco se incrementará. La información que revela un cambio en las circunstancias que altera el valor relativo de un bien en particular siempre tendrá algún (quizás inconmensurable) impacto en su asignación (adicionalmente, por supuesto, información de esta naturaleza tendrá consecuencias distributivas: los dueños de tabaco o de derechos sobre él resultarán relativamente más ricos luego del incremento del precio del tabaco, asumiendo que los otros precios no han incrementado o no lo han hecho con tanta rapidez).

Desde un punto de vista social, es deseable que la información que revela un cambio en las circunstancias que afectan el valor relativo de los bienes llegue al mercado lo antes posible (o dicho de otro modo, que el lapso entre el momento del cambio en sí mismo y el de su comprensión y valuación sea minimizado)³⁶. Si un agricultor que hubiese plantado tabaco de haber conocido el cambio, decidiera en su lugar plantar maní, ahora tendrá que decidir entre cosechar prematuramente un cultivo y sustituirlo por otro (lo cual podría ser prohibitivamente caro o, en todo caso, costoso), o dedicar su tierra a un uso no óptimo. En cualquier caso, tanto para el agricultor individualmente considerado como para la sociedad en su conjunto, esta situación es aun peor a la de si él hubiese plantado tabaco desde el principio. Mientras más pronto llegue la información acerca del cambio al agricultor, menor será la probabilidad de que recursos sociales sean desperdiciados.

Consideremos otro (quizá más realista) ejemplo del mismo punto. *A* es el dueño de un barco que normalmente transporta bienes entre Nueva Orleans y varios otros puertos. Sin embargo, debido al bloqueo naval, le es imposible ingresar en la bahía de Nueva Orleans. En algún momento después de la firma del

tratado, pero antes de que su existencia sea publicitada, *A* celebra un contrato para transportar algodón desde Savannah hasta Nueva York. Después de que la noticia del tratado llega a Nueva Orleans, un comerciante de tabaco de esta ciudad le ofrece a *A* un “bono” si acepta transportar un cargamento de tabaco a Baltimore. Si asumimos que la oferta es suficientemente atractiva para inducir a *A* a incumplir su primer contrato y resarcir los daños resultantes³⁷, a pesar de que su embarcación va a estar correctamente asignada a quien más la valora, el costo de asignar la embarcación resultará mayor al que hubiese resultado si la información del tratado hubiese llegado a *A* antes de que éste celebre el primer contrato. *A* consumirá recursos para negociar su salida del primer contrato; desde un punto de vista social, este consumo representa una pérdida pura.

La eficiencia en la asignación de recursos es promovida haciendo llegar información acerca del cambio en las circunstancias al mercado lo más rápido posible. Por supuesto, la información simplemente no “llega” al mercado. Como todo lo demás, la información es suministrada por individuos (ya sea directamente al ser publicitada, o indirectamente, cuando es inferida de las señales del comportamiento individual de un agente del mercado).

Algunas veces, los individuos que suministran la información la han obtenido mediante una búsqueda deliberada; en otros casos, la información ha sido adquirida casualmente³⁸. Un analista de valores, por ejemplo, adquiere información acerca de una compañía en particular de modo deliberado –estudiando cuidadosamente evidencia acerca de su desempeño económico. Por el contrario, un hombre de negocios que “sobre escucha” una conversación a bordo de un autobús, adquiere la información casualmente³⁹.

Como lo hemos usado en este trabajo, el término “información adquirida deliberadamente” significa información cuya adquisición implica costos en los que no se hubiera incurrido si no fuera por la probabilidad de que la información en cuestión realmente será

³⁶ “Obtener una ventaja desde un mejor conocimiento o facilidad de comunicación o de transporte es considerado algunas veces como casi deshonesto, a pesar de ser casi tan importante que la sociedad haga uso de las mejores oportunidades al respecto como de usar los últimos descubrimientos científicos. Este prejuicio ha afectado de una manera considerable la actitud hacia el comercio en general comparado con la inclinación a la producción. Incluso economistas que se consideran asimismo por encima de las crudas falacias materialistas del pasado cometen el mismo error cuando las actividades dirigidas a la adquisición de este conocimiento práctico deben tomarse en cuenta –aparentemente porque en su esquema de las cosas todo este conocimiento es considerado o supuesto como “dado”. La idea común ahora parece ser que dicho conocimiento debería estar fácilmente al alcance de cualquiera, y los reproches sobre irracionalidad que se etiquetan contra el actual orden económico son frecuentemente basados en el hecho que éste no es fácilmente obtenible. Este punto de vista no observa el hecho que el método por el cual tal conocimiento puede ser lo más difundido posible es precisamente el problema para el cual tenemos que encontrar una respuesta”. HAYEK, F.A. “The Use of Knowledge in Society”. En: *American Economic Review* 35. 1945. p. 522.

³⁷ Lo que sería si la nueva oferta es por un monto más grande que en el contrato original o antiguo sumado a cualquier daño que *A* tendría que pagar a *B* por rompimiento de su promesa original de cargar el algodón de *B* a Nueva York. Ver BARTON, John H. “The Economic Basis of Damages of Breach of Contract”. En: *Journal of Legal Studies* 1. 1972. p. 277. POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 88-93.

³⁸ Compare la distinción entre rescatadores “profesionales” y “altruistas” trazada por LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism”. En: *Journal of Legal Studies*. 1978. p. 83. Los costos de buscar información son analizados en STIGLER, George J. “The Economics of Information in the Organization of Industry”. 1968.

³⁹ A menos que, por supuesto, él conduzca ómnibus para este mismo propósito. En este caso improbable, él adquirirá su información deliberadamente.

producida. Estos costos incluyen, por supuesto, no sólo los costos directos de la búsqueda (el costo de examinar los reportes anuales de una empresa), sino también los costos de desarrollar la habilidad inicial (por ejemplo, el costo de asistir a una escuela de negocios). Si el costo incurrido para obtener la información (el costo del boleto del autobús en el segundo ejemplo) hubiera sido incurrido en cualquier caso—esto es, sea o no que la información iba a ser obtenida— podríamos decir que la información ha sido adquirida casualmente. La distinción entre información adquirida casualmente e información adquirida deliberadamente es una forma concisa de expresar esta diferencia económica. A pesar que en la realidad pueda ser difícil determinar si una pieza particular de información ha sido adquirida de una forma u otra, la distinción entre estos dos modos de adquirir información tiene—como espero demostrar—una considerable utilidad para el análisis.

Si la información ha sido adquirida deliberadamente (en el sentido definido anteriormente), y se niega a su poseedor los beneficios de poseerla y usarla, éste tendrá un incentivo para reducir (o eliminar por completo) su producción de información en el futuro. Esto es en los hechos una mera consecuencia de definir “información adquirida deliberadamente” de la manera en que lo hemos hecho, desde que aquel que adquiere información de esta manera por definición incurre en costos que hubiera evitado si no fuera por el prospecto de los beneficios que ahora se le deniegan. Al denegársele los mismos beneficios, una persona que ha adquirido la información casualmente no se verá desalentada de hacer —lo que por motivos independientes— hubiera hecho en cualquier caso.

Podría decirse que cuando los beneficios de poseer cualquier clase de información disminuyen o incrementan, uno podría esperar *algún* ajuste en el nivel de inversión en la producción de tal información. Si a la persona no se le permite beneficiarse con la información que adquiere, incluso el pasajero del autobús quizás en el futuro preste menos atención a las conversaciones a su alrededor (no obstante sería extraño que él, además, dejase de viajar en autobús). Sin embargo, mientras que es cierto que en la realidad cualquier ajuste (hacia arriba o hacia abajo) en los beneficios de poseer un particular tipo de información

podrá tener, de alguna manera, un efecto motivador, tal efecto podría variar en magnitud —podría ser mayor o menor. En sentido estricto, la información adquirida casualmente (como se ha usado el término arriba) representa el punto ideal de un *continuum*—el caso en que el cambio de magnitud que resulta de la eliminación de los beneficios de poseer cierta clase de información es cero. En cualquier caso real habrá efectos de incentivos que caerán situados en algún punto a lo largo del *continuum*. No obstante, cuando la disminución en la producción de cierto tipo de información, como causa de negarle a su poseedor el derecho de apropiarse de información para su propio beneficio, es pequeña, es probable que aquella se compense con el correspondiente beneficio social resultante de evitar errores. En lo sucesivo, usaré “información adquirida casualmente” en un sentido algo más amplio que el empleado anteriormente para referirme a la información de este tipo.

Una forma efectiva de asegurar que un individuo se pueda beneficiar mediante la posesión de información (o de cualquier otra cosa) es asignándole un derecho de propiedad sobre la información misma —un derecho que lo faculte a invocar la maquinaria coercitiva del Estado a fin de excluir a otros del uso y disfrute de tal información⁴⁰. Los beneficios de la posesión se vuelven seguros sólo cuando el Estado transforma al poseedor de información en propietario, invistiéndolo de algún tipo de derecho de propiedad legalmente exigible. La asignación de derechos de propiedad sobre la información es un tema familiar en nuestro sistema legal. La protección legal dada a las patentes de invención y a ciertos secretos comerciales son dos ejemplos obvios⁴¹.

Una manera (raramente percibida) en la que el sistema legal puede establecer derechos de propiedad sobre la información es permitiendo a la parte que la posee celebrar —y exigir el cumplimiento de— contratos cuya información le sugiere pueden ser rentables, sin tener el deber de revelar dicha información a la otra parte⁴². Imponer un deber de revelar información sobre la parte con conocimientos lo priva de la ventaja que le da el conocer dicha información. Un deber de revelar información es equivalente a exigirle al beneficiario de la información que la publique y esto es antitético con

⁴⁰ Ver DEMSETZ, Harold. “Toward a Theory of Property Rights”. En: American Economic Review 57. 1967. p. 347 (Trabajos & Procedimientos).

⁴¹ Ver PLANT, Arnold. “The Economic Theory Concerning Patents and Inventions, in Selected Economic Essay and Addresses”. 1974. p. 35.

⁴² Esta noción es sugerida, pero no desarrollada por Hirschleifer. Al discutir el futuro de Eli Whitney, quien “inviertió recursos considerables con la intención de proteger sus patentes y procesar las infracciones” (sin provecho alguno), Hirschleifer dijo lo siguiente:

“Pero lo que pareciera haber sido dejado de lado es que habían otras rutas para que Whitney obtuviera utilidades. La desmotadora del algodón tuvo obvias implicancias especulativas para el precio del algodón, el valor de los esclavos y el de los cultivos algodonereros, los prospectos económicos de las firmas envueltas en el almacenaje del algodón y su puesta a bordo de los barcos, los valores de los sitios precisos en el conglomerado de transportes que surgió. También hubo implicaciones predecibles para industrias competidoras y otras complementarias (textiles, maquinarias). Al parecer, algunos avisados individuos obtuvieron ganancias especulativas de estos desarrollos pero aparentemente Whitney no lo consiguió. Aun así, él fue el primero en tener conocimiento, poseedor de una oportunidad sin igual para obtener ganancias especulativas. Alternativamente, por supuesto, Whitney habría podido mantener su proceso como secreto excepto para aquellos que le compraran la información”. HIRSCHLEIFER. Nota 33 *supra*. p. 571.

la noción de derecho de propiedad que –con todo lo demás que puede implicar– siempre requiere de protección legal frente a la amenaza de apropiación privada⁴³.

Por supuesto, diferentes clases de derechos de propiedad pueden ser más aptos para proteger la posesión de diferentes tipos de información⁴⁴. Es poco probable, por ejemplo, que el tipo información involucrada en el caso *Laidlaw v. Organ* pueda ser efectivamente protegida mediante un sistema de patentes⁴⁵. La única manera factible de asignar derechos de propiedad respecto a información de mercado de corta duración es permitiendo a quienes tengan tal información contratar libremente, sin revelar lo que conocen.

Del reporte del caso, no se desprende si el comprador en *Laidlaw* adquirió la información casualmente o realizó una investigación deliberada para obtenerla (por ejemplo, cultivando una red de valiosas amistades comerciales). Si asumimos que el comprador adquirió casualmente la información acerca del tratado, requerirlo para que revele la información al vendedor (esto es, negándole un derecho de propiedad sobre la información) no tendría un efecto significativo sobre su comportamiento futuro. Dado que alguien que adquiere información casualmente no realiza ninguna inversión para adquirirla, sujetarlo a un deber de revelar información probablemente no reducirá el monto de información socialmente relevante que éste realmente genere. Por supuesto, si el comprador en *Laidlaw* adquiere la información acerca del tratado como resultado de una búsqueda deliberada y costosa, requerirlo para que revele tal información lo podría privar de cualquier beneficio que de otro modo podría obtener gracias a la posesión de la información y podría desalentarlo a realizar similares inversiones en el futuro.

Adicionalmente, toda vez que el vendedor podría apropiarse de la información del comprador sin costo y se eliminaría el riesgo de que el primero sea inducido por la parte con mejor información a celebrar un contrato en malas condiciones, un requerimiento de revelación de información podría, además, reducir el incentivo del vendedor a obtener información. Denegar al comprador un derecho de propiedad cuando la información ha sido adquirida de modo deliberado

podría, por lo tanto, desalentar tanto al comprador como al vendedor a invertir en el desarrollo de conocimientos y en la búsqueda real de información. La asignación de tal derecho no sólo protege la inversión de la parte que posee especial conocimiento, sino también impone un costo de oportunidad a la otra parte y por ende la incentiva a realizar una (justificada) búsqueda propia.

Si asumimos que las cortes pueden fácilmente discriminar entre aquellos que han adquirido la información casualmente y aquellos que la han adquirido de modo deliberado, existen consideraciones económicas plausibles que justifiquen imponer un deber de revelar información haciendo una evaluación caso por caso (imponiéndolo cuando la información haya sido adquirida casualmente, negando su imposición cuando la información es el fruto de una búsqueda deliberada). La parte que ha adquirido la información casualmente probablemente está, al momento de la transacción, en mejor posición para prevenir el error que su contraparte que ha incurrido en el error (es quien puede evitar el error a menor costo) –sin tomar en cuenta que al inicio ambas partes tuvieron el mismo acceso a la información en cuestión. Alguien que ha adquirido la información de modo deliberado igualmente se encuentra en posición de prevenir el error de la otra parte. Pero en la determinación del costo en que debe incurrir la parte con información para prevenir el error (revelando la información que conoce), debemos incluir cualquier inversión que aquella haya realizado para adquirir la información en un primer momento. Esta inversión representará una pérdida para él si la otra parte puede resolver el contrato basándose en que la parte con información tenía el deber de revelarla.

Si tomamos en cuenta este costo, ya no es tan claro que la parte con información es la que puede prevenir el error a menor costo cuando su conocimiento ha sido adquirido de manera deliberada. De hecho, la conclusión opuesta parece ser más acertada. En este caso, por lo tanto, una regla que permita no revelar la información (que tiene el efecto de asignar el riesgo de un error a la parte que lo comete) corresponde al arreglo al que las partes probablemente hubieran llegado si hubieran negociado explícitamente la asignación del riesgo al momento de celebrar el

⁴³ Si una parte de un contrato está bajo obligación de revelar información, ésta debe revelarla, sea o no que la otra parte en el contrato le pregunte sobre lo que conoce. El hecho de que la parte dueña del conocimiento no se encuentre bajo la obligación de revelar información no significa, ni mucho menos, que él pueda mentir cuando se le pregunte por cuestiones relacionadas al negocio. Eso sería fraude. Sin embargo, la parte dueña del conocimiento que no está bajo la obligación de revelar información podría negarse a responder a las inquisiciones de la otra parte, y ponerla en el riesgo de decidir si va adelante con el contrato o no (la parte dueña del conocimiento podría, por supuesto, simplemente venderle la información a la otra parte si ese fuera su deseo).

⁴⁴ Sobre los costos generales de establecer derecho de propiedad sobre la información, ver DEMSETZ, Harold. "Information and Efficiency: Another Viewpoint". En: *Journal of Law & Economics* 12. 1969. pp. 10-11.

⁴⁵ Ver PLANT, Arnold. Nota 40 *supra*, para una discusión de los costos del sistema de patentes, comparados con otras formas legales para la asignación de derechos de propiedad sobre la información.

contrato. Las partes en un contrato siempre se encuentran en libertad de asignar el riesgo incluyendo una exoneración apropiada en los términos de sus acuerdos. Cuando las partes no lo hacen, sin embargo, el objeto del Derecho de contratos debería ser (como siempre lo es) reducir los costos de transacción proporcionando una regla legal que se aproxime al arreglo al que las partes hubieran llegado si hubiesen tratado deliberadamente el problema⁴⁶. Esta consideración, conjuntamente con la reducción en la producción de información socialmente relevante que probablemente resultará en caso de imponer un deber de revelar información, sugiere que la eficiencia distributiva es mejor servida permitiendo a quien posee información deliberadamente adquirida celebrar y exigir el cumplimiento de contratos beneficiosos sin revelar la información que conoce⁴⁷.

Es probable, sin embargo, que una regla que permita la aplicación caso por caso del deber de revelar información, conlleve problemas fácticos que serían difíciles (y caros) de resolver. El propio caso *Laidlaw* ilustra este punto fácilmente. De acuerdo a los hechos del caso, tal como los tenemos, es imposible determinar si el comprador de hecho realizó una investigación deliberada para adquirir la información del tratado. El costo de administrar un deber de revelar información caso por caso probablemente sea sustancial⁴⁸.

Como alternativa, uno podría aplicar uniformemente una regla general (para revelar o no la información) a categorías de casos que involucren el mismo tipo de información (por ejemplo, información acerca de las condiciones del mercado o sobre defectos en productos). Para determinar la regla general apropiada para un particular grupo de casos, sería necesario primero decidir si es más probable que la información

involucrada (en su conjunto) sea generada por casualidad o por una búsqueda deliberada. Mientras mayor sea la probabilidad de que la información sea adquirida de modo deliberado y no de modo casual, más plausible será asumir que una regla general que permita no revelar la información tendrá mayores beneficios que costos.

En *Laidlaw*, por ejemplo, la información involucrada tenía que ver con condiciones de mercado cambiantes. El resultado del caso se puede justificar (desde la perspectiva más general que acabamos de describir) sobre la base que la información acerca de las condiciones de mercado es típicamente (aunque no en todos los casos) el producto de una búsqueda deliberada. El gran número de individuos que están dedicados a la producción de tal información presta soporte empírico a esta proposición⁴⁹.

B. El tratamiento jurisprudencial

La distinción entre información adquirida de modo deliberado y la adquirida casualmente nos ayuda a entender el patrón exhibido en los casos en los cuales el deber de revelar información es impuesto a una parte o a la otra. Generalmente, los casos en los que se requiere revelar información involucran información que probablemente ha sido adquirida de modo casual (en el sentido definido anteriormente). Los casos en los que se permite no revelar la información, por otro lado, involucran información que, por lo general, ha sido probablemente producida de modo deliberado. Tomados en conjunto, los casos en los que se requiere revelar información por lo menos aparentan promover una eficiente asignación de recursos limitando la asignación de derechos de propiedad a aquellos tipos de información que probablemente sean el fruto de

⁴⁶ POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 65-69; POSNER, Richard A. y Andrew M. ROSENFELD. Nota 2 *supra*. pp. 88-89.

⁴⁷ En recientes años ha habido un desacuerdo considerable entre los economistas con respecto al nivel óptimo de la inversión privada en la producción de la información. Este problema ha sido discutido en ARROW, Kenneth J. "Higher Education as a Filter". En: *Journal of Public Economics* 2. 1973. p. 193; DEMSETZ, Harold. "Information and Efficiency: Another Viewpoint". En: *Journal of Law & Economics* 12. 1969. pp. 1; MARSHALL, John M. "Private Incentives and Public Information". En: *American Economic Review* 64. 1974. p. 373; FAMA, Eugene F. y Arthur B. LAFFER. "Information and Capital Markets". En: *Journal of Business* 44. 1971. p. 289; HIRSHLEIFER. Nota 33 *supra*; y BARZEL, Yoram. "Some Fallacies in the Interpretation of Information Costs". En: *Journal of Law & Economics* 20. 1977. p. 291.

Los economistas que han discutido el problema están de acuerdo que bajo un sistema legal que no reconoce derechos de propiedad sobre la información, muy poca información será producida. Varios economistas, de otro lado, han expresado la preocupación de que un sistema de derechos de propiedad sobre la información podría, bajo algunas circunstancias, inducir a una sobre inversión en la producción de la información. Ver, por ejemplo, HIRSHLEIFER. Nota 33 *supra*. p. 573. Asumiendo que nuestras normas legales no pueden ser afinadas adecuadamente, sobre el hecho de permitir la no revelación de cierta información (esto es, garantizar un derecho) nosotros podríamos vernos forzados a escoger entre invertir e invertir inadecuadamente, siendo ambas alternativas poco óptimas. Sin embargo, en tanto es cierto que la eliminación de los derechos de propiedad resultarán en una baja producción, y es sólo un peligro el que el reconocimiento de dichos derechos llevarían a una sobreproducción, sería un fuerte (pero no conclusivo o final) caso económico para reconocer derechos de propiedad de la información, por lo menos ahí donde la información ha sido adquirida deliberadamente. Desde un punto de vista económico ésta podría no ser una solución óptima, pero es más atractiva que las otras (prácticas) alternativas.

⁴⁸ Para una discusión general de los costos (y beneficios) de las especificidades en la formulación de reglas legales, ver EHERLICH, Isaac y Richard A. POSNER. "An Economic Analysis of Legal Rulemaking". En: *Journal of Legal Studies* 3. 1974. p. 257. Una de las desventajas del acercamiento a un caso por caso es que esto incentivaría a los buscadores de información a invertir más que lo que de otra manera simplemente invertirían para "fijar" sus demandas sobre la propiedad. Para una discusión sobre este problema, en el contexto de los derechos sobre aguas, ver HIRSHLEIFER, Jack; DEHAVEN, James C. y Jerome W. MILLIMAN. "Water Supply: Economics, Technology, and Policy". 1960. pp. 59-66.

⁴⁹ En el 42 reporte anual para el año fiscal que terminó el 30 de junio de 1976, la Comisión de Mercado de Valores e Intercambio declaró que al final del año fiscal de 1976 el total de registro de los *broker-dealer* llegaba a 5,308 y el total del registro de los consejeros de inversión llegaba a 3,857; *Security Exchange Commission Annual Report* 42. 1976. p. 182. El número de personas actualmente trabajando en la recolección deliberada y la diseminación de la información de mercado es, por supuesto, más larga que lo que las cifras podrían indicar desde que un simple *broker-dealer* o consejero de inversiones podría ser muy bien una firma grande con muchos empleados.

una inversión deliberada (sea mediante el desarrollo de una habilidad o mediante la búsqueda real de información)⁵⁰.

La racionalidad económica detrás de permitir no revelar información se encuentra bien ilustrada en varios casos que involucran la compra de propiedades inmobiliarias donde el comprador tenía razones para creer en la existencia de petróleo o de un depósito mineral desconocido por el vendedor⁵¹. Por ejemplo, en *Neill v. Shamburg*⁵², las partes eran concesionarios⁵³ de un terreno de 200 acres. El comprador (Shamburg) compró la participación de su co-concesionario por \$550 (con la reserva de tener que pagar \$100 más en caso sean encontrados seis o más barriles por día en la producción del pozo). Al momento de la venta, Shamburg se encontraba operando diversos pozos petroleros en terrenos aledaños. Uno de los pozos era bastante valioso. Shamburg "dio una directiva a sus empleados para que no revelen esta información" y no le dijo nada a su co-concesionario acerca de este pozo cuando compró su participación en el terreno de 200 acres. La Corte sostuvo que Shamburg no le debía a Neill ningún deber de revelar información y rechazó resolver la venta de su mitad de la participación en la explotación del petróleo. La Corte respaldó esta resolución con el siguiente argumento:

"El demandante [el vendedor] no tenía participación en el terreno de 50 acres, pero podemos conceder que, cuando estaba a punto de vender parte del otro terreno a su co-concesionario, estaba en su derecho de conocer aquellos hechos relativos a su producción que podían

incidir en el valor del terreno. [A la luz de lo que sigue, el significado de esta oración no es del todo claro]. Sin embargo, salvo que existan circunstancias excepcionales que impongan a una persona el deber de hablar, es derecho de todos los hombres el conservar sus negocios para sí mismos. Posiblemente, Shamburg se encontraba indebidamente sospechoso en este punto, pero la naturaleza y posición de sus negocios sugieren tener cautela. Fogle testificó que Shamburg era la única persona operando en el sector vecino, y *James dijo que Shamburg le dijo que había gastado cerca de \$150,000 en desarrollar ese territorio, "y ahora todos estos compañeros están ansiosos por inmischuirse en mi negocio". Nosotros encontramos que los actos de Shamburg, bajo las circunstancias, no constituyen nada más que una intención positiva y un esfuerzo para obtener los beneficios de su esfuerzo, conservando la información acerca de sus resultados para sí mismo, y estamos de acuerdo en que esta actitud "está lejos de constituir un fraude"*⁵⁴.

Un caso más reciente –y ciertamente más dramático– de esta naturaleza sucedió en conexión con el descubrimiento por parte de Texas Gulf Sulphur de la fabulosamente rica mina Kid Creek cerca a Timmins, Ontario⁵⁵. Después de conducir extensos estudios aéreos que revelaron una anomalía geológica que indicaba la presencia de un masivo depósito de sulfuro, Texas Gulf Sulphur compró opciones para el derecho a explotar los minerales y el subsuelo de varios terrenos adyacentes a donde la anomalía fue localizada. Una de las opciones cubría una parcela de terreno que pertenecía al patrimonio de Murray Hendrie. La opción

⁵⁰ Yo precisé, antes de ingresar a los casos de revelar información, que muchos de estos casos nos hacen ver dos problemas que no han sido tratados en este trabajo. El primer problema envuelve la existencia o inexistencia de una relación confidencial o de confianza entre las partes en el contrato. Donde tal relación existe, las Cortes de Justicia son más proclives a requerir la revelación de información que lo que serían en otro contexto. "Cuando existe una relación de confianza entre las partes como la que se presenta entre el abogado y su cliente, el guardián y el protegido, el fideicomitente y el fiduciario, ejecutor y legatario, principal y agente, parte y contra-parte, *joint venturer* y *compañeros joint venturer*, existe una obligación positiva de revelar información sobre los hechos materiales; una reticencia de hacerlo es fraudulento desde sus bases. Como lo mencionábamos líneas arriba una obligación similar existe cuando un agente negociando en valores o corretaje inmobiliario representa a un principal.

Asimismo, la naturaleza de la transacción o la relación de las partes debe ser igual a la transacción particular en cuestión, los deberes de un fiduciario son impuestos sobre una de las partes, y dicha relación envuelve una obligación de revelar información". WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1499. Ver, también, KERR, William W. "Law of Fraud and Mistake". Séptima Edición. 1952. pp. 185-186; BOWER, George Spencer. "Actionable Non-Disclosure". 1915. pp. 273-274.

El segundo problema concierne a la línea entre la no revelar información, de un lado, y el fraude o falta de representación positiva, del otro. Aun si una parte de un contrato no tiene la obligación de revelar información, fraude o representación indebida de la otra parte invariablemente le dará las bases legales para tratar de anular el contrato. WILLISTON. Nota 2 *supra*. §§ 1487, 1488; KEETON. Nota 29 *supra*. pp. 1-6 (describe especialmente la distinción que se hace entre la no obligación de revelar información y el "ocultamiento activo").

Cada una de estas reglas generales o principios tiene sentido desde un punto de vista económico: una relación de confianza podría ser vista como una forma deliberada de compartir el riesgo (el beneficiario en efecto compra la información de la otra parte), y el fraude no es deseado económicamente porque incrementa positivamente la cantidad de desinformación en el mercado y es de esa manera proclive a reducir la eficiencia del mercado como un mecanismo de distribución de recursos. Ver DARBY, Michael R y Edi KARNI. "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud". En: *Journal of Law & Economics* 16. 1973. p. 67.

Yo he escogido no discutir estos dos problemas porque están centrados en cuestiones de hecho difíciles (¿cuándo existe una relación de confianza? ¿Dónde se debe trazar la línea entre la no obligación de revelar información y el fraude?), acerca de lo cual es difícil hacer generalizaciones de una manera tal que sea interesante en lo teórico. Los casos seleccionados para discusión han sido escogidos, en parte, porque no levantan preguntas o reflexiones de esta suerte.

⁵¹ *Fox v. Mackreth*, 2 Bro. Ch. 400, 420, 30 Eng. Rep. 148 (1788) (dictum); *Smith v. Beatty*, 2 Ired. Eq. 456 (N.C. 1843); *Harris v. Tyson*, 24 Pa. 347 (1855); *Stackpole v. Hancock*, 40 Fla. 362m 24 So. 914 (1898); *Holly Hill Lumber Co. v. McCoy*, 201 S.C. 427, 23 S.E. 2d 372 (1942); *STORY*, William W. Nota 27 *supra*. p. 442; WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1498.

⁵² *Neill v. Shamburg*, 158 Pa. 263, 27 Atl. 992 (1893).

⁵³ La Corte falló, *inter alia*, que su acuerdo comercial no creaba una relación fiduciaria entre las partes.

⁵⁴ *Neill v. Shamburg*, 27 Atl. 993 (1893). Cursivas añadidas.

⁵⁵ Para un recuento del descubrimiento, y los eventos subsiguientes ver SHULMAN, Morton. "The Billion Dollar Windfall". 1969.

de Hendrie (que fue obtenida por \$500) dotaba a Texas Gulf Sulphur de la posibilidad de adquirir derechos mineros sobre la propiedad pagando \$18,000 en cualquier momento durante los dos años siguientes a la celebración de la opción⁵⁶. La opción también incluía que, en caso fuera descubierto un depósito comercial de hierro, Hendrie recibiría 10 por ciento de cualquier ganancia. Después de que la existencia del depósito fuera de conocimiento público, los representantes de Hendrie protestaron porque Texas Gulf Sulphur los había intencionalmente engañado para que vendiesen, ocultando informar de que ellos tenían “indicadores inusuales que hacían creer que existía una mineralización económica en la propiedad de Hendrie”. La demanda presentada por los representantes fue finalmente transada fuera de la Corte⁵⁷.

Tanto Shamburg como Texas Gulf Sulphur tuvieron razones para creer que la propiedad que estaban comprando era mucho más valiosa que lo que sus propietarios creían. En cada caso, la información obtenida por el comprador, en relación con el valor de la propiedad, era el producto de una búsqueda deliberada en la que el comprador había invertido una suma considerable de dinero (en los cuatro años anteriores al descubrimiento de los depósitos en Kid Creek, Texas Gulf Sulphur gastó casi tres millones de dólares explorando otras fallas sin resultados)⁵⁸. La información, en ambos casos, revelaba ciertas características de la propiedad que incrementaban la eficiencia de su utilización y, por consiguiente, su valor para la sociedad en su conjunto.

La mayoría de las veces, la información relativa a la posible existencia de petróleo en el subsuelo, o de depósitos mineros, resulta ser fruto de inversiones deliberadas, sea en exploración real o en el desarrollo de habilidades geológicas. A fin de propiciar la producción de tal información, nuestro sistema legal

permite al poseedor de esa información tomar ventaja de la ignorancia de otros, negociando con éstos sin tener un deber de revelar información.

Un resultado similar usualmente se alcanza cuando la información concierne un desarrollo urbanístico anticipado de alguna naturaleza que hará la propiedad más valiosa⁵⁹. En el caso *Guaranty Safe Deposit & Trust Co. v. Liebold*⁶⁰, por ejemplo, la compañía fiduciaria compró una opción sobre una propiedad de Liebold. Trust Co. ejerció la opción y compró la propiedad por \$ 15,000. Liebold pretendió resolver la venta alegando “que al tiempo en que la opción se aseguraba, una compañía conocida como la Standard Steel Car Company contemplaba afincarse en la ciudad de Butler [Pa.] para construir una planta manufacturera; que el señor Reiber (un agente de Trust Co.) había tomado conocimiento del asunto, y que el demandado, si bien escuchó que cierta compañía venía a establecerse, su conocimiento era genérico e indefinido, y mientras que la demandada tenía conocimiento certero de tal hecho, que ocultó al demandado”. La Corte en primera instancia sostuvo que ambas partes habían conocido el “rumor” sobre el establecimiento de una planta manufacturera en Butler, y que, en consecuencia, habían ajustado el precio de la opción de acuerdo a sus conveniencias. La Corte Suprema de Pennsylvania, al confirmar el fallo a favor de la empresa fiduciaria, dijo lo siguiente:

“Supongamos que Reiber conoció con certeza que la planta se instalaría en Butler, y que Liebold lo ignoraba, ¿tenía el primero el deber de revelar dicha información al segundo, y puede sostenerse que, sin la mencionada revelación, el contrato con Liebold no podría considerarse válido por un principio de equidad? En esta era comercial, las opciones son diariamente buscadas, por aquellos que están en posesión de información, de las que esperan obtener ganancias,

⁵⁶ Ibid. p. 82.

⁵⁷ Como parte del acuerdo, Texas Gulf Sulphur accedió a comprar el 10% de las acciones de Hendrie en los beneficios de la mina. El valor de las acciones de Hendrie ha sido estimado en cerca de \$ 100,000,000. Este hecho, por supuesto, debilitó considerablemente su demanda por representación errada de la realidad; en suma la provisión del 10% deberá ser considerada, probablemente, como un recurso para distribuir deliberadamente el riesgo en cuestión.

Es interesante notar que, en un litigio surgido de una transacción relacionada, la Suprema Corte de Justicia de Ontario precisó que Texas Gulf Sulphur solamente estaba haciendo “Lo que cualquier compañía minera prudente podría haber hecho para adquirir una propiedad en la que conocía que una anomalía podría presentarse” cuando compró la propiedad “sin hacer sospechar a los eventuales vendedores que un descubrimiento había sido hecho”. *Leitch Gold Mines, Ltd. v. Texas Gulf Sulphur*, 1 Ontario Reports. 1969. pp. 492-493.

⁵⁸ SHULMAN, Morton. Nota 54 *supra*. p. 7. Es muy improbable que Texas Gulf Sulphur se hubiera beneficiado de alguna otra manera que comprando la propiedad en la que la anomalía se situaba. Si hubiese intentado vender esta información a los dueños de la tierra, Texas Gulf Sulphur hubiese encontrado 2 dificultades. En primer lugar, habría tenido que convencer a los dueños de la tierra sobre el valor de la información sin efectivamente revelarla. En segundo lugar, habría tenido que persuadir a todos los dueños involucrados a comprar la información conjuntamente —desde que, desde cualquier punto de vista, ningún propietario particular sería capaz de compensar a la corporación por los costos en que incurrió en obtenerla. Una transacción de muchas partes como esta involucraría evidentes problemas de *free-riders*, y sería especialmente difícil por el hecho que revelar la información a una parte haría casi imposible esconderla de las otras partes involucradas. Si un propietario obtiene la información y comienza los trabajos mineros, ésta pasará la información y aquellos otros no tendrán motivo alguno para comprar la información para sí mismos. En tanto es razonable asumir que la única forma efectiva en la que Texas Gulf Sulphur se podía beneficiar de la información era comprando los derechos sobre la propiedad en sí, una norma que le exigiera revelar la información hubiese frustrado su única esperanza real de recuperar los costos incurridos en adquirir la información en primer lugar.

⁵⁹ Ver, por ejemplo, *Burt v. Mason*, 97 Mich. 127, 56 N.W. 365 (1893), y *Furman v. Brown*, 227 Mich. 629, 199 N.W. 703 (1924). Ver también WILLISTON. Nota 2 *supra*. § 1498, n. 6.

⁶⁰ *Guaranty Safe Deposit and Trust Co. v. Liebold*, 207 Pa. 399, 56 A. 951 (1904).

simplemente porque los que otorgan las opciones ignoran la información. Cuando comprador y vendedor tienen información semejante, las opciones, raramente, o casi nunca, se buscan, por lo que la regla perseguida por los apelantes haría que nosotros prácticamente las aboliésemos⁶¹.

Las cortes frecuentemente han señalado que, en la ausencia de un pacto de confidencialidad o de una relación fiduciaria entre el vendedor y el comprador, “un comprador (de bienes raíces), pese a contar con un juicio superior acerca del valor de los bienes, no comete fraude simplemente por comprar sin revelar su conocimiento sobre el valor⁶². Una regla de esta suerte tiene sentido económico cuando el juicio del comprador se basa en las predicciones de los posibles usos a los que la propiedad puede ser destinada. Pese a que el “conocimiento sobre el valor” del comprador no siempre se basa en información deliberadamente adquirida, la cantidad de empresarios involucrados en la especulación inmobiliaria (profesional) nos permite asumir que tal tipo de conocimiento es usualmente (si no típicamente) adquirido de una manera deliberada (los corredores inmobiliarios, quienes unen a los vendedores y compradores, facilitan el movimiento de inmuebles hacia su uso cada vez más eficiente. La información sobre la que basan sus predicciones del futuro uso de las propiedades debe ser considerada como un valioso activo social).

Una tercera línea de casos en los que se permite no revelar información, parece, a primera vista, no ser consistente con la tesis argumentada hasta el momento. Estos casos involucran la venta de una propiedad que de alguna manera conlleva un defecto *manifiesto*; las Cortes regularmente han encontrado que el vendedor de dicha propiedad no tiene el deber de informar sobre el defecto al comprador⁶³.

En el caso *Gutelius v. Sisemore*⁶⁴, por ejemplo, el demandante compró una casa y descubrió posteriormente que el agua de lluvia, acumulada bajo los pisos, causaba que la residencia “estuviera penetrada con olores nocivos y ofensivos”. El comprador señaló que la tendencia hacia la acumulación de agua era un defecto oculto, y que el vendedor demandado tenía el deber de ponerlo sobre aviso de su existencia. Fallando a favor del demandado, la Corte manifestó que una inspección de las instalaciones (que el demandante, en los hechos, realizó), debería haberlo puesto sobre aviso de las condiciones del inmueble responsables de la

acumulación de agua (las condiciones citadas incluían la instalación de ductos de ventilación, las inclinaciones del terreno que rodeaban la casa, y la composición del terreno en el patio o jardín). “Cuando los medios que revelan el conocimiento se encuentran a la mano y son asequibles a ambas partes”, la Corte concluyó, “y el bien materia de compra se encuentra disponible para su inspección, si el comprador no toma ventaja de estos medios y oportunidades, mal podría luego sostener que resultó defraudado por un engaño del vendedor”.

Si asumimos que el vendedor en el caso *Gutelius* conoció o tuvo razones para conocer que el comprador no se percató de los defectos (a pesar de que inspeccionó las instalaciones), él se encontraría en la misma posición que el receptor de una oferta evidente errada, y si su conocimiento del error del comprador no fuera el fruto de una búsqueda deliberada, podría ser razonable suponer que el vendedor era quien podía evitar errores de una manera más económica, al menos al momento de la celebración del contrato. Por razones que serán puestas en consideración en un momento, es impensable suponer que el conocimiento del defecto de una propiedad propia es el resultado de una búsqueda intencionada del vendedor, búsqueda en la que no hubiera invertido si hubiera sabido que podría ser requerido para revelar la información sobre la existencia de los defectos en cuestión. Si éste fuera el caso, si asumimos que el vendedor en el caso *Gutelius* tenía motivos para conocer el error de parte del comprador, podría tener algún sentido, desde una perspectiva económica, requerir que el vendedor elimine el error poniéndolo en consideración del comprador. Esto es así a pesar de que ambas partes inicialmente tuvieron igual oportunidad para descubrir el defecto por sí mismas –de la misma forma en que es eficiente imponer el riesgo de un error en la oferta a la parte que la recibe cuando tuvo formas de conocer el error, a pesar de que el postor era quien se encontraba en mejor posición para prevenir la ocurrencia del mismo.

Pero si un vendedor no tiene motivos para suponer que el comprador ha incurrido en error, podría ser antieconómico requerirle que notifique al comprador sobre los defectos latentes, porque, con toda seguridad, sólo le estaría diciendo al comprador lo que ya éste sabe. Comunicaciones de esta naturaleza incrementan innecesariamente el costo de las transacciones. El tema central, en casos como el *Gutelius*, no reside en saber si la información acerca del defecto se encontraba “disponible a ambas partes por igual” en algún

⁶¹ Ibid. p. 405. 56 A. p. 93.

⁶² *Pratt Land & Improvement Co. v. McClain*, 135 Ala. 452, 33 So. 185 (1902).

⁶³ Ver “American Jurisprudence”. Segunda Edición. § 157, y casos citados allí.

⁶⁴ *Gutelius v. Sisemore*, 365. p. 2d 732 (Okla. 1961).

momento previo, sino conocer si el vendedor, al momento de la celebración del contrato, realmente conocía o tenía razones para conocer que el comprador había incurrido en error. La regla que señala que el vendedor de un inmueble no tiene el deber de revelar información sobre defectos manifiestos, tiene sentido económico pues –como usualmente ocurre– el vendedor no tiene motivos para conocer que el comprador ha incurrido en un error. Estos casos (de los cuales *Gutelius* es un ejemplo) parecen entrar en conflicto con la interpretación hasta el momento ofrecida sólo porque dejan de discutir el tema central, enfocándose, en su lugar, en la paridad inicial de las partes para acceder a la información concerniente al defecto.

En lo que concierne a defectos *latentes*, las autoridades más antiguas son inconsistentes. En algunos casos se establece que el vendedor que conoce del defecto debe revelarlo a su comprador o renunciar al trato⁶⁵. En otros fallos se establece que el vendedor tiene derecho a permanecer callado si tal es su deseo⁶⁶. En los últimos veinticinco años, sin embargo, ha habido una marcada expansión del deber de revelar la información acerca de defectos latentes⁶⁷. Un ejemplo dramático involucra la venta de una casa infestada por termitas. Un vendedor de una casa en Massachusetts obtuvo en 1942 un pronunciamiento en el sentido de no tener deber legal de revelar información sobre una infestación de termitas desconocida por el comprador⁶⁸. Si se tuviera que imponer tal deber, declaró la Suprema Corte de Massachusetts, se haría responsable a todo vendedor “que omita revelar información sobre cualquier defecto no aparente conocido por él durante la venta, que materialmente reduzca su valor y que el comprador no logre descubrir”. De manera similar, continuó la Corte diciendo, “todo comprador podría ser responsable por no revelar información sobre virtudes no aparentes conocidas durante el proceso de compraventa que materialmente incrementen el valor y que son desconocidas por el vendedor”.

Dieciocho años después, en el caso *Obde v. Schlemeyer*⁶⁹, se consideró que un vendedor de la ciudad de Washington tenía un deber de revelar información en circunstancias idénticas. La Corte de Washington concluyó que el vendedor tenía la

obligación de hablar, “sin importar que el comprador haya omitido preguntar acerca de la posibilidad de termitas” toda vez que la condición era “claramente latente –no siendo posible observarla durante una inspección razonable”. La Corte apoyó su argumentación con una larga cita de un artículo del Profesor Keeton:

“Es, por supuesto, aparente que el contenido de la máxima “caveat emptor”, usada en su significado más amplio de imponer riesgos en ambas partes de una transacción, ha sido limitada extensamente desde sus orígenes. Cuando Lord Cairns precisó en *Peek v. Gurney* que no había deber alguno de revelar información sobre hechos, sin importar lo moralmente censurable que fuera esta no revelación, él estaba interpretando la ley modelada por una filosofía individualista, basada en la libertad contractual. Ésta no mostraba preocupación por la moral. En el presente estado de la ley, las decisiones se alejan de esta idea, y se podría estar viendo un intento por muchas Cortes de alcanzar un resultado justo, en la medida de lo posible, pero manteniendo el grado de certidumbre que la ley debe tener. A menudo se afirma que si una parte en un contrato de compraventa esconde o suprime un hecho material que la buena fe exige revelar, entonces su silencio es fraudulento.

La actitud de las Cortes con respecto a la no revelación de información está experimentando un cambio, contrariamente a lo expresado por Lord Cairns en su célebre cita, pareciera ser que el objeto de la ley en estos casos debería ser la imposición, en las partes de un contrato, del deber de hablar cuando la justicia, la equidad, y trato leal lo demande”⁷⁰.

Sin importar lo que se piense del reclamo moral del Profesor Keeton, requerir revelar información sobre defectos latentes tiene sentido desde la perspectiva más limitada que ofrecemos acá. En primer lugar, es probable que el descubrir los defectos resulte costoso para el comprador; el descubrimiento de un defecto latente muchas veces requerirá más que una inspección ordinaria. Aun cuando ninguna de las partes tenga conocimiento del defecto, sería eficiente asignar al vendedor el riesgo de una creencia equivocada de que no existen defectos, sobre la base

⁶⁵ Ver, generalmente, STORY, William W. Nota 27 *supra*. pp. 444-445; KENT, James. “Commentaries 2”. 1873. § 482, n.1.

⁶⁶ *Swinton v. Whitinsville Sav. Bank*, 311 Mass. 677, 42 N.E. 2d 808 (1942). Ver también *Perin v. Mardine Realty Co.*, 5 App. Div. 2d 685, 168 N.Y.S. 2d 647 (1957).

⁶⁷ GOLDFARB, William B. “Fraud and Nondisclosure in the Vendor-Purchaser Relation”. En: *Western Reserve Law Review* 8. 1956. p. 5; BEARMAN, Leo Jr. “Caveat Emptor in Sales of Realty-Recent Assaults Upon the Rule”. En: *Vanderbilt Law Review*. 1961. p. 541. Dos casos ilustrativos son *Kaze v. Compton*, 283 S.W. 2d 204 (Ky. 1955), y *Cohen v. Vivian*, 141 Colo. 443, 349 P.2d. 366. (1960).

⁶⁸ *Swinton v. Whitinsville Sav. Bank*, 311 Mass. 677, 42 N.E. 2d 808 (1942). Ver también *Perin v. Mardine Realty Co.*, 5 App. Div. 2d 685, 168 N.Y.S.2d 647 (1957).

⁶⁹ *Obde v. Schlemeyer*, 56 Wash. 2d 449, 353 P.2d 672 (1960). Ver también *Williams v. Benson*, 3 Mich. App. 9, 141 N.W. 2d 650 (1966); *Cohen v. Blessing*, 259 S.C. 400, 192 S.E.2D 204 (1972), *Annot*, 22 A.L.R. 3d 972.

⁷⁰ Nota 29 *supra*. p. 31.

que de las dos partes, él sería quien puede evitar el error a menor costo⁷¹.

Cuando el vendedor conoce del defecto, y el comprador no, el vendedor es claramente la parte más apta para evitar el error del comprador a un menor costo –a menos que el vendedor haya realizado esfuerzos deliberados para adquirir sus conocimientos, los cuales no habría realizado si hubiera sabido que iba a ser requerido para revelar los defectos descubiertos a los potenciales compradores de la propiedad. Un vendedor, por supuesto, puede hacer inversiones substanciales para adquirir información sobre un defecto particular: por ejemplo, podría contratar exterminadores para detectar la existencia de termitas en la propiedad. Pero aun en ese supuesto no debería pensarse que su principal objetivo para adquirir tal información es obtener una ventaja sobre sus eventuales compradores. Típicamente, los propios dueños de los inmuebles conducen investigaciones de esta suerte para proteger sus inversiones. En la mayoría de los casos, el dueño de la casa tendrá un incentivo adecuado para hacer una inspección de termitas, aun cuando la ley lo obliga a revelar la información sobre su descubrimiento⁷²; por lo demás, muchas infestaciones de termitas son descubiertas simplemente por el hecho de vivir en la casa –algo que el dueño hará en cualquier caso. El requerimiento de revelar información no tendrá un efecto substancial en el nivel de inversión por parte el propietario en la detección de termitas: el punto no es que la información sobre las termitas no sea costosa (lo es), sino que un requerimiento de revelar información no reducirá, necesariamente, la producción de tal información. Esto representa una gran diferencia entre casos como *Obde*, de un lado, y casos como *Laidlaw*, *Shamburg*, y *Guaranty Safe*, del otro.

Un vendedor de mercancías podría argumentar que una regla requiriéndolo revelar información sobre defectos latentes lo desanimará para desarrollar conocimientos (socialmente útiles) especializados acerca de los atributos o cualidades de los productos que está vendiendo: si no puede gozar de los frutos vendiendo sin revelar información, ¿qué incentivos tendrá para adquirir el grado de conocimiento especializado en primer lugar? Este argumento no es convincente. Un vendedor se beneficia de muchas maneras del conocimiento de los muchos atributos que poseen sus productos. Por ejemplo, conocimientos de este tipo le permiten ser más

eficiente en la compra de materiales, reduciendo la posibilidad de que falle en identificar cualquier ventaja que sus productos puedan tener (y, por consiguiente, los venda por debajo de su precio). Como quiera que los beneficios que derivan de este tipo de conocimientos son muchos y variados, no resulta creíble que el deber de revelar información sobre defectos latentes constituya, por sí mismo, un impedimento para invertir en la adquisición de conocimientos acerca de los atributos de lo que vende.

Por contraste, la utilidad de la información de mercado (distinta de la información acerca de los atributos de los productos en venta) es sustancialmente reducida como consecuencia de imponer a sus poseedores un deber de revelar tal información. Resulta dudoso si los beneficios de la información de mercado, que no son eliminados por requerimientos de revelar información, son suficientes por sí mismos para justificar una inversión en su producción. En consecuencia, aun si consideramos estas dos clases de información –información de mercado e información del producto– como igualmente útiles desde un punto de vista social, una regla legal que requiera revelar la información adquirida probablemente producirá diferentes impactos en la producción de cada una. Esto trae como consecuencia que una regla que permite que no se revele información de mercado sea sensible tanto si la parte en posesión de la información es la compradora o la vendedora⁷³. Así, si el vendedor en *Laidlaw* hubiese conocido que el tratado traería un efecto depresivo sobre el precio del algodón y hubiera vendido al comprador sin revelar la información sobre estos hechos, las consideraciones económicas que favorecían la exigibilidad del acuerdo serían las mismas a las del caso en que el comprador hubiera adquirido información especial. Si bien consideraciones económicas parecerían apoyar un tratamiento similar para compradores y vendedores poseyendo información de mercado, las mismas consideraciones podrían justificar un trato diferente cuando se trate de información sobre productos. Debería resultar claro, de lo ya dicho, que no es inconsistente el requerir a los vendedores revelar información sobre defectos latentes y no requerir a los compradores revelar información sobre ventajas latentes.

Los casos sobre defectos latentes tienen interesantes analogías en el campo de los seguros. Un solicitante de seguro de vida usualmente se encuentra obligado a revelar información sobre defectos conocidos en su

⁷¹ Por su acceso superior a la información relevante. Ver POSNER. Nota 2 *supra*. pp. 74-75.

⁷² Esto no será verdad en todos los casos. No lo será, por ejemplo, si el propietario planea vender su casa en el futuro inmediato.

⁷³ Este punto ha sido reconocido desde tiempo atrás. Ver STORY, William W. Nota 27 *supra*. pp. 444-445. Ver también la discusión clásica del problema en TULLIUS CICERO, Marcus. "De Officiis". Volumen 3. Loeb Classical Library. 1975.

propia constitución física⁷⁴. Por ejemplo, si el solicitante tiene una historia de problemas al corazón que exámenes médicos practicados por la misma compañía de seguros no detectan, y si él no revela la información sobre los problemas cardíacos, la compañía aseguradora estaría permitida de resolver el contrato⁷⁵. En muchos casos, por supuesto, la no revelación de parte del solicitante podría constituir fraude (esto sería así, por ejemplo, si dentro del cuestionario se le preguntara sobre problemas cardíacos y él respondiera negativamente)⁷⁶. Pero, aun en la ausencia de fraude, usualmente se estima que el solicitante está en la obligación de hablar y revelar información, aun en el caso extremo de no habersele preguntado algo de forma específica⁷⁷. De esta manera, el mismo deber de revelar información es requerido de quien compra una póliza de seguros como del que vende una casa con un defecto latente (como una plaga de termitas). Desde un punto de vista económico, los dos casos son similares y es comprensible que los mismos requerimientos de revelar información sean aplicados a ambos. Derivado de su íntima familiaridad con su propia historia médica y sintomatología, el solicitante de una póliza de seguros estará en mejor posición que la compañía de seguros para prevenir la ocurrencia de un error de parte de la compañía sobre defectos latentes en la constitución del solicitante. Más importante aun, el solicitante debería tener un fuerte incentivo para adquirir información sobre su salud, sea que se imponga o no el deber de revelar información sobre sí mismo⁷⁸. En ese sentido, él se parece al dueño de la casa, quien tiene un incentivo para proteger la misma de la destrucción por las termitas, ya sea que fuese o no requerido a revelar información sobre la plaga de termitas. Ambos, el dueño de casa y el solicitante de la póliza de seguros, tienen razones independientes para producir información de esta clase, y el valor para ellos de la información no se verá

mermado, en la mayoría de los casos, por un requerimiento de revelar información.

C. El Deber de revelar información y los "Restatements"¹

Además de haber generado una sustancial jurisprudencia, el problema de revelar información en transacciones negociadas ha sido considerado por los compiladores de tres diferentes "Restatements". Resulta instructivo comparar el trato dado al problema de revelar información en manos de estos compiladores. El análisis desarrollado en este trabajo nos sugiere que los diferentes compiladores estuvieron más cercanos en su pensamiento acerca del deber de revelar información de lo que se aparenta.

La Sección 472 (1) (b) del "Restatement of Contracts (First)" indica que "no hay obligación de revelar información por la parte que conoce que la otra actúa en error respecto a información sobre hechos materiales no revelados, y si el error es mutuo la transacción originada sobre la base del mismo podría ser resuelta...". Como muchos de los principios compilados en los "Restatements", éste no muestra una figura clara, y sólo adquiere un contenido a la luz de los ejemplos que se ofrecen para ilustrar su significado. Dos de los cinco ejemplos que se anexan a la Sección 472 involucran situaciones que aparecen dentro de los parámetros contemplados de la Sección 472 (1) (b). Los dos ejemplos son los siguientes:

"A es propietario de dos terrenos, Blackacre y Whiteacre. B hace una oferta por escrito para comprar Blackacre por \$ 10,000. A sabe que B está equivocado sobre los nombres de los terrenos y que el terreno más valioso, Whiteacre, es aquel que B tiene en mente. A acepta la oferta de B sin revelar información sobre el

⁷⁴ Para una completa discusión sobre la obligación de revelar información en el contexto de los contratos de seguros, ver PATTERSON, Edwin W. "Essentials of Insurance Law". 1957. pp. 444-473. En un punto de su discurso, el Profesor Patterson realiza un punto de vista "económico", similar al desarrollado en este trabajo:

"La doctrina del ocultamiento en relación a los contratos de seguros es, y ha sido así de tiempo atrás, una regla de excepción en los contratos comerciales, y en todos los otros entre personas que negocian con inmediatez, A, una parte, no está requerida, por propia voluntad al tiempo de negociar el contrato, de revelar información a la otra parte, B, desde que el conocimiento que posee A del hecho X, que él sabe que le es desconocido a B, y que A conoce que B consideraría materia de importancia para la confección del contrato. Por ejemplo, si A ofrece vender a B una cantidad grande de granos de café, conociendo, y B no, que el reporte prospectivo de una falla del cultivo de café en el Brasil es falsa, B, contratando la compra en la ignorancia de este hecho no podría solicitar la nulidad del contrato bajo la premisa del silencio de A. [Citado en *Laidlaw v. Organ*]. La política que apoya esta regla está basada en la función económica del "mercado", como un proceso en el que el comerciante mejor informado provee un medio para la actividad de la compraventa de propiedad al "mejor" precio posible de obtener y por este servicio público son premiados permitiéndoseles utilidades por su conocimiento especializado. El proceso de negociación en un "mercado libre" sería tedioso e inestable si cada negociador tuviera que comunicar a los otros todas sus razones por los precios que pide u oferta". Ibid. pp. 446-447.

⁷⁵ Ver *Equitable Life Assurance Soc'y of United States v. McElroy*, 83 Fed. 631 (8th Cir. 1897) (la obligación de no revelar información de una operación de apendicitis en el periodo comprendido entre la firma de un formulario de seguro y la firma final del contrato); *Stipich v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 277 U.S. 311 (9th Cir. 1928) (*dictum*).

⁷⁶ PATTERSON, Edwin W. Op. cit., p. 458.

⁷⁷ Asumiendo que él no tiene razones para creer que no revelar los hechos es materialmente relevante al riesgo asumido por el asegurador. Ibid. p. 456.

⁷⁸ Esto no sería verdad en cada caso si nosotros conociéramos que él se obliga a revelar información cada vez que la descubre, un asegurado con síntomas de disturbios podría evitar un examen médico por miedo a lo que podría revelar (de la misma manera que un requerimiento de revelar información podría, en algunas circunstancias, desanimar a un propietario que contempla vender de someterse a una inspección por termitas).

¹ Nota del traductor: Los "Restatements" son compilaciones a modo de codificación, ilustrados con ejemplos, de las normas contenidas en la jurisprudencia, que son periódicamente efectuadas por renombrados académicos por encargo del *American Law Institute*. Si bien no tienen valor normativo, son una fuente de consulta para jueces, abogados y académicos norteamericanos.

error de B. Aunque A, de ningún modo, podría ser reputado como causante del error original de B, el no revelar información es fraudulento”.

“A conoce que el negocio C, una corporación, ha sufrido serias pérdidas. Él sabe que B ignora las pérdidas y, sin revelar la información a B, contrata para venderle a B acciones de la compañía. A no tiene ninguna relación fiduciaria frente a B. El no revelar información de parte de A no constituye fraude. Si el error hubiese sido mutuo no hubiese resultado en la resolución del contrato”⁷⁹.

En cada uno de los casos, una parte está equivocada y la otra lo sabe. En ambos casos la parte que tiene el conocimiento exacto es el vendedor. Lo que distingue los dos casos es el tipo de conocimiento que poseen. Únicamente el conocimiento que se posee en el segundo caso (una especie de información de mercado) es probable que sea el fruto de una búsqueda, en la que la parte poseedora del conocimiento correcto ha hecho una inversión deliberada. El conocimiento especial que se posee en el primer caso ha sido obtenido por el vendedor –en su sentido más literal– por accidente. Requerir al vendedor, en el primer caso, que revele la información sobre el error de la otra parte, no lo desincentiva a hacer algo que igual hubiese hecho; imponer un requerimiento similar al vendedor en el segundo caso sí tendría un efecto desincentivador de este tipo. Aunque en nuestros días el resultado en el segundo caso hubiese sido afectado, sin ninguna duda, por nuestras complejas leyes de mercado de valores, sugiere que al diseñar una regla apropiada para revelar información, los compiladores del “Restatement of Contracts (First)” intuitivamente otorgaron una gran importancia a la distinción esbozada aquí entre las dos diferentes clases de conocimiento o de información.

El tratamiento dado a la revelación de información en el “Second Restatement of Torts” no contradice el análisis ofrecido aquí. La Sección 551 (2) (e) expresa que “una parte en una transacción comercial está obligada a revelar información a la otra, antes que la transacción quede consumada, sobre hechos básicos de la transacción, si sabe que la otra celebrará la transacción en error sobre los hechos, y que la otra parte, por la relación que los une, las costumbres mercantiles u otras circunstancias objetivas, razonablemente esperará que se le revele información sobre tales hechos⁸⁰”. En un comentario aclaratorio

que acompaña la Sección 551, el compilador expresó lo siguiente:

“Por lo general, como es extensivamente aceptado por las costumbres y principios de la comunidad, información superior y una mejor inteligencia para los negocios, constituyen ventajas legítimas que no conllevan responsabilidad. El demandado, razonablemente, esperará que el demandante haga sus propias investigaciones, llegue a sus propias conclusiones, y que se proteja a sí mismo; y si el demandante es indolente, inexperto o ignorante, o si su juicio es malo, o si no tiene acceso a información adecuada, el demandado no tiene obligación alguna de suplir sus deficiencias. Esto es generalmente cierto, cuando es el comprador de tierras o bienes muebles quien tiene la mejor información y omite revelarla; es, en todo caso, menos frecuente cuando se trata del vendedor”⁸¹.

La Sección 551 (2) (e) es ilustrada con el siguiente ejemplo:

“A es un experto en violines. Él visita casualmente la tienda de B donde se venden instrumentos musicales de segunda mano. Él encuentra un violín que, por razones de su conocimiento especializado y experiencia, reconoce como un Stradivarius legítimo, en buenas condiciones y valorizado, cuando menos, en \$50,000. El violín se encuentra a la venta por \$100. Sin revelar la información o su identidad, A compra el violín a B por \$100. A no es responsable frente a B”⁸².

A pesar de que la visita de A a la tienda de B se describe como “casual”, A, con certeza, ha incurrido en costos para obtener sus conocimientos acerca de instrumentos musicales y uno de los beneficios que anticipaba era el descubrir una obra maestra subvaluada (si esto es o no cierto, dependerá, en parte, del significado de ser un “experto en violín”. ¿Es un “experto en violín” alguien que toca el instrumento o el que lo colecciona? De ser lo segundo, entonces el descubrimiento de un desconocido Stradivarius probablemente constituirá uno de los beneficios que el experto anticipa derivar de su conocimiento especial). Sin tomar en cuenta los motivos que llevaron a A a convertirse en un experto, es posible asumir que muchos descubrimientos como el que nos ha servido de ejemplo son el resultado de una búsqueda deliberada en el sentido que le hemos atribuido líneas arriba.

Localizar valiosos instrumentos que han sido incorrectamente identificados por sus propietarios,

⁷⁹ “Restatement of Contracts”. 1932. § 472, Ilustraciones 2 y 4.

⁸⁰ “Restatement (Second) of Torts”. 1965. § 551, (2) (e) (Borrador Tentativo 11).

⁸¹ Ibid. Comentario e.

⁸² Ibidem.

tiene un útil propósito social: después que el Stradivarius ha sido descubierto, sin duda hallará su camino a las manos de un usuario que le dará un uso más valioso (por ejemplo, un concertista de violín o una universidad con una colección de instrumentos raros). Un Stradivarius no descubierto ciertamente será un bien mal asignado. Al traerlo a luz, un negociante acucioso y experto en instrumentos musicales promueve la eficiencia en la asignación de los escasos recursos de la sociedad. Si él ha incurrido en costos para lograr sus objetivos (y el desarrollo de destreza es uno, quizás el más importante, de estos costos), el cazador de gangas será desincentivado de realizar futuras búsquedas si no se le reconocen derechos de propiedad sobre cualquier información que adquiera (en la forma del privilegio de negociar sin revelar su información).

Del otro lado de la moneda, en tanto se le permita beneficiarse (sin costo) de la información que posee la otra parte y se elimina el riesgo de verse imposibilitado de recuperar una valiosa pieza subvaluada que ha vendido por error, el requerimiento de revelar información también reduce el incentivo del vendedor de buscar información (esto es, de identificar correctamente los atributos de su propiedad). En tanto reduce los incentivos, tanto del vendedor como del cazador de gangas, de iniciar una búsqueda deliberada, la obligación de revelar información incrementa las posibilidades de que el instrumento permanezca sin descubrirse y, por lo tanto, se encuentre mal asignado.

Los compiladores del "Second Restatement of Torts" ofrecen cuatro ejemplos para ilustrar las circunstancias en las cuales la Sección 551 (2) (e) requerirá a una parte con información especial revelarla. En el primer caso un vendedor vende una casa "sin revelar información de que el silo debajo de la casa está construido de tal manera que, a intervalos periódicos, acumula agua debajo de la casa"; en el segundo caso, el propietario de un negocio lo vende sin revelar información sobre el hecho de que el gobierno de los Estados Unidos le ha ordenado descontinuar su principal actividad; en el tercer caso, el propietario de un centro de diversiones lo vende "sin revelar el hecho de que ha sido materia de una redada policial y está siendo procesado por permitir prostitución y venta de marihuana en la localidad comercial", y, en el último caso, una parte vende un lugar de veraneo a otra sin revelar información de que una parte substancial del *resort* invade una carretera pública. El conocimiento especial involucrado en cada uno de los cuatro ejemplos dados difícilmente podría ser atribuido a una búsqueda deliberada de la información en la que la parte con el

conocimiento especializado ha realizado una inversión que de otra manera no hubiera efectuado. Todos ellos deben ser distinguidos, en este aspecto, del caso hipotético del violín. La línea que el compilador del "Second Restatement of Torts" ha trazado entre el deber de revelar información y el privilegio de permanecer en silencio es trazada ahí donde el análisis desarrollado en este trabajo nos sugiere que así debería ser.

El "Restatement of Restitution" trata el problema de revelar información en la Sección 12: "Una persona que confiere un beneficio a otra, manifestando que lo hace como una oferta para negociar que la otra parte acepta, o como la aceptación de una oferta que la otra ha hecho, no tiene derecho a solicitar restitución por un error que el otro no comparte y de cuya existencia el otro no conoce o sospecha". En el Comentario c de la Sección 12 el compilador afirma: "Cuando el transferido conoce o sospecha el error del transferente, la restitución está garantizada si, y sólo si, el hecho sobre el que se produce el error es uno que sirve de base transaccional, a menos que haya una relación especial entre las partes". El Comentario c es ilustrado con dos ejemplos.

"A, mirando joyería barata en una tienda que vende joyas baratas y caras, descubre una joya que reconoce como valiosa teniendo un valor no inferior a \$100, joya que reconoce haber sido colocada en ese lugar por error. Él le pregunta al vendedor por la joya y le ofrece 10 centavos por ella. El vendedor pone los 10 centavos en la caja registradora y le entrega la joya a A. El dueño de la tienda tiene derecho a la restitución porque no pretendió, y A lo sabía, negociar sino tan solo la joyería barata".

"A entra a un negocio de venta de libros de segunda donde, entre los libros vendidos a un dólar cada uno, descubre uno raro, con un valor de mercado que A sabe no baja de lo 50 dólares. Él le extiende el libro al propietario con un billete de un dólar. El propietario lee el título del libro y la tarjeta con el precio, se queda con el dólar y devuelve el libro a A. El librero no tiene derecho a restitución alguna, desde que no hubo error sobre la identidad del libro y ambas partes pretendieron negociar basados en la habilidad de cada uno para hacer la debida valuación del libro⁸³.

El segundo ejemplo nos recuerda el hipotético caso del violín en el "Second Restatement of Torts" y nos remite a valoración económica por las mismas razones. El primer ejemplo es de mayor intriga académica. La más resaltante diferencia fáctica entre el primer y el

⁸³ "Restatement of Restitution". 1936. § 12, Comentario c, Ilustraciones 8 y 9.

segundo ejemplo es que en este último sólo se vende libros usados, mientras que en el primero se vende joyas de primera y de segunda calidad. ¿Por qué este hecho debería hacer la diferencia en lo que respecta a la obligación de revelar información de parte del comprador? El compilador distingue dos situaciones en lo que concierne a las intenciones de negocio de las partes. Esta explicación no es satisfactoria, desde que falla en indicar por qué las intenciones deberían ser diferentes en los dos casos. Una forma alternativa de reconciliar los dos ejemplos aparentemente contradictorios podría ser la siguiente.

Uno puede imaginar con facilidad a un experto (en violines o libros) husmeando en tiendas de venta de segunda mano, con la esperanza de encontrar una pieza maestra subvaluada. No sería corriente que un cazador de oportunidades comerciales gaste su tiempo en las cajas de una tienda que vende tanto piezas de joyería finas como baratas, en la esperanza de encontrar una gema que haya sido mal clasificada.

El dueño de una tienda de joyas valiosas ciertamente será un experto discriminador entre las joyas valiosas y las que no lo son. Desde que él es un experto, y se toma un gran trabajo en escoger su mercadería, es improbable que cometa un error en la clasificación. Si errores similares ocurren más frecuentemente en tiendas de venta de objetos de segunda mano (sea porque sus dueños, generalmente, no tienen la habilidad o son descuidados al clasificar), un experto buscador de gangas descubrirá más fácilmente un objeto subvaluado en este tipo de tiendas que en una que vende joyería fina y barata. Asumiendo que esto sea verdadero, uno esperaría encontrar más búsquedas deliberadas en el primer caso que en el segundo. De aquí se podría desprender que el requerimiento de revelar información es más apropiado en la joyería que en la tienda de venta de libros usados.

Esta explicación es ciertamente endeble porque se apoya en una asunción indemostrable sobre la incidencia de errores de clasificación en los dos casos. Si la explicación no resulta satisfactoria, podría, por sí misma, ser una razón para rechazar el punto de vista de los compiladores o para creer que éstos no han compilado la ley con precisión.

III. ERROR UNILATERAL Y DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN

La regla que señala que el error unilateral del oferente será excusado cuando dicho error es conocido o debiera ser conocido por la otra parte, se encuentra tipificada en los casos de ofertas erradas en un concurso y por aquellos otros en los cuales la parte incurre en error como consecuencia de no haber leído adecuadamente

un documento en particular (usualmente, el mismo contrato propuesto). En ambos casos, el conocimiento especial poseído por la parte que no incurre en error (el conocimiento del error de la otra parte) es poco probable que sea el fruto de una búsqueda deliberada. Puesto de otra manera, una regla que lo obligue a revelar la información que posee, no causará que modifique su conducta, de tal manera que la producción de información relevante sea reducida.

Un contratante que recibe una oferta equivocada, por ejemplo, usualmente se dará cuenta del error (en caso de percatarse) al comparar la oferta que recibe con otras que han sido presentadas, o percatándose de un error evidente a la luz de la oferta misma. En cualquiera de los casos, su conocimiento del error surge en el curso de un examen rutinario de la oferta que efectuaría de cualquier manera. La parte que recibe la oferta tiene un incentivo independiente de analizar con agudeza las ofertas que le llegan: la rentabilidad de su negocio requiere que actúe de esa manera. Es por supuesto cierto que la habilidad del receptor de la oferta hará que le sea más fácil identificar ciertos errores en las ofertas que le sean remitidas. Sin embargo, el hecho de detectar errores de redacción o de cálculo no será una de las razones principales por las que se convirtió en un experto desde un principio. Una regla que obligue a revelar información sobre errores de este tipo no servirá de obstáculo, ni desanimará las inversiones destinadas a desarrollar el nivel de destreza que facilita la detección de tales errores.

En la primera parte de este trabajo, argumenté que una regla que requiriera se revele información cuando un error unilateral es conocido o susceptible de ser conocido por la otra parte tiene sentido económico puesto que la parte con conocimiento es –al momento de la celebración del contrato– quien puede prevenir los errores a menor costo. Si la parte que posee información especial ha invertido deliberadamente en su producción –y si esta información es socialmente útil (de tal manera que su producción resulte deseable desde un inicio)– los costos de su búsqueda deben ser considerados al determinar si es en realidad el que puede prevenir los errores a menor costo. En los casos más citados para apoyar la tesis de que un error unilateral será eximente cuando es conocido o pudo ser razonablemente conocido por la otra parte (por ejemplo, la oferta errada en un concurso y los casos de documentos mal leídos), es poco probable que la información especial en cuestión sea fruto de una inversión deliberada. Así presentadas las cosas, las conclusiones alcanzadas en la primera parte de este trabajo se confirman.

Los casos de errores unilaterales no se distinguen, en principio, de los otros casos contractuales discutidos

en la segunda parte de este trabajo, que imponen el deber de revelar información. Estos casos se distinguen como grupo por el hecho de que en cada uno de ellos el interés social en la eficiencia es mejor servido al asignar los riesgos de un error unilateral a la parte que posee el conocimiento (habida cuenta que no es probable que esta situación lo desanime de producir información socialmente útil). En los casos en que se permite que la información no sea revelada, una asignación similar del riesgo –como he intentado demostrar– eliminaría el incentivo privado para producir tal información y, por tanto, trabajaría en desmedro de la sociedad en su conjunto. Cuando se miran las cosas de esta manera, tanto los casos que requieren que la información sea revelada (incluyendo los casos de errores unilaterales) y los que permiten que no se revele información, parecen sujetarse a (o por lo menos son consistentes con) el principio de la eficiencia.

CONCLUSIÓN

En este trabajo he puesto énfasis en la manera en que una rama del Derecho de los contratos promueve la eficiencia alentando la búsqueda deliberada de información socialmente útil. Esto es así, como lo he argumentado, al ofrecer a los poseedores de la información el derecho de negociar con otros sin verse obligados a revelar la información que conocen. Este derecho es, en esencia, un derecho de propiedad, y he tratado de demostrar que la ley tiende a reconocer un derecho de esta naturaleza cuando la información es el resultado de una búsqueda deliberada y costosa, y a no reconocerlo cuando la información es obtenida casualmente. La distinción básica entre los dos tipos de información (y la teoría de los derechos de propiedad que se basa en ella) introduce un orden en los casos en que existe un deber de revelar información y elimina el aparente conflicto entre los casos que permiten que

no se revele información y la bien establecida regla que señala que los errores unilaterales cometidos por el oferente serán eximibles si el error es, o razonablemente pudo ser, conocido por la otra parte.

Aun a pesar de haber confinado mi discusión al Derecho de los contratos –aunque debe admitirse, a una parte pequeña de éste– el acercamiento teórico desarrollado en la segunda parte de este trabajo puede probar ser útil en el análisis de problemas relacionados en otras áreas del Derecho. Por ejemplo, ¿hasta qué grado puede decirse que los requerimientos de revelar información en nuestras normas de mercado de valores, las cuales están destinadas a frustrar el *insider trading*, se sustentan (y se justifican) en la idea de que la información privilegiada ha sido obtenida casualmente y no por un intento consciente de producirla?⁸⁴ Si esto resulta ser, en efecto, uno de los principios en que se apoyan los requerimientos para revelar información contenidos en nuestras leyes del mercado de valores, ¿qué conclusiones, si alguna, podrían trazarse sobre el alcance de estos requerimientos? Por ejemplo, ¿cuánta información debería un oferente público de adquisición revelar públicamente acerca de sus planes para la compañía que espera adquirir? ¿El análisis ofrecido en este trabajo, acaso, da luces sobre los requerimientos de “no evidencia” de las leyes de patentes?⁸⁵ (¿Será ésta, quizás, una herramienta legal para discriminar entre la información que es el resultado de una búsqueda deliberada y la que no lo es?) ¿Acaso las distinciones que se sugieren aquí nos ayudan a comprender la proliferación de requerimientos para revelar información en el campo de los productos para el consumidor y darnos una mejor idea sobre si son deseables o no? Una teoría legal que nos de un marco común para el análisis de esta y otras preguntas tendría un atractivo considerable.

⁸⁴ Discusiones útiles de la economía de los requerimientos de revelar información en el campo del Mercado de Valores podrá ser encontrado en MANNE, Henry G. “Insider Trading and the Stock Market”. 1966; FAMA, Eugene F. y Arthur B. LLAFFER. “Information and Capital Markets”. En *Journal Business* 44. 1971. pp. 297-298.

⁸⁵ Ver KITCH, Edmund W. “Graham v. John Deere Co: New Standars for Patents”. En: *Supreme Court Review*. 1966. p. 293.

¿PERICULUM EST DUBITABILIS? ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL PAPEL DEL RIESGO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA*

José Juan Haro Seijas**

La Teoría del Riesgo debe ser uno de los temas que más se repiten dentro de las aulas universitarias. Sin embargo, pocas veces se llega a un estudio concreto que revele los verdaderos alcances de esta institución dentro de nuestra legislación, más allá de simples aproximaciones abstractas y generales.

¿Debe el Código Civil establecer la presunción de responsabilidad subjetiva general en el sistema contractual o debe analizar el riesgo considerando una perspectiva distinta?

A lo largo del presente artículo, el autor, utilizando diferentes aproximaciones como la del análisis económico del Derecho, el Derecho Comparado y una serie de casos puntuales, se acerca nuevamente a esta figura, dejándonos de paso una interesante propuesta.

* Para Patricia, Miguel, Javier y Christian, con nostalgia de los tiempos vividos en la conducción de THEMIS. Y para la actual generación, con la admiración de quien descubre día con día que es inagotable la capacidad de superarse a uno mismo.

** Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Abogado. Master en Derecho por la Universidad de Chicago. Profesor de Contratos, Derecho de la Competencia y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En la segunda mitad del año 1992 habría de confrontarme por primera vez con la teoría del riesgo. Me aprestaba, entonces, a cursar el tercer ciclo de la carrera de Derecho y había decidido tomar “Obligaciones” con el doctor Carlos Cárdenas Quiroz quien, por ostentar el raro privilegio de haber asesorado a la Comisión Reformadora del Código Civil desde los veintiún años, por el vasto trabajo académico que ya para entonces había realizado, pero también por la severidad que mostraba en la calificación de sus exámenes, se encontraba precedido de fama suficiente como para atraer a los estudiantes interesados en la materia que mostrarán una particular proclividad por las actividades peligrosas. Debo confesar ahora que la decisión que en aquel momento adoptamos un conjunto bastante nutrido de estudiantes fue acertada. Al menos para mí, terminó por delinear una opción profesional que me ha conducido desde entonces por los caminos del Derecho Privado, a los que nunca pensé en aproximarme cuando ingresé a la Facultad de Derecho con el expreso propósito de convertirme en penalista. Y debo admitir también, para que mi interés personal por el tema que me propongo discutir en este ensayo quede perfectamente delineado que, aunque no guardo claro recuerdo de la clase en la que el doctor Cárdenas nos transmitió por primera vez las nociones fundamentales sobre la teoría del riesgo, en el curso de mi itinerario por las aulas universitarias, tanto como alumno como profesor, habría de comprobar una y otra vez cómo así las ideas de mi profesor de Obligaciones habían quedado para siempre registradas en el conjunto de mis incipientes conocimientos.

El semestre siguiente, esta vez en el curso de Contratos que tenía a su cargo el doctor Hugo Forno Flórez, la teoría del riesgo habría de ser convocada nuevamente por tan distinguido profesor y no podría evitar entonces que mi memoria se desplazara hacia el ciclo inmediatamente anterior para recuperar con relativa facilidad lo que en ella había sido impreso. La experiencia se repetiría nuevamente un ciclo después, en el curso de Contratos Típicos I que, con dedicación poco usual en aquellos tiempos, habría de ser impartido a mi generación por el doctor Miguel Torres Méndez.

Al evocar episodios tan gratos de mi paso por la Pontificia Universidad Católica del Perú no intento tanto justificar ante el lector la importancia que puede tener el asunto que me propongo discutir aquí (que, como se observará seguidamente, poco tiene que ver realmente

con la teoría del riesgo) cuanto poner en evidencia el hecho mismo de que, por decir lo menos, resulta absolutamente inusual que una figura jurídica como esta teoría hubiera recibido (y continúe recibiendo hasta el día de hoy, me atrevería a decir) una atención tan especial en nuestro proceso educativo. Estoy seguro de que ello no se debe a una elección consciente. Como la explicación más sencilla es siempre la mejor, pienso que quizá pueda atribuirse a la usanza de los profesores de Derecho Privado en nuestro país quienes, por una o por otra razón, nos sentimos naturalmente inclinados a seguir la secuencia del Código Civil y solemos resistirnos a considerar debidamente cumplido el encargo que la Facultad nos ha conferido sino hasta el momento en que adquirimos la certeza de que todas las normas que nuestro codificador dedicó a cada una de las materias que componen el campo de estudio han sido debidamente interpretadas y sometidas a crítica en clase. Ocurre que la teoría del riesgo aparece mencionada, algunas veces de modo directo y otras por implicación, tanto en el Libro de las Obligaciones, cuanto en las secciones dedicadas a los contratos en general y a los contratos nominados del Libro de Fuentes de las Obligaciones; sobre los que versan, respectivamente, los cursos de Obligaciones, Contratos y Contratos Típicos (que, en la Universidad Católica, se denomina ahora “Contratos Especiales”)¹. Es, pues, la ubicación sistemática de las normas y la inveterada costumbre de “perseguir” al Código como si de un plan de clases se tratara lo que ha llevado a que una hipótesis que no resulta tan relevante como uno podría pensar en principio merezca tanta atención en el proceso de formación de los futuros abogados del Perú.

Transcurridos más de diez años de mi primera aproximación al tema, estimo que la dedicación que recibe en nuestras clases la teoría del riesgo es no sólo inmerecida sino que además resulta perjudicial en cuanto induce a los estudiantes a desviarse de la problemática del riesgo en general, que –como nos proponemos demostrar en las líneas que siguen– atraviesa horizontalmente un importante conjunto de instituciones relacionadas con la contratación privada. Por supuesto que –más allá de su pomposo nombre– la teoría del riesgo no describe sino un supuesto muy específicamente delimitado. Se trata, como es bien sabido, del caso que se presenta en la ejecución de contratos de prestaciones recíprocas, cuando una de las prestaciones se hace imposible sin culpa de las partes, pero la contraprestación todavía puede ejecutarse. Y lo que en tal hipótesis intentan dilucidar nuestras normas legales es cuál de las partes debe asumir “el riesgo”,

¹ Al hablar de “mención directa” me refiero, como es de suponerse, a las normas contenidas en el inciso 5 del artículo 1138 y en el artículo 1431 del Código Civil. La mención indirecta, que es aprovechada usualmente por los profesores de Contratos Típicos (o Especiales) para reintroducir la discusión, se encuentra en la regulación sobre la transferencia del riesgo de la cosa en la compraventa, que corre entre los artículos 1567 y 1570 del Código Civil.

término que, las cosas rectamente entendidas, se hace sinónimo en ese supuesto del “riesgo de imposibilidad sobreviniente de la prestación”. Ciertamente es, en definitiva, que los riesgos que las partes asumen normalmente en relación con un contrato exceden largamente los estrechos límites de la teoría del riesgo. Al celebrar un contrato, los privados deben ser conscientes de que una serie de eventos de posible ocurrencia podrían afectar el modo en que el contrato será cumplido o (acaso) incumplido. El bien materia de la compraventa podría no sólo perderse ineluctablemente, sino que también sería posible que fuera materia de una abultada apreciación o depreciación en el mercado que pudiera alterar la inclinación de las partes a dar ejecución a sus compromisos. El costo de construcción de una obra contratada previamente podría incrementarse no sólo debido a fluctuaciones en los precios sino también como efecto de otras circunstancias no controlables por los contratantes: huelgas, ataques terroristas, incendios, etc. Quien haya contratado alguna vez, habrá de reconocer casi intuitivamente que contratar es, entre otras cosas, el arte de distribuir adecuadamente entre las partes los riesgos que podrían afectar a la transacción. No obstante ello, es muy poco lo que los juristas peruanos han elaborado sobre el riesgo en general y ésta es, a mi juicio, una de aquellas omisiones que conviene subsanar.

Con el único propósito de contribuir a la discusión sobre un asunto que se me antoja de la mayor relevancia, me ha parecido recomendable dividir el presente artículo en cuatro secciones. En la primera de ellas intento explicar cómo es que nuestro codificador construyó un sistema de responsabilidad contractual fundado en la noción de diligencia y

prevención, omitiendo la consideración de que en materia contractual resulta absolutamente recomendable asignar responsabilidad también sobre la base de la capacidad que una de las partes tiene para enfrentar de mejor forma los riesgos vinculados a la transacción. La segunda parte del trabajo analiza algunas instituciones de nuestro Código Civil y demuestra cómo, no obstante la consciente apuesta del codificador por un sistema subjetivo de responsabilidad, la legislación peruana admite supuestos en los que la responsabilidad se atribuye objetivamente, sobre la base del riesgo. La tercera parte del trabajo discurre sobre la naturaleza recíproca del problema del riesgo y desnuda el equívoco en el que se sustenta la concepción extendida en nuestro país según la cual la regla *periculum est debitoris* (el riesgo es del deudor) constituye el precepto “más justo” que pueda imaginarse para resolver la hipótesis de la teoría del riesgo. En la última sección delinea algunas conclusiones que podrían orientar la investigación en torno a la responsabilidad contractual en el Perú.

1. LA DIFERENCIA ENTRE “PRECAUCIÓN” (O “PREVENCIÓN”) Y “RIESGO”

Como es harto conocido, los artículos 1314 y 1321 del Código Civil peruano definen un sistema de responsabilidad contractual de corte subjetivista². Bajo nuestro texto legal, sólo resulta responsable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento tardío o defectuoso quien actúa con dolo o culpa. A diferencia del sistema anglosajón³ o de ciertos ordenamientos que en la familia romano-germánica reconocen, aunque fuera con restricciones, regímenes objetivos de responsabilidad

² Código Civil. Artículo 1314.- “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Artículo 1321.- “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve...”. Desarrollando el contenido del precepto, el ponente del Libro de Obligaciones en la Comisión Reformadora ha afirmado lo siguiente: “La norma se refiere a la causa no imputable, es decir a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa”. Posteriormente, el mismo autor ha sostenido lo que a continuación se transcribe: “El principio general, en conclusión, es que el deudor sólo debe demostrar su conducta diligente para quedar exonerado de responsabilidad”. OSTERLING, Felipe. “Las obligaciones”. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. pp. 198-202.

³ La inclinación objetivista del *common law* en materia de incumplimiento contractual se encuentra ampliamente reconocida. Ratificando que los casos en los que se admite excusar el incumplimiento son más bien excepcionales en las cortes anglosajonas, Richard Posner ha intentado explicar el mayor rol que la responsabilidad objetiva cumple en el derecho contractual en su sistema, por oposición a lo que ocurre en el ámbito extracontractual, en el que la culpa constituye la regla general. Sostiene Posner: “La diferencia [entre uno y otro sistema] puede reflejar la mayor disponibilidad de seguros para casos de responsabilidad extracontractual (y, en consecuencia, el menor valor de proveer aseguramiento a través del sistema legal) y el hecho de que en los casos de contratos existe menor probabilidad que en los casos de responsabilidad extracontractual de que la disputa tenga que ver con eventos infortunados que cualquier parte hubiera podido prevenir (...) Ordinariamente una de las partes contratantes es la ejecutante y la otra la pagadora. La primera tiene completo control sobre el cumplimiento, la segunda completo control sobre el pago. La presunción es en consecuencia que el incumplimiento es evitable a menor costo por el promitente que por el promisorio, o si no es evitable, sí asegurable por el primero a menor costo. En cambio, la mayor parte de las situaciones de responsabilidad extracontractual tratan de colisiones entre dos actividades, como manejar y caminar, y no existe base para una presunción general, tal que pudiera sostener una regla general de responsabilidad objetiva, de que el dañador estaba en mejor posición que la víctima para haber evitado la colisión”. POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. Quinta edición. New York: Aspen. 1998. p. 197.

Sobre el tradicional punto de vista anglosajón resulta particularmente interesante considerar los siguientes pasajes del clásico libro de Oliver Wendell Holmes: “Las consecuencias de una promesa vinculante en el *common law* no son afectadas por el grado de poder que el promitente tenga sobre el evento prometido. Si el evento prometido no llega a ocurrir, la propiedad del demandado es vendida para cubrir los daños, con ciertas limitaciones, que la contraparte ha sufrido por el incumplimiento. Las consecuencias son del mismo tipo ya sea que la promesa fuera que lloverá mañana, o que otra persona pintará un cuadro, o que el mismo promitente entregará una paca de algodón.

Si la consecuencia legal es la misma en todos los casos, parece apropiado que todos los contratos sean considerados desde el mismo punto de vista legal. En el caso de una promesa vinculante de que lloverá mañana, el inmediato efecto legal de lo que promitente promete es que éste asume el riesgo del evento, dentro de ciertos límites definidos de mutuo acuerdo por el mismo con la contraparte. No ocurre nada distinto cuando promete entregar una paca de algodón”. HOLMES, Oliver Wendell. “The Common Law”. New York: Dover. 1991. pp. 299-300.

en materia contractual⁴, el codificador peruano ha considerado prudente conceder al deudor la posibilidad de exonerar su propio incumplimiento alegando que actuó con diligencia para producir el resultado buscado por el acreedor. Las implicancias prácticas de la opción legislativa se observan mejor con un ejemplo.

Supongamos que un transportista debe entregar un paquete con papeles que resultan muy importantes en un proceso civil. Para evitar cualquier discusión relacionada con la posibilidad de que el daño resulte (o no) indemnizable, asumamos además que el transportista conoce perfectamente la relevancia que tienen los documentos y ha sido informado que, para poder presentarlos como evidencia en el proceso, sería necesario que los entregara antes de una determinada fecha. Imaginemos ahora que el transportista incumple con la entrega oportuna de los documentos debido a que una de las llantas del vehículo que utilizaba para ejecutar su prestación resultó pinchada y no contaba con una llanta de repuesto. La respuesta a una hipótesis de este tipo resulta casi intuitiva: el transportista es responsable porque pudo haber evitado la entrega tardía si es que hubiera tomado medidas de prevención razonables dadas las circunstancias; o, lo que es lo mismo, es responsable debido a su negligencia.

La contraposición de los conceptos de culpa y diligencia se evidencia en el Perú de una simple lectura del artículo 1320 del Código Civil. Con arreglo a dicha norma,

“actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Aunque la noción jurídica de diligencia no aparece explícitamente desarrollada en nuestra codificación civil, el término es lo suficientemente comprensible en el lenguaje cotidiano como para considerar confiable la definición provista por la Real Academia de la Lengua Española, de acuerdo con la que la diligencia alude al “cuidado y actividad en ejecutar algo”⁵.

La doctrina romano-germánica ha abundado, además, en la definición teórica del concepto. Como detalla Corsaro: “La culpa es entendida como la voluntad de la lesión del derecho del otro (dolo), o bien como la negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglas de conducta, que califican un comportamiento como dañoso, llevado a cabo sin la específica voluntad de dañar a otros (culpa en sentido estricto o propio); un estado particular del ánimo en relación con un hecho injurioso, esto es, una “notoria oposición a la ley, como una negligencia o imprudencia imperdonables”⁶.

Lo que las definiciones antes anotadas no proporcionan, como puede observarse fácilmente, es un estándar para distinguir los casos en los que la adopción de precauciones es exigible (de modo que si tales prevenciones no fueran adoptadas se incurriría en negligencia) de aquellos en los que las medidas de cuidado no son exigibles⁷. La utilidad

⁴ En el ordenamiento italiano, el artículo 1218 del Codice Civile (“el deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retardo han sido determinados por la imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él”) y las ideas de Giuseppe Osti, el artífice de las disposiciones sobre contratos del mencionado cuerpo normativo, han servido a un muy relevante sector de la doctrina para defender la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad en materia de inejecución de obligaciones y para sostener que la “causa no imputable” (esto es, la ausencia de culpa) cumple un muy limitado propósito en tal sistema jurídico, dado que sólo exonera al deudor de responsabilidad en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación. De ello da cuenta VISINTINI, Giovanna. “Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil”. Traducción, edición y notas de LEÓN HILARIO, Leysser. Lima: ARA. 2002. p. 93.

La tesis subjetiva se ha defendido en Italia sobre la base de lo establecido en el artículo 1176 del Codice, en el que se prescribe que “en el cumplimiento de la obligación el deudor debe emplear la diligencia del buen padre de familia”, y en otros preceptos (particularmente, el contenido en el artículo 2236 del Codice) que hacen expresa referencia a la culpa. Algún sector de la doctrina ha sabido recurrir a la tradicional distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, formulada por Demogue en los años veinte, para postular que sólo en la primera categoría adquiere la diligencia relevancia como contenido de la prestación ex-artículo 1176 del Codice, mientras que en la segunda la responsabilidad debe seguirse objetivamente de la simple demostración del cumplimiento inexacto. Cfr. FRANZONI, Máximo. “La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado”. En: ALPA y otros. “Estudios sobre la responsabilidad civil”. Traducción y edición a cargo de LEÓN HILARIO, Leysser. Lima: ARA. 2001. p. 382; quien en su sistema jurídico considera manifiesto –en tesis que parece compartir Giovanna Visintini en lo sustancial– que el régimen de responsabilidad es objetivo en cuanto toca a las obligaciones de resultado y subjetivo en lo relativo a las obligaciones de medios.

En el ordenamiento germano, por su parte, las modificaciones introducidas en el Código Civil por la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones) que entró en vigor el 1 de enero de 2002, han dejado firmemente encuadrado el precepto contenido en el artículo 276 del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) según el cual “el deudor es responsable por actos u omisiones deliberados y negligentes, a menos que la existencia de un grado más estricto o menos estricto de responsabilidad haya sido establecido o deba inferirse del contenido de la obligación, en particular del otorgamiento de una garantía o de la asunción de un riesgo”; norma que –como puede observarse– si bien reconoce la responsabilidad por culpa como regla general en materia de incumplimiento, admite regímenes objetivos cuando deba estimarse que el deudor otorgó, explícita o implícitamente, una garantía (término que aquí debe entenderse en el sentido tradicional de “prestaciones de garantía”, como las que contrae una empresa de seguros frente a sus asegurados) o asumió un riesgo. Para una explicación más detallada sobre la noción de “prestaciones de garantía” –término que designa en general a las situaciones jurídicas que suponen la asunción de una garantía por riesgos– puede consultarse: FORNO FLÓREZ, Hugo. “Precisiones conceptuales en torno a la promesa del hecho ajeno”. En: *Advocatus* 4. Año 3. 1992. p. 50; y BETTI, Emilio. “Teoria Generale delle Obligatione”. Vol. I. Milán: Giuffrè. 1953. p. 44.

⁵ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésimo segunda edición.

⁶ CORSARO, Luigi. “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”. En: ALPA y otros. Op. cit., pp. 145-146.

⁷ La falta de un criterio claro para distinguir el comportamiento diligente del negligente puede generar actitudes ineficientes en el deudor que, considerando la posibilidad de que ciertas precauciones, aún siendo económicamente adoptables, sean entendidas por el juez como extrañas a la obligación de diligencia, puede verse inducido a conformarse simple y llanamente con seguir a pie juntilla las medidas tradicionales de cuidado o a actuar de un modo menos cuidadoso que el potencialmente alcanzable. Ver, al respecto: TRIMARCHI, Pietro. “Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual”. En: THEMIS-Revista de Derecho 29. Segunda Época. 1994. p. 98.

de la definición de un estándar que permita trazar una clara línea divisoria es innegable cuando se tiene en cuenta que, si es que no existieran restricciones presupuestarias y no fuera necesario efectuar un análisis-costo beneficio en cada caso, cualquier potencial daño podría ser evitado mediante la adopción de alguna prevención⁸. Para demostrarlo, basta con retornar a nuestro ejemplo original y preguntarnos si la conclusión intuitiva que habíamos formulado a favor de la responsabilidad contractual debería mantenerse si en lugar de haberse pinchado una llanta se hubieran pinchado las cuatro. Nótese que, al igual como ocurría en la hipótesis que propusimos líneas arriba, la entrega tardía también podría ser evitada en este caso si es que el transportista contara con neumáticos de repuesto, aunque ahora éstos deberían ser cuatro. Si para establecer que un individuo actuó con negligencia bastara con demostrar que éste podría haber evitado el accidente adoptando alguna medida de cuidado, la imputación de responsabilidad bajo la regla de la culpa resultaría pocas veces controvertida. Ese no es, por cierto, el criterio que propone nuestro Código Civil: cualquier indagación sobre el nivel de diligencia de un sujeto debe considerar “la naturaleza de la obligación” y “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Encuadrados en el marco delineado por los antes referidos parámetros, a nuestro parecer resultaría inapropiado que se adjudicara responsabilidad en un sistema subjetivo como el nuestro bajo el argumento de que el transportista podría haber tomado la precaución de contar con cuatro llantas de repuesto. Tal nivel de cuidado parecería inexigible en un mundo en el que la posibilidad de que los cuatro neumáticos se pinchen al mismo tiempo es bastante remota y en el que, por lo tanto, una prevención de tal naturaleza parecería incongruente con “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Por supuesto que sería posible alegar en sentido contrario y sostener que si se tomara en cuenta la tremenda relevancia de los documentos cualquier medida de cuidado parecería justificable, pero una propuesta de ese tipo no parece admisible puesto que –por esa vía– podríamos terminar aceptando que el transportista estaba obligado a comisionar dos vehículos, uno para el cumplimiento

del encargo y el otro para cubrir cualquier contingencia que pudiera presentarse.

En la jurisprudencia del *common law* el estándar de la culpa (más precisamente, de la diligencia exigible) fue formalizado con mayor precisión por el juez Learned Hand, aunque con ocasión de una disputa sobre responsabilidad extracontractual, en el famoso caso *United States v. Carrol Towing Co.*⁹. La regla propuesta en tal caso –conocida como la fórmula de Hand en memoria de su autor– postula que un individuo incurre en negligencia únicamente en el supuesto en el que el costo de la medida de cuidado (que llamaremos “*c*”) es inferior al “costo esperado de un evento dañoso” (o “*pD*”), siendo *pD* la resultante de multiplicar la probabilidad de ocurrencia del daño (o “*p*”) por la magnitud de tal daño en el caso de suscitarse (o “*D*”). Aunque Hand nunca formalizó su razonamiento en términos matemáticos, los textos más difundidos de Análisis Económico del Derecho coinciden en puntualizar que –bajo criterios económicos– existe culpa (o negligencia) cuando $c < pD$, mientras que no la hay cuando $c > pD$ ¹⁰.

Sin dejar de reconocer la necesidad de efectuar ajustes en el modelo propuesto en el párrafo precedente a fin de encontrar soluciones más consistentes con la racionalidad económica, la intuición básica tras la fórmula de Hand puede ayudarnos a explicar con relativa sencillez por qué puede estimarse que existe negligencia cuando se pincha una sola llanta y no se cuenta con un repuesto y debe concluirse que no hay culpa cuando son cuatro las llantas afectadas. La distinción tiene que ver, como resulta evidente, con la mayor o menor probabilidad de ocurrencia del evento dañoso (*p*): la posibilidad de que se pinche una llanta es relativamente más alta que la probabilidad de que se pinchen las cuatro. Contar con una llanta de repuesto resulta tan razonable que todos los vehículos que se producen el día de hoy vienen con el repuesto instalado desde fábrica. Instalar cuatro llantas de repuesto, en cambio, supondría un gran costo (*c*) en términos de espacio que no parecería justificado frente a la reducida probabilidad de que todos los neumáticos resulten afectados en un accidente.

⁸ En igual sentido, DE TRAZEGNIES, Fernando. “La responsabilidad extracontractual”. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990. p. 70: “Pero, en última instancia, todos los accidentes pueden evitarse; la diferencia está en el costo en que se incurre para evitarlos: hay accidentes que son evitables a un costo razonable y otros que sólo serían evitables a un costo excesivo. Por consiguiente, si el principio subjetivo establece que sólo se incurre en culpa por negligencia cuando no se ha adoptado una precaución de costo razonable, era necesario cuantificar la razonabilidad; en otras palabras, había que determinar hasta cuánto un hombre razonable debe gastar en precauciones para evitar un accidente”.

⁹ 159 F2d 169 (2nd Circ. 1947).

¹⁰ Aunque reconocen la intuición económica en la regla, Landes y Posner critican la formulación en estos términos porque sitúa el problema en términos absolutos y no en términos marginales. Señalan los autores, en opinión que compartimos, que lo que importa no es la confrontación del monto total del daño potencial con el costo total de la prevención, sino más bien la evaluación conjunta de los beneficios marginales de la adopción de la medida de cuidado bajo análisis (lo que supone determinar cuánto se reduce el costo potencial del daño con la introducción de una cierta precaución) y los costos marginales de la prevención. Otra forma de expresar la crítica es sostener que lo que interesa no es tanto que el valor absoluto de *c* sea superior o inferior a *pD*, sino que de lo que se trata es de minimizar el costo social del evento dañoso, lo que supone exigir que el potencial causante de un daño elija el nivel de precauciones que minimice $c + pD$. Para una explicación más detallada de este refinamiento en el análisis, puede consultarse: LANDES, William y Richard POSNER. “The Economic Structure of Tort Law”. Cambridge: Harvard. 1987. pp. 87-88.

En un sistema de responsabilidad contractual objetivo, el transportista debería responder aun cuando no hubiera podido evitar el daño mediante la adopción de precauciones razonables. Bastaría con constatar que los documentos no fueron entregados oportunamente para obligar al deudor a pagar una indemnización por los daños causados, sin importar que el incumplimiento haya sido originado por la pinchadura de una o de cuatro llantas. Es verdad que los criterios de imputación objetiva admiten normalmente defensas relacionadas con la imposibilidad sobrevenida de la prestación (de modo que la responsabilidad queda exonerada si el deudor puede probar que el comportamiento comprometido no resultaba objetivamente ejecutable), pero no es menos cierto que en la realidad económica –ya sea dentro de los límites del sistema de responsabilidad civil o fuera de éstos– es posible identificar supuestos en los que la obligación de asumir el peso económico del daño resulta inexcusable y en los que, de esta forma, puede afirmarse que el riesgo de no consecución del resultado querido por una parte se hace recaer íntegramente en la otra.

Piénsese, para empezar con las situaciones más evidentes, en el contrato de seguro, en el que una de las partes –la compañía aseguradora– se obliga a cubrir los daños en el supuesto que la otra –el asegurado– sufra un siniestro perfectamente determinado. No se encuentra objeción en este caso a aceptar la tesis de que, no obstante que la producción del evento se encuentra totalmente fuera del control de la compañía aseguradora, es perfectamente válido que ésta asuma el riesgo del siniestro y soporte el peso económico de un daño que ninguna medida de cuidado de su parte hubiera podido evitar. Es verdad que el caso de los seguros excede *stricto sensu* el problema de la responsabilidad objetiva porque el pago de la “indemnización” por la compañía aseguradora no supone la existencia de un incumplimiento previo sino más bien la ejecución de una garantía otorgada. No obstante ello, con el análisis de otras figuras contractuales podrá verse cómo es que lo único que distingue los casos de mero otorgamiento de garantía de los verdaderos supuestos de responsabilidad objetiva es que en estos últimos la garantía –con el límite o no de la imposibilidad sobrevenida, dado que ésta no tiene por qué ser absoluta– viene otorgada por el propio deudor. Más allá de estos refinamientos, en general es perfectamente imaginable que las partes en un negocio

convengan en pagar una cierta indemnización o en ejecutar algún otro remedio cuando el resultado esperado por la contraria no se alcance a pesar de haberse adoptado todas las precauciones razonables para la consecución del fin querido.

Una hipótesis muy interesante es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, regulada en los artículos 1470 y siguientes de nuestro Código Civil, respecto de la que se admite explícitamente, como ocurre en los contratos de seguro, que una de las partes (el promitente) se obligue a pagar una indemnización a la otra (el promisario) en el caso que un cierto evento querido por esta última no se verifique, lo que, por supuesto, ocurrirá con prescindencia de todas las gestiones que –de considerarlo necesario– podría haber desplegado el promitente frente al tercero para inducirlo a ejecutar el hecho prometido. Y si es perfectamente posible que un privado asuma el riesgo de que un evento ajeno por completo a su esfera jurídica ocurra (o no ocurra), parecería absurdo que se objetara la posibilidad de que cualquier persona convenga en asumir objetivamente el riesgo de que un determinado evento usualmente bajo su control (este es el caso de la ejecución de una prestación en una relación obligatoria) no llegue a producirse, con prescindencia de la causa a la que esto pueda atribuirse¹¹. La realidad nos ofrece, una vez más, una serie de situaciones como la que aquí se propone.

Un buen ejemplo –al que nos referiremos con mayor atención posteriormente– viene dado por las garantías de consumo que, bien vistas las cosas, constituyen estipulaciones contractuales insertas en contratos de compraventa por las cuales una de las partes (el proveedor) asume, en un inobjetable caso de responsabilidad objetiva, la obligación de reparar o sustituir el bien que ha vendido en el caso que éste sufra algún desperfecto. Nótese cómo es que la garantía compele a la reparación o sustitución por el proveedor sin importar que éste haya puesto toda la diligencia posible en la fabricación del bien y, siendo ello así, la cobertura debe otorgarse con prescindencia de que se haya actuado (o no) negligentemente en el cumplimiento. Que se afirme tal cosa no implica, por cierto, que la adopción de un criterio de imputación objetivo no sea capaz de inducir al proveedor a adoptar precauciones, sino todo lo contrario: como quiera que el proveedor deberá remediar siempre el defecto del producto, tendrá incentivos suficientes para invertir en medidas de cuidado (*c*) hasta el punto en que se minimice

¹¹ En la misma línea apunta el ejemplo propuesto por Hugo Forno: “Piénsese en el caso de un médico. El paciente requiere de una intervención quirúrgica muy delicada y el médico se obliga a practicarla. Esto constituye una obligación con prestación de hacer (de medios), en cuya ejecución debe poner todos sus conocimientos y aptitudes. Pero el médico no puede prometer que como consecuencia de su obrar se obtendrá la curación del paciente porque en el proceso intervienen factores externos e incontrolables para él. Precisamente en esto consiste el riesgo que pesa sobre el paciente porque es posible que a pesar de la inobjetable intervención del médico, el paciente muera. Entonces, si el médico promete la curación del paciente lo que en realidad está haciendo es otorgarle una garantía de ese resultado incierto asumiendo el riesgo de que no se obtenga el resultado esperado. Si esto ocurre, el médico tendrá que pagar una indemnización (eventualmente a los herederos del paciente)”. FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. cit., p. 49. El supuesto de una obligación de medios a la que se añade una prestación de garantía respecto del resultado no controlable por el deudor constituye a nuestro juicio (al menos en sustancia) un verdadero caso de responsabilidad objetiva.

$c + pD$. Los defectos que no puedan ser evitados con tal nivel de prevención constituyen parte del riesgo puro asumido por el proveedor, dado que éste deberá pagar de cualquier forma la indemnización¹².

De una u otra forma, todos los contratos comprenden al mismo tiempo “elementos de prevención” y “elementos de riesgo”. Si las partes pudieran redactar un contrato perfecto¹³ de modo que el peso económico de todas las contingencias que pudieran afectar la relación se hicieran recaer en una o en la otra, algunas veces la asignación podría justificarse sobre la base de un criterio de “prevención” bajo el entendido de que la parte a la que se hace soportar la contingencia está en mejor posibilidad de adoptar precauciones para evitar el daño¹⁴. Otras veces, en cambio, la asignación debería justificarse bajo criterios de “puro riesgo”: aunque la parte que lo soporta no pueda finalmente adoptar precauciones para evitar el evento dañoso, sí puede estar en mejor aptitud para estimar su magnitud o para diluir su peso económico¹⁵.

Los contratos de mensajería, lo mismo que los contratos de transporte, pueden estructurarse de modo tal que el riesgo no evitable¹⁶ de pérdida de los bienes transportados (supuesto que, de un modo lato, puede calificarse como incumplimiento del contrato) se haga recaer indistintamente en una parte o en la otra. Piénsese por un momento en las distintas modalidades de servicio que ofrecen empresas de *courier* como DHL o Federal Express. Si el consumidor no está particularmente interesado en un servicio rápido y si no tiene inconveniente en asumir el riesgo de que sus bienes se pierdan en el curso del viaje por un evento externo incontrolable por el proveedor, puede elegir libremente el servicio básico que normalmente ofrece este tipo de empresas. Si el cliente desea, en cambio, que el proveedor se comprometa a transportar las mercaderías con particular rapidez y asuma además el costo de la pérdida sin limitación de ninguna especie, es perfectamente posible elegir un servicio que –por una contraprestación más elevada– proporcione precisamente esas características. En el extremo, es factible incluso que el cliente elija coberturas variables

dependiendo del valor de la mercadería cuyo transporte encarga (a la usanza de un seguro común y corriente)¹⁷.

Las distintas opciones que el mercado ofrece en relación con los servicios de *courier*, pero también en lo relativo a otras manifestaciones contractuales (contratos de obra, contratos de corretaje, contratos de asesoría financiera, etc.), dejan al descubierto una serie de cuestiones que parece absolutamente atinado considerar en lo tocante al modo en que los privados asumen el peso económico de eventos contingentes. En primer lugar, la distribución de los riesgos (y en este aspecto no nos estamos refiriendo únicamente al riesgo de incumplimiento) no siempre es homogénea entre tipos contractuales: de la misma forma en que puede imaginarse un contrato de obra en el que el riesgo de elevación del precio de los insumos se haga recaer en el comitente, también es concebible que ese mismo riesgo sea asumido por el contratista. En segundo término, la asunción de un cierto riesgo por una de las partes supone un costo económico intangible cuyo valor puede ser estimado y que normalmente origina el incremento de la contraprestación exigida por quien asume el riesgo (o, cosa también probable cuando la contraprestación no resulta incrementada, genera una disminución correlativa del beneficio esperado del contrato para quien asume el riesgo). Finalmente, el requerimiento de que la contraparte asuma el riesgo no obstante la posible exigencia por ésta de una mayor contraprestación supone que existen circunstancias en las que un privado puede preferir pagar más por un bien o un servicio a condición de quedar liberado anticipadamente de un cierto evento dañoso que resulta contingente.

Para explicar cada una de estas cuestiones y definir sus implicancias en el diseño del sistema legal, es necesario adentrarse en la concepción económica del riesgo. Es verdad que, desde un punto de vista intuitivo, el riesgo puede definirse como la probabilidad de la ocurrencia de un daño a causa de la verificación (o no verificación) de un evento¹⁸ o, más sencillamente, como la contingencia o proximidad de sufrir un daño¹⁹. Desde un punto de vista técnico, los economistas prefieren

¹² Nótese cómo, en los casos de responsabilidad objetiva, es razonable tomar precauciones sólo hasta el punto en el que el costo marginal de una medida de cuidado se haga igual al beneficio marginal generado por dicha medida en términos de reducción del costo esperado de los accidentes. Cuando la adición de una nueva medida de cuidado genera más costos que beneficios, la decisión racional consiste en no invertir en tal medida y asumir –en su lugar– el riesgo del pago de una indemnización.

¹³ Se habla de “contrato perfecto” o “contrato completo” para aludir a un contrato cuyas estipulaciones cubren todas las contingencias que pueden afectar a la relación jurídica. Cfr. COOTER, Robert y Thomas ULEN. “Derecho y economía”. México: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 265-266.

¹⁴ Cuando la responsabilidad se asigna a la parte que puede adoptar precauciones a más bajo costo, suele decirse que la asignación responde al criterio del *cheapest cost avoider*.

¹⁵ Cuando la responsabilidad se asigna a la parte que se encuentra en mejor capacidad de estimar la magnitud del riesgo o de diversificarlo y, por tanto, puede asegurar el evento a más bajo costo, el criterio económico que se emplea es el del *cheapest risk bearer*.

¹⁶ La expresión “riesgo no evitable” debe entenderse aquí equivalente de riesgo no evitable en términos razonables bajo el estándar de diligencia.

¹⁷ Para constatarlo, sugerimos revisar las siguientes páginas web: www.dhl.com y www.fedex.com.

¹⁸ Así, en FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. cit., p. 50.

¹⁹ Como, recurriendo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, prefiere definirlo algún otro autor. Ver: PATRÓN, Carlos. “Advertencia: la regulación del riesgo puede ser dañina para la salud. La percepción y regulación del riesgo en la sociedad”. En: *Ius et Veritas* 19. p. 64.

distinguir el concepto de “incertidumbre” del concepto de “riesgo” en sentido estricto: “mientras que el riesgo implica un conocimiento previo [o una estimación informada] de las probabilidades de ocurrencia de cada evento, la incertidumbre implica un desconocimiento de tal distribución de probabilidades”²⁰. Cooter y Ulen describen dos tipos de incertidumbre: la primera, que denominan incertidumbre primaria, existe porque algunos eventos futuros que son cruciales para las decisiones económicas tomadas hoy son desconocidos; la segunda, en cambio, surge porque la información acerca de ciertos eventos futuros o presentes es conocida por algunos agentes económicos, pero no por todos²¹.

Al celebrar un contrato que deberá ejecutarse posteriormente, las partes normalmente estiman los costos o beneficios relacionados con el negocio, aunque la magnitud exacta de tales variables se encuentre sujeta a incertidumbre. Cuando la incertidumbre a la que se halla sometida una variable se toma en cuenta para estimar la utilidad de ésta, nace el concepto de “utilidad esperada”. Una persona a la que se le solicite definir si preferiría recibir S/. 1,000 o uno de los diez boletos emitidos en una lotería en la que se sorteará S/. 10,000 normalmente tomará la primera alternativa porque ésta se le representa como más segura. Desde un punto de vista estrictamente matemático, sin embargo, el valor monetario esperado de ambas opciones es exactamente el mismo: S/. 1,000 resulta equivalente a una probabilidad de 10% de obtener S/. 10,000 (ó $0.10 \times S/. 10,000$)²². Nótese cómo, en el ejemplo que se propone, el riesgo relacionado con la lotería es perfectamente conocido y, a pesar de ello, podemos aceptar que un individuo común y corriente estaría inclinado a considerar que la opción más segura le produce una mayor utilidad esperada, aunque ésta no sea la que mayores beneficios le puede proporcionar en todas las circunstancias imaginables. Que el valor monetario esperado de dos opciones (una cierta y la otra incierta) sea el mismo no importa, como puede observarse, que la “utilidad esperada” de las alternativas sea equivalente para todos los individuos.

La discrepancia entre el valor monetario esperado y la utilidad esperada de un resultado incierto puede explicarse mejor cuando se consideran las actitudes hacia el riesgo que pueden presentar los agentes económicos. La mayor parte de los individuos parecen ser adversos al riesgo lo que, puesto en otros términos,

supone que consideran que la utilidad de una perspectiva cierta de un ingreso monetario es mayor que la utilidad esperada de una perspectiva incierta de un valor monetario esperado igual²³. Los economistas explican la aversión al riesgo recurriendo al concepto de *utilidad marginal decreciente del ingreso*, con el que se quiere denotar que las últimas unidades de un determinado bien generan menos utilidad que las primeras unidades. Uno puede imaginar, por ejemplo, que el primer plato de comida reporta para un sujeto hambriento mayor utilidad que el segundo; en el extremo, el primero podría haberle salvado la vida y el segundo sólo haber satisfecho un capricho de gula. De la misma forma, una persona pobre extraerá mayor utilidad de los primeros S/. 100 que obtenga que de los segundos S/. 100: cuando un agente económico sufre graves restricciones presupuestarias, sus escasos ingresos se dirigen a satisfacer en primer lugar las necesidades más urgentes; pero, conforme el ingreso se incrementa, pueden cubrirse necesidades cuya satisfacción origina menor utilidad. Cuando una persona exhibe una utilidad marginal decreciente en su ingreso, la perspectiva de arriesgar S/. 100 que se poseen en una apuesta que otorga un 50% de probabilidades de ganar S/. 200 resulta absolutamente irracional. La explicación del fenómeno ahora es sencilla: los primeros S/. 100 otorgan una mayor utilidad en este caso que los segundos S/. 100 que se obtendrían de ganarse la apuesta.

Por más común que parezca la aversión al riesgo, no puede negarse que algunos individuos (este es el caso de los apostadores) muestran una especial predilección por el riesgo mientras que otros (podría ser el caso de las organizaciones empresariales) son capaces de adoptar decisiones sin denotar una particular inclinación a favor o en contra del riesgo. La preferencia por el riesgo se encuentra correlacionada con una utilidad marginal del ingreso creciente: cuando un individuo obtiene más utilidad de la misma suma monetaria conforme su ingreso se va incrementando puede verse tentado, a diferencia de lo que ocurriría con una persona adversa al riesgo, a jugar al “doble o nada” con tal de duplicar su capital. La neutralidad hacia el riesgo, en cambio, se vincula con una utilidad marginal del ingreso constante, lo que implica que el individuo se muestra indiferente entre una perspectiva cierta de ingreso y una expectativa incierta de un valor monetario esperado igual.

²⁰ KAFKA, Folke. “Teoría económica”. Tercera edición. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. 1996. p. 76.

²¹ COOTER y ULEN. Op. cit., p. 67.

²² El valor esperado es la suma de las probabilidades de cada resultado posible multiplicadas por el valor de cada uno de tales resultados. En el caso que la persona de nuestro ejemplo optara por jugar la lotería, existirían hasta diez resultados esperados (nueve perdedores y uno ganador), cada uno de los cuales estaría afectado por una igual probabilidad de realización (10%). El valor esperado (VE) del juego sería entonces:

$VE = 0.1 (S/0) + 0.1 (S/10,000) = S/. 1,000.$

²³ COOTER y ULEN. Op. cit., p. 70.

Hasta este punto hemos supuesto, aunque sólo para explicar los conceptos, que la probabilidad de ocurrencia del evento contingente era conocida de antemano. Dicho en otros términos, nuestros ejemplos sobre loterías y apuestas tenían que ver con casos de “riesgo” en sentido estricto, en los que el individuo que debía elegir había sido informado previamente de cuántos boletos habían sido emitidos. Por regla general, sin embargo, no es posible establecer con certeza absoluta cuál es la distribución de probabilidades entre cada uno de los posibles resultados de una acción o decisión. A lo más que podemos aspirar es a realizar una estimación del riesgo comprometido. Está bastante claro que –en condiciones de incertidumbre– quien posea mayor información estará en capacidad de predecir con mayor exactitud el riesgo involucrado en una transacción. Piénsese, una vez más, en el mercado de seguros. Al emitir una póliza contra accidentes vehiculares vigente por un año, la compañía de seguros no sabe a ciencia cierta si el asegurado sufrirá (o no) un siniestro durante la vigencia del contrato. Como quiera que la compañía tiene muchos otros clientes, empero, sí está en capacidad de estimar –usando modelos matemáticos– cuántos siniestros sufrirá aproximadamente el conjunto de sus clientes. Para realizar tales estimaciones, la compañía puede recurrir a información estadística sobre accidentes vehiculares ocurridos en la misma jurisdicción durante los años anteriores (la que será tanto más valiosa en cuanto muestre un mayor patrón de regularidad), evaluar el nivel de siniestralidad previa de sus propios asegurados, etc. La idea que soporta este tipo de estimaciones es la denominada *ley de los grandes números*, según la cual “los eventos imprevisibles para los individuos se vuelven previsible entre grupos grandes de individuos”²⁴.

El hecho de que la técnica de los seguros se sustente en el agrupamiento de clientes (llamado *pooling* en inglés) no sólo se justifica en que ello permite una mejor estimación del riesgo, sino también en que es esa misma agrupación la que habilita que los siniestros sean cubiertos con los fondos que proporcionan los asegurados, de modo que el peso económico de los daños se distribuya entre ellos. Imaginemos que la compañía de seguros ha asegurado contra accidentes 1,000 vehículos de las mismas características. Supongamos, además, que la compañía puede predecir con absoluta certeza que en el curso del ejercicio anual se producirán, al interior de este grupo, 100 siniestros

por un valor monetario total de S/. 100,000. Ello significa que, sólo con el propósito de cubrir los siniestros, la compañía debería recaudar de cada asegurado un monto igual a $S/. 100,000 \div 1,000$ ó S/. 100. En la terminología propia del negocio de seguros, se diría que éste es el monto de la *prima pura de riesgo*. Por supuesto que las compañías de seguros existen para obtener beneficios y, siendo ello así, suman a la prima pura de riesgo otros conceptos (prima comercial, margen de ganancia, etc.). Aun así, la imposibilidad de que cada asegurado pueda establecer a ciencia cierta el nivel de riesgo que confronta aunada a la normal aversión al riesgo de los individuos puede hacer aparecer la contratación de un seguro como deseable, no obstante que es altamente probable que el valor monetario esperado de los siniestros sea inferior a la prima que se deba pagar a la compañía.

Tal como ocurre en el mercado de los seguros, en el que los ofertantes se encuentran en mejor capacidad de estimar el riesgo o de distribuir su peso económico entre la pluralidad de demandantes, en un contrato privado es posible identificar cuál de las partes cuenta con mejor información que la otra para estimar ciertos riesgos o se halla en capacidad de diluir (distribuir o diversificar) más fácilmente el peso económico de éstos, lo que puede orientar la distribución de las contingencias dispuesta por las partes o por la ley.

La responsabilidad por productos defectuosos, regulada por la Ley de Protección al Consumidor en términos objetivos²⁵, ofrece algunos ejemplos interesantes. En el año 1995, mientras me desempeñaba como asistente legal de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, tuve noticia de un caso particularmente curioso. Una consumidora se presentó ante la Secretaría Técnica de la Comisión portando una botella vacía de una conocida bebida negra en cuyo interior podía observarse (aunque es verdad que sólo luego de especial esfuerzo) el cuerpo inerte y completamente calcinado de un pequeño roedor. Según indicaba la consumidora, como quiera que el animal mostraba una extraña coloración negruzca, su presencia no había podido ser detectada por sus hijos cuando la botella estaba llena, lo que había ocasionado que bebieran desaprensivamente el líquido. Creo recordar que el asunto se solucionó por la vía de la conciliación. Hasta que el acuerdo final quedó concluido, sin embargo, nuestras pesquisas nos habían conducido a establecer que la empresa que

²⁴ Ibid., p. 76.

²⁵ Que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos definido por la Ley de Protección al Consumidor es objetivo se encuentra fuera de discusión en nuestro ordenamiento. Así se deriva de lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo 716 que establece que “el proveedor es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos” sin admitir que el proveedor pruebe su diligencia. La naturaleza objetiva de la responsabilidad ha sido ratificada por los órganos funcionales del INDECOPI en reiterada jurisprudencia administrativa. Puede verse, al respecto: BULLARD, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Lima: Palestra. 2003. pp. 324-325.

producía la bebida había instalado todo tipo de controles humanos y tecnológicos para evitar la presencia de cuerpos extraños en sus productos. De hecho, todo hacía indicar que la tecnología desplegada era de las más modernas que estaban a disposición y que, no obstante ello, no era posible garantizar que el 100% de los productos estuvieran libres de fallas. Si el régimen de responsabilidad por productos defectuosos fuera subjetivo, a la empresa embotelladora le bastaría para exonerar su responsabilidad con demostrar que adoptó todas las precauciones razonables para minimizar la probabilidad de eventos similares. ¿Cómo explicar que nuestro Derecho opte por un sistema objetivo a pesar de que daños como los sufridos por los hijos de la consumidora de nuestro ejemplo no podían evitarse en términos costo-eficientes? La respuesta puede fundarse en la superior capacidad de la empresa embotelladora para asumir el riesgo: ella puede estimar más fácilmente el valor implicado (embotella cientos de miles de bebidas al año) y está en mejor posición para diluir el costo de los daños esperados entre todos los consumidores mediante el sistema de precios.

Como los ejemplos propuestos hasta este punto sugieren, si las partes pudieran invertir tiempo y recursos infinitos en la celebración de contratos perfectos, la distribución de riesgos entre ellas hallaría soporte en criterios eficientes de “prevención” o de “puro riesgo”. Así, cuando una de las partes pudiera adoptar medidas de cuidado para prevenir a menor costo un evento dañoso (por ejemplo, el deudor respecto de la posibilidad de incurrir en incumplimiento), dicha parte debería asumir el riesgo. Cuando el riesgo no fuera controlable por ninguna de

las partes, en cambio, sería esperable que éste se trasladara a la parte que pudiera estimarlo o diluirlo con mayor facilidad.

Toda vez que entre nosotros rige el principio de autonomía privada y las normas sobre contratos son por regla general dispositivas (lo que incluye, salvo ciertas restricciones²⁶, a las reglas de responsabilidad contractual), la razón nos induce a pensar que los preceptos del Código Civil deben ser diseñados tratando de reproducir lo que las partes estipularían si pudieran negociar sobre un determinado asunto²⁷. En este contexto, parece curioso que nuestro ordenamiento haya optado por afirmar de un modo tan radical un sistema general de responsabilidad subjetiva cuando en el campo de las obligaciones contractuales se presenta, aunque fuera con matices, una situación similar a la de los productos defectuosos: si bien es cierto que existen supuestos en los que la colaboración del acreedor es imprescindible para que el deudor pueda ejecutar la prestación a su cargo²⁸, en la mayoría de escenarios la ejecución exacta de la prestación dependerá casi exclusivamente del comportamiento del deudor²⁹. A esto se suma, por supuesto, el hecho que – precisamente porque se halla en control de la consumación– el deudor se encuentra normalmente en mejor capacidad para estimar la probabilidad de incumplimiento³⁰ y, posiblemente, para diluir su efecto en el mercado (sobre todo si celebra cotidianamente contratos de la misma especie). Si se considera con atención la naturaleza económica de los riesgos asociados al incumplimiento no debería extrañar que nos parezca necesario promover una seria discusión sobre la posibilidad de adoptar en

²⁶ Entre las más relevantes restricciones merecen destacarse las siguientes: (i) prohibición de estipulaciones que excluyan o limiten la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga (artículo 1328 del Código Civil); (ii) posibilidad de que el juez reduzca equitativamente la penalidad convencional (artículo 1346 del Código Civil) y (iii) imposibilidad de introducir cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en contratos de adhesión (artículo 1398 del Código Civil).

²⁷ Sobre el particular puede consultarse CRASWELL, Richard. “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”. En: Michigan Law Review 88. 1989. p. 489. Craswell sugiere que las reglas supletorias que se elijan sobre la base de este criterio tenderán a resultar coincidentes con las que pudieran haberse establecido sobre la base de criterios de eficiencia. En cualquier caso, si la regla coincide con lo que la mayoría de individuos pactaría en una sociedad, aquellos que no estuvieran de acuerdo con la regla podrían estipular en contrario.

²⁸ Existen diversas hipótesis que dan cuenta de esta posibilidad (el caso del pintor a quien se ha comisionado la elaboración de un retrato del acreedor y que requiere que éste pose para completar la obra es uno claro) y a ellos se refiere implícitamente el artículo 1338 de nuestro Código Civil cuando señala que “el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

²⁹ Que el riesgo de incumplimiento sea evitable por regla general a menor costo por el deudor (criterio de “prevención”) justificaría ya de por sí la introducción de un sistema objetivo de responsabilidad. Como explica el análisis económico del Derecho, el recurso a un sistema subjetivo parece recomendable cuando ambas partes pueden tomar medidas de cuidado (supuesto que se denomina de “precaución bilateral”) o cuando no puede establecerse *ex-ante* con carácter general cuál de las partes podría tomar las medidas de cuidado (supuesto de “precaución alternativa”). Cuando la experiencia demuestra, en cambio, que el control de la situación se encuentra normalmente a cargo de una de las partes (el deudor, en el caso del cumplimiento) el mantenimiento de un régimen de culpa puede generar ineficiencias. En primer término, la administración de un régimen subjetivo de responsabilidad es más costosa para el sistema de justicia porque exige un nivel de evaluación de las pruebas mucho mayor del que se requeriría en un régimen objetivo (en el que sólo hay que evidenciar la causalidad). En segundo lugar, la implantación de un sistema subjetivo en casos de “precaución unilateral” no supone ningún diferencial en términos de eficiencia que justifique los mayores costos asociados a su administración: cuando sólo una de las partes puede tomar precauciones, tanto la responsabilidad objetiva como la responsabilidad subjetiva pueden inducirla a adoptar un eficiente nivel de cuidado. En el caso de la responsabilidad subjetiva, ello se deriva de la expectativa que tiene el dañador de que su comportamiento diligente lo exonere de la obligación de reparar los daños que cause. En el caso de la responsabilidad objetiva, en cambio, la consecuencia se produce porque –como quiera que el dañador siempre habrá de asumir la obligación de reparar el daño– la mejor estrategia disponible para éste consiste en adoptar el mismo nivel de precauciones que adoptaría bajo un régimen de culpa, ya que (por definición) la adopción de mayores niveles de cuidado supondría que incurriera en mayores costos de prevención (*c*) que el valor esperado de los daños (*pD*).

³⁰ Esto es verdad en la mayor parte de los casos, aunque no necesariamente conozca a ciencia cierta el nivel de los daños que produciría al acreedor en caso de incumplimiento, como explicamos *infra* en el numeral 2.2.

nuestro ordenamiento una regla general de responsabilidad contractual objetiva³¹.

Al proponer esta idea, quisiera por supuesto superar la insólita confrontación entre el Derecho Civil y el análisis económico del Derecho que algunos han querido ver en nuestro medio³², como si quienes utilizan herramientas económicas en su razonamiento estuvieran analizando un fenómeno jurídico distinto cuando discurren sobre responsabilidad civil extracontractual o sobre contratos. Y si no podemos compartir este tipo de objeciones –por más que ellas se hagan pasar por científicas mediante la mera invocación del nombre de Hans Kelsen³³– mucho menos suscribiríamos la tesis de aquellos que pretenden negar valor a una idea por el simple hecho de que ésta tenga origen anglosajón³⁴. Las ideas resultan aceptables o no, al menos en el Derecho, no según su origen, sino en función de la utilidad práctica que su aceptación pueda producir: si un régimen subjetivo sirve mejor a determinados propósitos (como pienso que ocurre, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad extracontractual), entonces ese es el sistema que debemos defender; si, en cambio, es el régimen objetivo el que parece más recomendable en materia contractual dadas las particulares necesidades del tráfico y las ventajas que reportaría para una mejor administración de justicia, no se comete una herejía si se plantea revisar las bases de los dogmas que nos han sido legados por nuestros mayores, sino que se

contribuye a mantener vivo su pensamiento³⁵.

Dicho lo anterior, habría que dejar en claro (aunque esto no se haga con propósito de hacer parecer la idea más “atractiva” sino sólo como circunstancia de hecho que merece ser tenida en cuenta) que, como recuerda Visintini, la tesis objetiva ha sido receptada en Francia por vía jurisprudencial³⁶ y se encuentra fuertemente arraigada en la cultura jurídica italiana, a pesar de que un importante sector de su doctrina se haya esforzado por defender el punto de vista subjetivo. Es, por cierto, un gran jurista italiano (nos referimos a Pietro Trimarchi) el que sobre la base del razonamiento económico postuló por vez primera en el continente europeo tres razones de peso para justificar la adopción de una regla general de responsabilidad objetiva en materia contractual: ésta contribuye a producir una óptima distribución de recursos productivos (o, lo que es lo mismo, favorece la eficiencia productiva), presiona a favor del progreso técnico y reduce los costos judiciales³⁷. A pesar de que más de treinta años nos separan del tiempo en que Trimarchi expresó su parecer, no parece que tales razones hayan dejado de tener peso.

2. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Contrariamente a lo que podría pensarse con la simple lectura de los artículos 1314 y 1321 del Código Civil, la legislación peruana en materia contractual ha acogido

³¹ Repárese que lo que aquí se plantea es la adopción de un régimen objetivo como regla general. Nada impediría, por cierto, que –en casos en los que el comportamiento del acreedor fuera relevante para el cumplimiento de la prestación– las partes estipularan expresamente una regla de responsabilidad adecuada a las circunstancias (que bien podría estar fundada en la culpa). Las ventajas prácticas de un sistema objetivo, manifestadas en la reducción de las defensas ante imputaciones de incumplimiento y en la correlativa simplificación de procesos judiciales, parecerían lo suficientemente atractivas como para considerar esta posibilidad con especial atención.

³² Así, en: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. “Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. pp. 20-26.

³³ *Ibid.*, pp. 30-38.

³⁴ Así en: TORRES MENDEZ, Miguel. “Jurisprudencia Literaria y Filosófica. La aplicación del movimiento ‘Derecho y Literatura’ en la Jurisprudencia”. Lima: Grijley. 2003. p. 37.

³⁵ En una reciente mesa redonda que tuvo lugar en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tuve el placer de discutir con mis amigos y colegas Freddy Escobar, Leysser León, Eric Palacios, Rómulo Morales y Jorge Beltrán sobre la unificación de la responsabilidad civil, idea que –a fuerza de repetirse irreflexivamente en medios universitarios (que no académicos)– ha llegado a cobrar, como sucede en nuestra provincia con las ideas que provienen de los “lugares correctos”, una relevancia que a todos los nombrados nos parecía innecesaria. Esta experiencia me ha servido para confirmar que, cuando se discute alturadamente sobre ideas y se está dispuesto a considerar seriamente las razones del otro, es perfectamente posible que quienes utilizan herramientas de análisis diferentes lleguen a conclusiones semejantes, lo que por supuesto no debe extrañar en cuanto que el Derecho sólo intenta ser expresión de la racionalidad humana.

³⁶ VISINTINI, Giovanna. *Op.cit.*, p. 87.

³⁷ TRIMARCHI, Pietro. *Op. cit.*, pp. 91-101. A tal artículo pertenecen los siguientes párrafos, en los que lo sustancial del pensamiento del autor resulta compendiado:

“En primer lugar es más frecuente el caso en que sea el deudor, antes que el acreedor, el que puede adoptar medidas idóneas para prevenir el daño: sólo el deudor puede influir directamente sobre la ejecución de la prestación, para que sea exacta y oportuna. En segundo lugar debe considerarse que casi todas las medidas adoptables por el acreedor son adoptables también por el deudor. El adquirente puede controlar las mercaderías que le han suministrado, para comprobar en ellas defectos ocultos antes de que se produzcan daños; pero otro tanto puede hacer el deudor y –por regla (aun cuando no siempre)– lo puede hacer igualmente bien (...) Y nótese que, muy frecuentemente (pero no siempre), la misma medida es menos costosa para el deudor que para el acreedor. Por ejemplo, el control de los defectos de fabricación es –por regla general– menos costoso para el fabricante-vendedor que para el adquirente-usuario. (...)”

Tratándose de responsabilidad objetiva, ella opera aún cuando el incumplimiento no sea evitable, según el estado actual de la técnica. Pero porque se trata siempre de un incumplimiento debido a causas internas a la empresa, o a causas externas que sean manifiestamente irresistibles, es presumible que un desarrollo de la técnica pueda adoptar nuevos métodos para dominar tales causas de mal funcionamiento de la empresa. La responsabilidad objetiva tiene por ello el efecto de estimular el progreso técnico (...)

De otra parte, si los jueces adoptasen un concepto económico de “culpa” (...), y si este concepto debiera aplicarse en toda causa en la que se controvierte sobre la responsabilidad contractual, es claro que los procesos devendrían muy lentos y costosos, haciéndose necesarias complicadas pericias. Además, es por lo menos dudoso que en sede judicial puedan emerger todos los datos relevantes como para fundar valoraciones atendibles. ¿Por qué, por lo tanto, afrontar estas complicaciones, estas incertidumbres y estos costos judiciales, cuando el mismo resultado económico podría alcanzarse de modo más simple a través del instrumento de la responsabilidad objetiva?”.

supuestos que deben resolverse mediante la aplicación de criterios de imputación objetivos. La coexistencia de espacios de responsabilidad objetiva con un régimen general subjetivo no ha generado disputas de particular gravedad (por lo menos no tenemos noticia de ellas) sino que, como nos proponemos demostrar en las líneas que siguen, ha contribuido a simplificar el debate en áreas tan relevantes como los contratos traslativos de propiedad, uso o posesión sobre bienes y la protección al consumidor.

2.1. Las obligaciones de saneamiento

El Código Civil peruano regula, entre sus artículos 1484 y 1528, a las denominadas obligaciones de saneamiento. De conformidad con el artículo 1485 del Código, en nuestro ordenamiento el transferente de la propiedad, la posesión o el uso de un bien en virtud de un contrato “está obligado a responder frente al adquirente por la evicción³⁸, por los vicios ocultos del bien³⁹ o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor”. Se trata, como se ha encargado de puntualizar el distinguido profesor Manuel De la Puente y Lavalle, de supuestos de responsabilidad objetiva que impone la ley, ajenos por completo a que el hecho resulte imputable al deudor bajo criterios subjetivos: “Basta que se produzca una de las causales que señala la ley para el funcionamiento del saneamiento [ha dicho el maestro] para que surja la responsabilidad del transferente, independientemente del dolo o culpa de su parte (...)”⁴⁰.

Como hemos reconocido anteriormente⁴¹, que las obligaciones de saneamiento puedan catalogarse dentro del rubro de las llamadas prestaciones de garantía no parece que niegue la existencia de un verdadero supuesto de responsabilidad objetiva en este caso. Dos son las razones por las que estimamos tal cosa. La primera es que las consecuencias previstas por la norma se hacen depender (a diferencia de cuanto sucede en los contratos de seguro o en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero) del incumplimiento en sentido estricto en que incurre el deudor al entregar un bien que no resulta conforme con la finalidad para la cual fue adquirido. La segunda pasa por considerar que si el riesgo es asumido por el propio deudor, la distinción entre “garantía” y

responsabilidad objetiva se vuelve difusa y hasta se diría que desaparece por completo (recuérdese, como ha quedado indicado líneas arriba, que el dato característico en los sistemas de responsabilidad objetiva es que el deudor queda obligado a reparar el daño a pesar de que no hubiera podido evitarlo).

Es verdad que la objetividad de la imputación en las obligaciones de saneamiento no admite las defensas típicas de los regímenes legales de responsabilidad objetiva (los que suelen excusar el incumplimiento por imposibilidad sobrevenida de la prestación debida a eventos incontrolables por el deudor), pero –como nos encargaremos de puntualizar más adelante– nada obsta para que tales defensas sean relajadas, por vía contractual o legal, cuando se encuentra una buena justificación para imponer sobre los hombros del deudor incluso el riesgo de la imposibilidad.

Siendo ello así, pienso que el criterio de imputación objetiva se justifica mejor en materia de saneamiento por recurso al “puro riesgo” antes que a la “prevención”. Es verdad que el transferente podría tomar todo tipo de precauciones con la intención de minimizar la posibilidad de que un vicio oculto se manifieste después de ocurrida la transferencia (y, si actúa racionalmente, normalmente lo hará), pero no es menos cierto que –a pesar de todas las medidas de cuidado que adopte– si el vicio se hiciera evidente dentro de los tres meses de entregado el bien, en el caso de muebles, o seis, en el caso de inmuebles, no habría defensa alguna que podría oponer para liberarse de la obligación de sanear. Poco más o menos ocurre lo mismo en lo relativo al saneamiento por evicción y al saneamiento por hecho propio, que tampoco admiten defensas fundadas en la mayor o menor diligencia del transferente. Debido a esta circunstancia, el nivel de incertidumbre en la asignación de responsabilidad queda por completo minimizado y se simplifica notoriamente el debate ante las cortes, sin que en ello pueda advertirse ninguna afectación de criterios de justicia: si el transferente asume objetivamente la responsabilidad derivada de vicios ocultos o de la evicción no sólo es porque el control que ejercía sobre el bien antes de su entrega lo colocaba en mejor posición para adoptar precauciones, sino porque la información con la que contaba podía permitirle una mejor evaluación del riesgo.

³⁸ Tal como lo establece el artículo 1491 del Código Civil, la evicción se produce cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia.

³⁹ Según la línea adoptada por los artículos 1504 y 1505, el vicio da lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente, siempre y cuando el adquirente no hubiera podido conocer el defecto actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su actitud personal y con las circunstancias.

⁴⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general”. Tomo VI. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993. p. 256.

⁴¹ Ver, *supra*, nota 4h 11.

La hipótesis de saneamiento por hecho propio del transferente merece particular atención, puesto que su novedad en nuestro ordenamiento (fue introducida por el codificador de 1984) aunada a la amplitud del supuesto de hecho que la habilita, permiten que se imagine –aunque fuera en sede teórica– la posibilidad de sustituir, al menos en ciertos casos, una eventual demanda judicial por incumplimiento bajo el régimen general de responsabilidad civil (subjetivo) por una demanda fundada en el régimen objetivo del saneamiento. De acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil, “el transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto”. Nótese que, a diferencia del saneamiento por vicio oculto o por evicción, en los que el supuesto de hecho habilitante de la responsabilidad objetiva aparecía perfectamente delineado, el codificador ha optado por no aportar ninguna definición sobre lo que debe entenderse por “hecho propio”. Siendo ello así, cualquier perturbación de la propiedad o posesión que se suscitara dentro del plazo de exigibilidad del saneamiento –como ha sugerido De la Puente⁴²– podría justificar perfectamente que se actuaran los remedios previstos por el codificador, con prescindencia de la inexistencia de culpa.

Es verdad que la presencia del dolo o la culpa no ha pasado por completo desapercibida en la regulación de las obligaciones de saneamiento, puesto que ella debe tomarse en cuenta en el supuesto que el adquirente pretenda que una indemnización por el daño o perjuicio sufrido venga a sumarse a los efectos que se derivan de la mera resolución del contrato (que se actúa en este campo a través de la pretensión redhibitoria⁴³) o a la solicitud de reajuste de la contraprestación (denominada pretensión estimatoria⁴⁴). Esta es, como podrá intuirse de cuanto hemos expresado hasta este punto, una desviación de la imputación objetiva que nos parece injustificable y que oscurece lo que de otro modo podría resultar una regla simple⁴⁵. Obsérvese, sin embargo, que lo dispuesto en los artículos 1495 y 1512 del Código Civil asegura al adquirente que ejerce la pretensión redhibitoria no sólo la restitución del precio pagado

(efecto normal de cualquier resolución), sino la restitución del valor que el bien hubiera tenido de no haber sido afectado por la evicción, el vicio oculto o el hecho propio del transferente, y reconoce todavía el derecho a percibir además intereses legales, frutos devengados, costas del juicio, tributos y gastos y hasta las mejoras hechas de buena fe por el adquirente. Supuesto que el valor del bien pudiera ser mensurado adecuadamente por nuestros tribunales sobre la base de la expectativa (interés positivo)⁴⁶ del adquirente, nos resulta difícil concebir una hipótesis en la que pudiera ser necesario que éste demandara además una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en adición a todos los conceptos antes detallados. Sólo en el raro supuesto en que ello sea imaginable –si acaso– cobraría relevancia el dolo o la culpa con la que el transferente hubiera actuado.

El que se reconozca en las obligaciones de saneamiento un verdadero supuesto de responsabilidad objetiva no supone, por cierto, que todo el riesgo vinculado al propósito perseguido por el adquirente se haga recaer en el transferente (deudor). Una lectura conjunta de los artículos 1485 y 1486 del Código Civil permite constatar que, fuera del supuesto de disminución de valor (que no resulta particularmente interesante en el curso de nuestro análisis), el saneamiento sólo se debe en cuanto que el bien no pueda ser destinado a la finalidad para la cual fue adquirido, lo que coloca sobre los hombros del adquirente la carga de revelar al menos la tal finalidad. Si ésta no se indica expresa o tácitamente, el riesgo se asigna presumiendo que la voluntad de las partes es dar el bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar. La regla, por supuesto, se encuentra absolutamente injustificada: si la mejor estimación del riesgo depende de la información que cada parte maneje, no puede hacerse reposar en la esfera jurídica del deudor la cobertura de un evento contingente que éste no se encontraba razonablemente en posibilidad de prever. De la misma forma que las compañías de seguros están habilitadas para negar el pago de indemnizaciones en relación con preexistencias que no hubieran sido adecuadamente reveladas, el transferente sólo puede acordar la celebración de un contrato sobre la base de la

⁴² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p. 571.

⁴³ El término deriva de la voz latina *redhibeo*, derivado de *re* y *habeo*, que significaba primariamente volver a tomar o tener de regreso (*rursus habere*). Así en DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ibid., p. 484.

⁴⁴ La pretensión estimatoria se conoce también como acción *quantil minoris* y está destinada a obtener la disminución del precio en proporción a la afectación del bien. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ibid., p. 502.

⁴⁵ Como quiere EPSTEIN, Richard. “Simple Rules for a Complex World”. Cambridge: Harvard University Press. 1997. p. 96, en donde se defiende la responsabilidad objetiva con particular vehemencia: “En este punto es posible volver sobre el principal equilibrio heurístico que define la defensa de las reglas simples: realizar cualquier distinción siempre consume recursos administrativos y, en esa medida, tiene que justificarse en alguna mejora generada sobre los incentivos en su conjunto. Aquí la operación de un sistema de culpa normalmente costará mucho más que un régimen de responsabilidad objetiva: recolectar e interpretar información sobre las (...) variables críticas será muy probablemente un ejercicio en frustración”.

⁴⁶ Para una explicación más detallada del concepto de interés positivo puede consultarse un anterior trabajo mío. HARO SEIJAS, José Juan. “¿Podría usted ‘no hacer’ negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. En: *Advocatus* 7. Nueva Época. pp. 142-143.

información que se encontrara a su disposición. La responsabilidad objetiva por el vicio, por la evicción o por el hecho propio del transferente sólo alcanza, así las cosas, a la afectación de la finalidad que el transferente hubiera podido prever bajo criterios de razonabilidad: si el adquirente compra un auto destartado a un chatarrero con la esperanza de hacerlo funcionar y tal propósito no es adecuadamente revelado, el transferente tiene base suficiente como para presumir que el auto fue adquirido como chatarra y, luego, podrá negarse al saneamiento por vicio oculto relacionado con desperfectos en el motor.

2.2. La irreparabilidad de los daños imprevisibles

El modo en que el peso económico de las contingencias es distribuido en el saneamiento (considerando el bagaje de información que cada parte posee) pone de manifiesto la naturaleza recíproca del problema del riesgo. Es verdad que normalmente el deudor se encontrará en mejor capacidad de adoptar precauciones para asegurar el cumplimiento de su prestación, pero no es menos cierto que –en ocasiones– la estimación del riesgo concretamente ligado a la inejecución puede verse dificultada porque parte de la información relevante se encuentra en poder del acreedor. El sastre que se ha comprometido a confeccionar un traje de gala en el corto lapso de una semana cuenta con mejor información para estimar la probabilidad de incumplimiento (p): conoce, por ejemplo, cuál es la carga de trabajo pendiente en su sastrería; está al tanto del número de trabajadores de su sastrería y el nivel promedio de su productividad; puede proyectar más fácilmente que el cliente si es posible que surjan imponderables en el curso de la confección. Nadie en su sano juicio podría negar, por lo demás, que el sastre también está en mejor posición para adoptar precauciones a más bajo costo (c), de modo que se minimicen los efectos perjudiciales de una entrega tardía⁴⁷. En cambio, el sastre jamás podría conocer, salvo que el cliente se lo revelara, cuál es la magnitud del daño que causaría (D) en caso de incumplimiento y –por tanto– estará en imposibilidad de definir el nivel eficiente de precauciones que debe adoptar: ¿debería, por ejemplo, contratar personal adicional para minimizar todavía más el riesgo de una posible inejecución o tal contratación no tiene sentido porque, de cualquier forma, la posibilidad de incumplimiento es muy pequeña y todo hace indicar que el traje estará listo a tiempo?

Como han sugerido Ayres y Gertner⁴⁸, la regla legal que se adopte al definir la extensión de la responsabilidad por incumplimiento puede influir en el nivel de información que revelen las partes al negociar el contrato. Un cliente puede verse inclinado a no informar al sastre sobre las circunstancias especiales por las que requiere un traje de gala porque ello puede originar que el proveedor pretenda cobrar una prima adicional por la ocasión, como suele ocurrir –por citar sólo un caso– con los trajes de matrimonio. En igual medida, quien contrate a un *courier* para transportar documentos importantes puede tener incentivos para solicitar el servicio básico con intención de ahorrarse los costos que los servicios especiales podrían representar. Si la regla legal de responsabilidad permitiera en ambas hipótesis que los clientes pudieran cobrar una indemnización por el monto total del perjuicio sufrido en caso de incumplimiento, cualquier revelación de información quedaría frustrada. ¿Qué llevaría al consumidor de servicios de *courier* a contratar un servicio especial si, en el caso que sus documentos se pierdan, estaría en capacidad de exigir la misma indemnización por incumplimiento que podría solicitar si contratara el servicio básico? ¿Por qué revelaría el novio que su matrimonio se realizará en la misma fecha prevista para la entrega del traje, si ello podría significar un incremento en el precio?

Una regla legal que –al igual como ocurre en el caso de las obligaciones de saneamiento– limite la indemnización de los daños y perjuicios al nivel de daños normalmente relacionados con situaciones similares podría, en cambio, inducir la revelación de información y favorecer una mejor asignación de los recursos productivos. Esta es, precisamente, la regla que el día de hoy se reconoce en el sistema anglosajón sobre la base del fallo emitido por la Corte de Exchequer en el caso de *Hadley v. Baxendale*⁴⁹. Hadley era dueño de un molino a vapor en Gloucester, que empleaba para prestar servicios a terceros. El molino fue afectado por la rotura de uno de los ejes de transmisión, por lo que se hizo necesario que éste fuera enviado a Greenwich, localidad en la que se encontraba establecido el establecimiento de los fabricantes. El demandado era un transportista reputado en Gloucester, a quien se encargó el traslado del eje afectado y quien –debido a aparente negligencia– no cumplió oportunamente con su comisión. La demanda de Hadley solicitaba que, como indemnización por el incumplimiento, Baxendale asumiera el valor total de

⁴⁷ Podría observarse que el cliente también puede cubrirse frente al riesgo del incumplimiento encargando a otro sastre la confección de un traje semejante en el mismo lapso, pero –más allá de que ello resulta más bien inusual– está claro que la inversión relacionada con este tipo de “cobertura” por el acreedor parece más alta que la inversión en que debería incurrir el deudor para minimizar el riesgo de su propio incumplimiento.

⁴⁸ AYRES, Ian y Robert GERTNER. “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules” [Traducción al español disponible en THEMIS-Revista de Derecho 47. pp. 195-222]. Yale Law Journal 94. 1989. p. 97.

⁴⁹ 9 Exch. 341 (1854).

las ganancias dejadas de percibir debido a la paralización del molino. Baxendale alegaba que los perjuicios sufridos eran exageradamente remotos, que no tenía forma de haberlos previsto y que –siendo ello así– no debía ser responsable por ellos. Al fallar a favor del demandado, la corte inglesa analizó disposiciones del Código Civil francés y llegó a citar a Domat para declarar que “cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, la indemnización que la otra parte debe recibir en relación con tal incumplimiento debe ser tal como justa y razonablemente pueda considerarse originada del curso normal de las cosas (...) o tal como pueda razonablemente suponerse que estuvo en consideración de ambas partes al tiempo en que celebraron el contrato, como el probable resultado del incumplimiento. Si las especiales circunstancias bajo las cuales el contrato fue efectivamente celebrado hubieran sido comunicadas por el demandante al demandado, y en consecuencia fueran de conocimiento de ambas partes, la indemnización resultante del incumplimiento de tal contrato, que ellas razonablemente contemplarían, sería el perjuicio que ordinariamente se seguiría del incumplimiento bajo esas especiales circunstancias así conocidas y comunicadas”.

Similar inclinación se observa en el sistema jurídico italiano, en el que el artículo 1225 del Codice establece que “si el incumplimiento o el retardo no se han debido a dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que se podía prever al momento en que surgió la obligación”. Es de lamentar, a nuestro juicio, que el artículo 1321 del Código Civil peruano disponga que el criterio de limitación de la indemnización a los daños previsibles se aplica única y exclusivamente en el caso de culpa leve porque ello importa que en otros casos de omisión de diligencia sería posible que el deudor quedara obligado a indemnizar por daños que no podría haber previsto en atención a la falta de revelación de información por su contraparte. Aunque encuentro, en esta línea de desarrollo, que la regla italiana responde mejor que la peruana a la necesidad de una distribución óptima de los riesgos, me inclino a considerar que la estimación del remedio indemnizatorio sobre la base de las circunstancias

razonablemente previsibles al momento de la contratación debería alcanzar incluso a los supuestos de dolo, de modo que se elimine cualquier incentivo (por mínimo que sea) para que el acreedor oculte información de modo oportunista. Y si se quisiera objetar que el incumplimiento doloso merece una sanción superior a la mera indemnización compensatoria –cosa que, de principio, me parece bastante discutible⁵⁰– parecería más adecuado analizar la posibilidad de admitir excepcionales indemnizaciones punitivas relacionadas con la particular reprobación que produzca la conducta dolosa antes que otorgar al acreedor el virtual derecho de obtener un seguro contra todo riesgo de modo gratuito.

2.3. Idoneidad y “garantía implícita”

En el campo de la protección al consumidor puede detectarse con facilidad la enorme influencia que la doctrina anglosajona de las “garantías implícitas”⁵¹ produjo en la interpretación del artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor. La norma en cuestión, caracterizada más bien por su parquedad, establece que “los proveedores son responsables (...) por la idoneidad y calidad de productos y los servicios”. Hasta el año 1996, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI había venido resolviendo la mayor parte de los casos que se sometían a su conocimiento sobre la base de los preceptos contenidos en los artículos 5, inciso b, y 15 de la Ley de Protección al Consumidor, que reconocen el derecho del consumidor a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión de consumo. El precedente aprobado el 30 de noviembre de 1996 por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI con ocasión de la resolución emitida en el caso seguido por Humberto Tori Fernández con Kouros E.I.R.L. vino a alterar radicalmente esta tendencia.

Humberto Tori adquirió un par de zapatos de cuero en el establecimiento comercial de la denunciada. Dos meses después de la adquisición, uno de los zapatos se rompió en la parte superior. A pesar de los constantes reclamos del denunciante, Kouros no cumplió con reparar el zapato y, antes bien, llegó a

⁵⁰ Obsérvese, en especial, que el dolo civil presente en el incumplimiento no es equivalente al dolo penal ni coincide necesariamente con un actuar malicioso. El incumplimiento es doloso, simple y sencillamente, cuando es intencional. Como hemos sostenido en otro trabajo, sin embargo, que la prestación no sea ejecutada conscientemente por el deudor puede –en algunos supuestos– favorecer una mejor distribución de los recursos productivos. Ver: HARO SEIJAS, José Juan. “De tin marín de do pingüé... Un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú”. En: THEMIS-Revista de Derecho 44. Segunda Época. 2002. pp. 92-95.

⁵¹ De acuerdo con la Sección 2-314 del *Uniform Commercial Code* (Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos), salvo que se haya excluido o modificado expresamente, todo contrato de compraventa contiene una garantía implícita de comerciabilidad de los bienes (*implied warranty of merchantability*), con arreglo a la cual se presume, entre otras cosas, lo siguiente: (i) el bien debe ser admisible sin objeciones en el comercio bajo las descripciones contenidas en el contrato; (ii) en el caso de bienes fungibles, el bien debe ser de calidad media; y (iii) el bien debe adecuarse a los propósitos ordinarios para los que bienes similares son usados. Como indican Kessler, Gilmore y Kronman, la noción jurídica de la garantía implícita apareció en el *common law* en fecha más bien reciente, con el advenimiento de la producción masiva. Hasta el surgimiento de este fenómeno económico, la regla acogida por las cortes anglosajonas –que había dado en conocerse como *caveat emptor* (cuidate comprador)– disponía que el vendedor no era responsable por los defectos de la cosa vendida, salvo en caso de fraude o cuando hubiera otorgado una garantía expresa de calidad. Ver, al respecto: KESSLER, Friedrich, GLIMORE, Grant y Anthony KRONMAN. “Contracts. Cases and Materials”. Tercera edición. New York Aspen: 1986, p. 95.

sostener que la duración de sus productos dependía del uso que se les diera, sin que eso significara una menor calidad. Al fallar a favor del denunciante, la Sala de Defensa de la Competencia consideró que el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor contenía el “principio de garantía implícita, esto es, la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso éste no resultara idóneo para satisfacer las expectativas de los consumidores razonables”. La Sala indicó, de un modo consistente con la racionalidad económica que hemos defendido previamente, que “la garantía implícita no implica que el proveedor deba responder cuando el producto no ofrece la mejor calidad posible” sino cuando éste no es idóneo “para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan [bienes o servicios] en el mercado, debiendo considerarse para ello las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados”.

Pienso que el mismo resultado al que arribó la Sala en el caso de Humberto Tori Fernández con Kouros E.I.R.L. podría haber sido alcanzado recurriendo a la institución de las obligaciones de saneamiento a que nos hemos referido previamente en este mismo artículo, sin necesidad de importar ideas que no necesariamente han sido contempladas en nuestra legislación. Como el lector podrá advertir en este punto, en nuestro país no era imprescindible que el tribunal administrativo implicara una garantía (cosa que, de suyo, puede resultar bastante peligrosa) ya que, por virtud de la regla contenida en el artículo 1486 del Código Civil, es perfectamente posible presumir –al menos en la venta de bienes– que, salvo pacto en contrario, la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.

Dos diferencias de relevancia deben anotarse entre el concepto de “garantía implícita”, tal cual éste ha sido desarrollado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, y el tratamiento que las obligaciones de saneamiento reciben en nuestro Código Civil. La primera de ellas tiene que ver con el ámbito de aplicación: mientras la responsabilidad objetiva en el campo de la protección al consumidor se extiende, por mandato del artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, tanto al caso de la comercialización de bienes como al de contratación de servicios (lo cual hace de ella un instrumento mucho más poderoso), el saneamiento civil sólo está presente

en los contratos relacionados con la transferencia de posesión, uso o propiedad sobre bienes (y en estos, por un tiempo bastante limitado contado a partir de la entrega).

La segunda diferencia parece estar relacionada con la extensión de la responsabilidad objetiva. Hemos visto previamente que no existe defensa posible ante la pretensión de saneamiento, de modo que los remedios se conceden a pesar de que el vicio oculto o la evicción se hubieran originado por circunstancias ajenas por completo al control del transferente. A diferencia de cuanto ocurre en materia de saneamiento, el principio de “garantía implícita” fue delineado en el caso de Kouros como un supuesto de responsabilidad objetiva que admite típicas defensas de fractura de nexo causal: “El hecho de que exista una garantía implícita no implica que el proveedor sea siempre responsable”, dijo la Sala. “Podría ser que el deterioro haya sido causado por un factor diferente como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las cuales obviamente no podría hacerse responsable al denunciado de lo ocurrido”.

Cuando se revisa a profundidad la resolución emitida por la Sala, sin embargo, puede postularse que la segunda diferencia es sólo aparente. La responsabilidad objetiva del proveedor implica que éste debe responder por los defectos de sus productos aun cuando éstos no hubieran podido ser eliminados mediante medidas de cuidado razonables. El productor de la bebida gaseosa en el caso del ratón no podría alegar, por ejemplo, que el animal fue introducido en la botella por un tercero o que la imposibilidad de detectar su presencia se debió a caso fortuito o fuerza mayor. Cualquier evento ocurrido en el curso del proceso de producción se asume sujeto a su control y no existe posibilidad alguna de demostrar lo contrario. Una vez que el producto es introducido en el mercado, en cambio, las cosas se alteran por completo. A partir de la adquisición, es el consumidor quien se encuentra en mejor posición para adoptar medidas de prevención destinadas a asegurar un adecuado consumo. Que se admita que el proveedor no puede ser responsable por el mal uso del producto, como hace la Sala con buen criterio, poco tiene que ver con las circunstancias internas de la empresa⁵² y es por ello que parecería un sinsentido extender la responsabilidad objetiva incluso a este tipo de casos. Pero esto es lo mismo que ocurre en el caso

⁵² Como ha señalado Visintini, la verdadera causa no imputable debe ser entendida, en un régimen objetivo, no como “causa no atribuible a la culpa del obligado”, sino como “evento extraño a la esfera de control del obligado”. En esta línea de desarrollo, el proveedor sólo puede ser responsable por los defectos del producto y no por el mal uso del consumidor, que –desde esa perspectiva– se considera una circunstancia externa a la empresa. Cfr. VISINTINI. Op. cit., pp. 67 y 75.

del saneamiento por vicios ocultos, el cual –como podría intuirse del simple nombre de la institución– no puede originarse cuando el “vicio” hubiera sido generado por el adquirente⁵³.

Cuando las defensas admitidas por la Sala de Defensa de la Competencia son interpretadas bajo el prisma de este razonamiento, se descubre en realidad que la responsabilidad por productos defectuosos bajo nuestra Ley de Protección al Consumidor no admite ninguna defensa relacionada con las circunstancias internas del proveedor. Cualquier defecto en el producto origina la obligación de repararlo, sustituirlo o, en todo caso, pagar una indemnización⁵⁴. El proveedor puede exonerar su responsabilidad demostrando simple y sencillamente que el producto no era defectuoso, lo que exigiría evidenciar –entre varias otras posibilidades– que el perjuicio sufrido por el consumidor se debió al mal uso de la mercadería o era atribuible a otras circunstancias externas al proveedor suscitadas después de que el bien fue colocado en el mercado.

2.4. Garantías explícitas ofrecidas al consumidor

En un clásico artículo escrito en los Estados Unidos⁵⁵, George Priest sugirió por primera vez que las garantías explícitas ofrecidas por los proveedores en el mercado (como las otorgadas por los fabricantes de automóviles o electrodomésticos) no constituían dispositivos utilizados para explotar a los consumidores mediante la limitación unilateral de las obligaciones legales (como proponía la llamada “teoría de la explotación”) ni debían interpretarse como mensajes destinados a revelar los atributos mecánicos de los bienes (tal como postulaba la “teoría de la señal”). De acuerdo con

Priest, la realidad económica demuestra que –con el fin de maximizar los ingresos provenientes de las ventas– los proveedores diseñan las garantías tratando de distribuir del modo más eficiente posible los riesgos asociados al producto entre el proveedor y el consumidor: “una garantía es [sostiene Priest] el instrumento que expresa las preferencias del consumidor por las inversiones preventivas o de seguro. Es un contrato que divide responsabilidad (...) entre el consumidor y el fabricante. El contenido del contrato está determinado por los costos correspondientes a las dos partes (...) De acuerdo con este enfoque, el fabricante lleva a cabo inversiones preventivas para prolongar la vida del producto hasta el punto en que el costo marginal de tales inversiones iguala el beneficio marginal. Un fabricante, entonces, ofrece seguro de mercado para aquellas pérdidas o elementos del servicio para los cuales el mercado de seguros es menos costoso que las inversiones preventivas o de seguro por parte del consumidor mismo”.

La evidencia empírica que contiene el trabajo de Priest ratifica nuestra tesis sobre la naturaleza recíproca del problema del riesgo⁵⁶. La mayor parte de garantías ofrecidas en el mercado, por ejemplo, limitan la cobertura de partes o repuestos a un cierto período de tiempo y excluyen explícitamente ciertos componentes. Los fabricantes de refrigeradores usualmente no garantizan las bombillas o el acabado exterior. Cosa similar ocurre con los fabricantes de cocinas, que no garantizan los adornos. La explicación que aporta Priest es que los proveedores tienden a excluir aquellos componentes más vulnerables a las intensidades de uso por parte de los consumidores. Puesto en otros términos: los proveedores están dispuestos a asumir responsabilidad por elementos internos de los

⁵³ Otras diferencias en el tratamiento de las garantías implícitas bajo la Ley de Protección al Consumidor y la regulación de las obligaciones de saneamiento en el Código Civil pueden destacarse: (i) en primer lugar, el plazo durante el cual pueden ejercerse las pretensiones, que es bastante limitado en el ordenamiento civil, mientras que no existe límite explícito en el caso de las normas de protección al consumidor; (ii) en segundo término, el modo en que han sido dispuestos los remedios admisibles, que sigue un orden secuencial de acuerdo con el artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor de modo que la devolución del dinero sólo puede solicitarse si la reposición del producto no es posible y ésta sólo puede exigirse si no es factible la reparación, mientras que el Código Civil autoriza –al menos en lo relativo a los vicios ocultos– a ejercer indistintamente y casi sin ninguna limitación, los remedios conferidos por el ordenamiento.

Las diferencias que hemos puntualizado en el cuerpo de este escrito y las que detallamos en esta nota parecen no tener justificación. No llegamos a comprender las razones por las que la responsabilidad objetiva debe tener una extensión mucho más amplia en el ámbito de las relaciones de consumo ni podemos explicar –con algún nivel de razonabilidad– el distinto modo en que han sido configurados los remedios en ambos regímenes. Pensamos, por ello, que bien podría acometerse en nuestro país la tarea de discutir sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad contractual.

⁵⁴ Ley de Protección al Consumidor. Artículo 31.- Los consumidores tendrán derecho a la reparación gratuita del producto; y, cuando ello no sea posible a su reposición; o, de no ser ello posible, a la devolución de la cantidad pagada, en los casos siguientes:

1. Cuando los que ostenten una certificación de calidad no cumplan con las especificaciones correspondientes.
2. Cuando los materiales, elementos, substancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones que ostenten;
3. Cuando la ley de los metales de los artículos de joyería u orfebrería sea inferior a la que en ellos se indique.
4. Cuando el producto se hubiese adquirido con determinada garantía y dentro de la vigencia de la misma, se pusiera de manifiesto la deficiencia de la cualidad o propiedad garantizada.
5. Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado; y,
6. Cuando el producto o servicio no se adecua a los términos de la oferta, promoción o publicidad.

⁵⁵ El trabajo, publicado originalmente en el volumen 90 del Yale Law Journal cuenta con una excelente traducción en castellano, que es la que hemos consultado para este artículo: PRIEST, George. “Una teoría de la garantía del producto para el consumidor”. En: THEMIS-Revista de Derecho 35. Segunda Época. 1997. p. 285.

⁵⁶ Ver: PRIEST, George. Op. cit., pp. 301-321.

productos, que no se encuentran normalmente expuestos a mal uso por el consumidor, pero renuncian a extender la garantía a aquellos elementos sobre los que el consumidor tiene mejor control una vez que el producto ha sido adquirido. Esta distribución de los riesgos alinea eficientemente los incentivos a los que se ven sometidas las partes: el consumidor es consciente, de este modo, que está en la obligación de revisar el producto al momento de la adquisición (para asegurar que éste no tiene ningún vicio externo) porque en caso contrario no podrá reclamar por defectos tales como raspaduras, abolladuras, etc.; el proveedor, que ha otorgado la garantía sobre los componentes internos con la esperanza de reducir la desconfianza del consumidor a adquirir el producto, se ve inducido a realizar inversiones en su proceso productivo de modo que se minimice el número de productos defectuosos colocados en el mercado.

Las garantías explícitas –cuyo uso se ha generalizado en el mercado al punto que los comercializadores han empezado a ofrecer garantías adicionales a las comprometidas por el fabricante (también llamadas “garantías extendidas”⁵⁷)– constituyen también uno más de los mecanismos mediante los cuales los privados manifiestan sus preferencias respecto del riesgo. Cuando el proveedor se obliga a asumir responsabilidad objetiva mediante el otorgamiento de una garantía, al menos sobre aspectos respecto de los cuales el consumidor no tiene mayor control, lo hace en su propio beneficio. Piénsese, por ejemplo, en las nuevas tecnologías: es altamente probable que, de no ser por las garantías, los consumidores adversos al riesgo podrían verse tentados a posponer la adquisición de nuevos productos hasta que exista sobre ellos abundante experiencia de mercado. Sin importar el nivel de aversión al riesgo, empero, es poco probable que un consumidor requiera garantías sobre contingencias que él puede controlar a más bajo costo que el proveedor.

3. LA ESTRUCTURA CONTRACTUAL Y LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS

Que el cumplimiento de la prestación sea normalmente controlable por el deudor justifica que se haga recaer en éste el riesgo de incumplimiento. De ello no se sigue, como hemos visto, que todos los riesgos relacionados con un contrato deban hacerse reposar sobre el deudor. Los contratos se encuentran sujetos a una serie de eventos inciertos: riesgos de mercado (fluctuaciones en el nivel general de los precios, por ejemplo), riesgos comerciales, riesgo de insolvencia, etc. Dependiendo

de la información que maneje cada parte y de su actitud frente al riesgo, es posible que la distribución del peso económico correlativo varíe de contrato en contrato. Como quiera que no puede formularse una regla de carácter general (salvo para el caso del incumplimiento), parece justificado que los jueces realicen una indagación, caso por caso, sobre las características particulares de la operación contractual antes de definir cuál de las partes debe soportar el riesgo. En ausencia de provisiones específicas en el contrato, parece razonable que –como ocurre en Alemania⁵⁸– se infiera el modo en que cierto riesgo debe asignarse del contenido de la obligación o, más precisamente, tomando en cuenta la forma en que las partes han diseñado la transacción.

3.1. Estructuras básicas

En cuanto refiere a los contratos de construcción, por ejemplo, la industria ha desarrollado –en lo fundamental– dos tipos de estructuras contractuales. En el primer tipo de estructuras –que se identifican con el “contrato de obra a ajuste alzado” o “a suma alzada” a que se refiere el artículo 1776 del Código Civil– el contratista negocia con el comitente una contraprestación por toda la obra y queda cubierto contra el incremento de precios en los insumos. El segundo tipo de estructuras –al que pertenece el “contrato por precios unitarios”, o las distintas modalidades de *cost-plus*– define la contraprestación del constructor como una comisión porcentual sobre el costo de cada elemento de la obra y de esta forma atribuye el riesgo de incremento de los precios al comitente. En la zona intermedia, las empresas involucradas en la industria han sido capaces de diseñar complicadas fórmulas que admiten ajustes en la contraprestación en ciertos casos y que no admiten ajustes en otros.

Es indudable que las diferencias en las estructuras contractuales tienen que ver con el riesgo. Es probable que un comitente inexperto (una persona que no conoce sobre construcción y no tiene tiempo para involucrarse en tareas de supervisión) opte por un esquema contractual a ajuste alzado: en este contexto, el contratista se encuentra en mejor aptitud para asegurar el riesgo, ya que –sobre la base de su experiencia pasada– puede estimar con mayor certeza la posibilidad de que los precios se incrementen y, de esa forma, inducir al comitente a encargar una obra que probablemente no habría encargado bajo otro esquema contractual. Parecería irracional que el ordenamiento legal impusiera cortapisas a lo que las partes consideran una adecuada

⁵⁷ Ver, por ejemplo: <http://www.falabella.com/html/garantia/garantia.html>.

⁵⁸ Ver nota 4 *supra*.

distribución del riesgo, pero eso es efectivamente lo que ocurre en nuestro país como puede advertirse de lo establecido en el inciso 2 del artículo 1441 del Código Civil. La norma en cuestión autoriza a solicitar el reajuste de las prestaciones (precisamente lo que querría evitar el comitente en una operación a suma alzada), incluso en el caso de contratos aleatorios, “cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”. Lo que el Código no precisa, por supuesto, es qué es lo que se considera una “causa extraña”. Así las cosas, una regla simple –limitarse a ejecutar lo previsto por las partes– se transforma en una regla compleja susceptible de generar litigios oportunistas e incrementar el costo de la administración de justicia.

Una serie de figuras reguladas en nuestro Código Civil ratifican la idea de que los riesgos se distribuyen de modo distinto en cada situación. Piénsese, por ejemplo, en las negociaciones preliminares a las que me he referido en otro trabajo⁵⁹. Cuando los potenciales contratantes se involucran en tratativas deciden unilateralmente realizar ciertas inversiones y asumen el riesgo de que éstas se pierdan en el caso que no llegue a celebrarse un contrato. Considerando esta posibilidad, quien se encuentre interesado en vender un inmueble puede verse inducido a explorar varias alternativas de modo paralelo. El problema es que la existencia de posturas competitivas reduce al mismo tiempo la probabilidad de que cualquiera de los compradores interesados termine adquiriendo el inmueble. Para enfrentar esta situación, el interesado que haya tomado una decisión definitiva puede ofrecer al vendedor la celebración de un contrato de opción. El derecho de opción reduce el riesgo de que el contrato definitivo no se celebre y permite que el potencial comprador lleve a cabo todas las gestiones que requiere para celebrar el contrato definitivo (por ejemplo, obtener un crédito bancario). En el otro lado de la relación, sin embargo, el vendedor ve incrementado su riesgo porque el otorgamiento de la opción implica para él (salvo que quiera actuar de mala fe) la imposibilidad de explorar posibilidades alternativas y

puede terminar alejando por completo a los otros interesados. La entrega de arras de retractación puede servir para balancear los riesgos comprometidos, de modo que el concedente reciba una indemnización por el perjuicio causado en el caso que el optante no ejercite el derecho de opción⁶⁰.

Nótese, una vez más, cómo la distribución de los riesgos sirve perfectamente a los intereses de las partes y responde a la teoría que hemos enunciado anteriormente: con la entrega de las arras el potencial comprador otorga credibilidad a su intención de cerrar la compraventa y asume efectivamente el riesgo de que el contrato no pueda concretarse; el vendedor – por su parte– queda libre de la incertidumbre, en la medida que el tiempo en que su inmueble permanezca fuera del mercado será compensando en caso de no cerrarse la compraventa. Si se observa bien, es natural que el potencial comprador sea quien asuma el riesgo de que el contrato llegue a concretarse: él conoce mejor que el vendedor cuáles son las reales posibilidades de que obtenga un crédito bancario o tiene mejor control de los problemas que podrían conspirar contra la suscripción del contrato definitivo.

Por más tentado que pudiera encontrarse un juez a ordenar al concedente la devolución de la suma recibida como arras en el caso que el contrato definitivo no llegara a celebrarse por un causa externa al optante (por ejemplo, si el crédito bancario le es denegado sin razón aparente), lo más recomendable es renunciar a tales tentaciones. Como regla general parece inadecuado que el Derecho intervenga para alterar las condiciones expresamente negociadas por las partes⁶¹. Si se quiere promover una adecuada distribución de los recursos productivos en nuestra sociedad, el papel de los jueces debe estar dirigido a ejecutar lo previsto por las partes o a establecer, en defecto de pacto, qué es lo que hubieran previsto ellas en caso de haber podido negociar sobre la cuestión en debate. Las cortes deben evitar alterar el equilibrio contractual prefigurado por los participantes en un negocio⁶².

⁵⁹ HARO SEIJAS, José Juan. Op. cit., p. 122.

⁶⁰ Es fácil advertir que la definición contenida en el artículo 1480 del Código Civil encierra algún problema porque allí se indica que la entrega de arras de retractación “concede a las partes [en un contrato preparatorio] el derecho de retractarse”. Fuera de que el optante no está nunca obligado a ejercitar la opción, sin embargo, nada impide que convenga en que el concedente conserve las arras entregadas en caso el derecho no se ejercite.

⁶¹ Excepción hecha, por supuesto, de las prohibiciones establecidas *ex-ante* por el sistema legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 1355 del Código Civil.

⁶² El modo en que las partes se distribuyen los riesgos vinculados a una transacción ha sido desarrollado por Eric Posner sobre la base del modelo de agencia en un muy interesante trabajo que bien vale la pena revisar para caer en la cuenta de lo nociva que podría resultar la intervención en el modo en que los privados organizan sus transacciones. POSNER, Eric. “Agency Models in Law and Economics”. En: POSNER, Eric (Editor). “Chicago Lectures in Law and Economics”. New York: Foundation Press. 2000. p. 225. A dicho trabajo, del cual existe una traducción disponible coordinada por quien esto escribe para la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), pertenece el siguiente ejemplo, que –como un lector aguzado podrá advertir– guarda innegable relación con el caso de las arras: “El propietario es el principal y el inquilino es el agente. El propietario quiere que el agente cuide las instalaciones: que las mantenga limpias y que no las someta a mayor desgaste por uso. Pero el propietario no puede observar directamente al inquilino, así que no queda claro si la lavadora de ropa se malogró porque el inquilino metió demasiada ropa o porque estaba funcionando mal. Un depósito de garantía minimiza los costos de agencia. El inquilino sabe que si maltrata el departamento, el propietario se quedará con el depósito de garantía, por lo tanto, tiene un incentivo para tener cuidado. Al mismo tiempo, el inquilino no será responsable si, por ejemplo, todo el edificio se incendia, o en todo caso habría que probar judicialmente su responsabilidad. Así, el inquilino no asume todo el riesgo de un resultado negativo”.

3.2 Repensando la “teoría del riesgo”: ¿*periculum est dubitabilis*?

El tratamiento que los juristas peruanos han concedido a la “teoría del riesgo” pone en evidencia el desinterés de nuestra doctrina por los aspectos económicos de la institución. En noviembre de 1984, tan pronto como entró en vigencia el vigente Código Civil, el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica editó el primer volumen de la Biblioteca “Para Leer el Código Civil”. El libro contenía artículos escritos por insignes profesores de nuestra casa de estudios sobre distintos aspectos regulados en el nuevo código e incluía un trabajo del profesor Manuel De la Puente y Lavalle sobre la teoría del riesgo⁶³. En su ensayo, el maestro de tantas generaciones reconocía que era perfectamente posible que el ordenamiento jurídico asignara el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación al acreedor (bajo la regla *periculum est creditoris*) o al deudor (según la regla *periculum est debitoris*): en el primer caso, explicaba, ello debería significar que el acreedor de la prestación que se hiciera imposible quedara de cualquier modo obligado a desembolsar la contraprestación; en el segundo, en cambio, el deudor perdía el derecho a recibir lo prometido por el acreedor. No obstante la aparente validez de ambas alternativas, De la Puente juzgaba necesario determinar cuál de las dos posibilidades estaba más de acuerdo con la naturaleza del contrato con prestaciones recíprocas. Sus ideas al respecto se citan a continuación:

“La nota característica del contrato con prestaciones recíprocas es, como su nombre lo indica, la reciprocidad entre la prestación a cargo del deudor y la contraprestación a cargo del acreedor (...), a diferencia del contrato con prestaciones autónomas, donde no obstante haber prestación y contraprestación tal reciprocidad no existe, y del contrato con prestación unilateral, en el cual sólo hay la prestación a cargo del deudor.

En estas condiciones, como la imposibilidad de la prestación determina que ésta no pueda cumplirse, la única manera racional de respetar la naturaleza del contrato de prestaciones recíprocas es que la contraprestación tampoco se cumpla, con lo cual la liberación del deudor está recíprocamente acompañada por la liberación del acreedor. Es injusto, como dice JOSSERAND, que existiendo reciprocidad uno de los contratantes obtuviese satisfacción y el otro no (...)

De no ocurrir así, se estaría transformando el contrato de prestaciones recíprocas, sin justificación alguna, en

un contrato con prestación unilateral, donde sólo existiría la contraprestación a cargo del acreedor.

En virtud de estas razones, resulta justificado opinar en el sentido que el único principio adecuado para la solución del problema del riesgo en los contratos con prestaciones recíprocas es el *periculum est debitoris*, según el cual cuando la prestación a cargo del deudor se convierte en imposible por causa no imputable a éste, con la consiguiente extinción de la obligación del deudor, el acreedor queda recíprocamente liberado de la contraprestación a su cargo. Sólo así se respeta el equilibrio entre prestación y contraprestación, que caracteriza el contrato con prestaciones recíprocas”⁶⁴.

Sin perjuicio de que la tesis del profesor De la Puente – repetida en otros trabajos de su autoría– resulta sugerente y fue expuesta con la claridad que caracteriza todo lo que él ha escrito, no puedo compartir el razonamiento que encierra el texto transcrito. Como he intentado explicar en las líneas precedentes, el modo en que las partes se distribuyen los riesgos (y esto incluye, por supuesto, el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación) poco o nada tiene que ver con la naturaleza jurídica del contrato sino que atiende fundamentalmente a las preferencias de las partes y a la capacidad que pueda tener la una o la otra para estimar mejor la magnitud del riesgo y –de ser el caso– diluir su peso económico en el mercado. De la misma manera que no se altera la naturaleza recíproca de un contrato de obra cuando el riesgo del incremento del precio de los materiales se hace recaer en el comitente o en el contratista (con el consiguiente ajuste de la contraprestación), nada hace suponer que la esencia de un contrato de prestaciones recíprocas pudiera verse afectada porque el peso económico de la imposibilidad no sea soportado por el deudor. Si, como sostiene el profesor De la Puente, el único principio adecuado para la solución del problema del riesgo en los contratos con prestaciones recíprocas es el *periculum est debitoris*, ¿cómo así podría explicarse que el artículo 1431 de nuestro Código Civil establezca expresamente que “las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor”?

Es notorio, por lo demás, cómo –probablemente influido por lo establecido en el artículo 1316 del Código Civil⁶⁵– el profesor De la Puente parece considerar inobjetable que en todo caso de imposibilidad sobrevinida, la responsabilidad del deudor debe quedar exonerada. Como el lector podrá suponer en este estado de la discusión, tal

⁶³ Nos referimos, concretamente, a DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984”. En: “Para Leer el Código Civil”. Vol. 1. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 159.

⁶⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Ibid.*, pp. 167-168.

⁶⁵ Código Civil. Artículo 1316.- “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor (...)”.

consideración es inexacta: si el deudor ha otorgado una garantía exigible aun en caso de imposibilidad sobreviniente (como puede ocurrir respecto del servicio especial prestado por un *courier* o en el ejemplo del médico propuesto por Forno o en cualquier otro caso de la misma especie), tal imposibilidad no puede determinar en modo alguno la liberación del deudor dado que ello supondría vaciar de contenido a la garantía. Lo que se impone más bien en tales circunstancias es la estricta asunción del riesgo y el correlativo pago de la indemnización comprometida a favor del acreedor, el que –habiendo recibido el beneficio esperado bajo el contrato– mal podría, por su parte, exigir la devolución de la contraprestación.

Como señala Posner, la simple constatación de que una prestación se ha hecho imposible no puede llevarnos a concluir que el deudor debe quedar liberado de toda responsabilidad. “Mi consentimiento podría haber incluido [explícita o] implícitamente la promesa de asegurar [al acreedor] en el evento en que fuera incapaz de entregar los bienes a tiempo. Y si tal contrato de seguro estuviera implícito en la transacción, debería ser cumplido”⁶⁶. La lección que puede extraerse de este análisis es que la imposibilidad sólo origina la liberación del deudor cuando una conclusión distinta no pudiera ser derivada directamente o por implicación de los términos contractuales. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la *emptio spei* (venta de la esperanza) a que se refiere el artículo 1536 del Código Civil, respecto del cual nuestro codificador ha sido capaz de admitir que se pague el íntegro de la contraprestación aun cuando el bien materia del contrato nunca llegue a existir. La norma señala explícitamente, en efecto, que “si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien [más concretamente, de su inexistencia], el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir”. No encontramos justificación alguna para que un razonamiento similar no pueda extenderse al riesgo de imposibilidad de la prestación⁶⁷.

En todas las hipótesis que hemos utilizado para describir cómo el riesgo puede ser asignado totalmente o parcialmente a cualquiera de las partes, hemos demostrado cómo la naturaleza recíproca del problema

se mantiene. No parece, por tanto, que pueda admitirse la tesis con arreglo a la cual la regla *periculum est debitoris* se justifica en la naturaleza especial de los contratos de prestaciones recíprocas. Por definición, cualquier otra regla que eligieran las partes en un contrato de prestaciones recíprocas respetaría la reciprocidad porque originaría ajustes correlativos en las condiciones económicas del contrato: cuanto mayor riesgo asuma una parte, mayor será el pago que a título de “prima implícita” exigirá a la contraparte. La prima implícita bien podría manifestarse en una reducción de la prestación a cargo de la parte que asume el riesgo o en un incremento de la contraprestación que aquella tiene derecho a recibir.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Muchas de las teorías que a diario se enseñan en nuestras aulas universitarias están vacías de contenido práctico. Nuestra doctrina –esperanzada en la búsqueda de conceptos generales y abstractos que pudieran brindar coherencia interna al problema– ha centrado su atención en derivaciones lógicas, antes que dedicarse a reflexionar sobre cuestiones que están presentes en todos los contratos y que, por tanto, requieren urgente análisis. Este es, precisamente, el caso del riesgo.

El simple análisis de cualquier contrato permite descubrir cuáles son los riesgos a los que las partes han prestado atención y cómo los han distribuido entre ellas. Permite también constatar que nuestro Código no impide, sino que reconoce, la posibilidad de que tales pactos asignen totalmente el peso económico relacionado con una cierta contingencia a una de las partes (por eso existen las obligaciones de saneamiento, la promesa del hecho ajeno y las arras).

Aunque es necesario extender el análisis empírico para identificar el modo en que nuestro Código debería enfrentar el problema, me atrevería a postular que en ese camino vale la pena tratar de entender el modo en que los privados atribuyen los riesgos al momento de contratar. Pienso que las decisiones que se adoptan en este campo (y que el sistema legal debería estar en capacidad de reproducir en ausencia de pacto) suponen al menos las siguientes consideraciones:

1. ¿Quién conoce de la existencia del riesgo? Los riesgos conocidos por una sola de las partes –esto es,

⁶⁶ POSNER, Richard. Op. cit., p. 115.

⁶⁷ Conviene anotar, por lo demás, que es inexacto que la regla *periculum est debitoris* haga recaer en el acreedor todo el riesgo de imposibilidad sobreviniente de la prestación. Si se observa con atención, se descubrirá que lo que el precepto hace en realidad es distribuir los riesgos entre las partes: el deudor pierde el valor que la prestación tenía para él, pero el acreedor no llega a realizar su expectativa de ganancia. Un ejemplo permite observar más claramente el efecto que aquí describimos. Supongamos que A vende a B un producto en \$/ 100. Imaginemos, además, que A piensa que fabricar el producto le costará \$/ 80 y que, en consecuencia, el contrato le permitirá ganar \$/ 20. Asumamos, finalmente, que B estima que – una vez adquirido el producto – podrá venderlo en el exterior a un precio de \$/ 130, obteniendo una ganancia de \$/ 30. Si el bien se perdiera después de haber sido fabricado, pero antes de su entrega y se aplicara la regla *periculum est debitoris*, A (el deudor) perdería \$/ 100 (los \$/ 80 correspondientes al costo de fabricación más los \$/ 20 que esperaba ganar con el contrato), pero B también sufriría una pérdida económica equivalente a los \$/ 30 que podría haber realizado en el caso que el bien no se hubiera perdido.

aquellos que no hayan sido motivo de revelación— deben ser asumidos por ella⁶⁸.

2. ¿Quién puede adoptar precauciones para minimizar el riesgo a menor costo? La parte que pueda tomar medidas de cuidado con la menor inversión, debe asumir el riesgo.
3. En el caso que las precauciones no puedan eliminar el riesgo parcial o totalmente ¿quién puede calcular mejor el riesgo no evitable? La parte que pueda hacerlo debe asumir al menos esa porción del riesgo, salvo que pueda trasladar la información requerida a la contraparte para que ésta difunda o diversifique el riesgo, si ello es posible.
4. ¿Quién puede “difundir” mejor el riesgo? El que pueda diversificar mejor el riesgo, debe asumirlo.

De conformidad con los artículos 1314 y 1320 de nuestro Código Civil, la responsabilidad contractual

tiene su fundamento en la culpa. Esto significa, en otros términos, que —salvo pacto en contrario— el peso económico del daño sólo es asumido por el deudor cuando hubiera estado en posibilidad de evitarlo mediante la adopción de precauciones. Como esperamos haber demostrado, este es un enfoque insuficiente del problema. Más allá de lo que el Código Civil señala, un simple análisis de los contratos que suscribimos todos los días nos permite constatar que los privados atribuimos “responsabilidad” (la obligación de cubrir a la contraparte ante el caso de una contingencia) incluso en ocasiones en las que el evento dañoso no hubiera podido evitarse en modo alguno. Si el desarrollo mismo de la autonomía privada ha conducido a esta evolución en nuestra forma de contratar, parece irracional que nuestro Código continúe centrando su atención en la culpa como factor de atribución de responsabilidad.

EL CONTRATO DE GARANTÍA

Manuel de la Puente y Lavalle*

En el presente artículo el autor nos indica las características principales del contrato de garantía, diferenciándolo del contrato de fianza. Además, realiza un breve comentario acerca de la validez de las garantías a primera solicitud, teniendo en cuenta que la tendencia en el comercio internacional, el cual constituye el campo de aplicación natural de este tipo garantía, es privilegiar la seguridad económica del mercado sobre la de sus partícipes.

Cada vez con mayor frecuencia, especialmente en la contratación con el Estado, se da que en los contratos de fianza se estipula que el fiador se obliga a garantizar su obligación de manera incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática. Esto último significa que el fiador debe honrar la garantía a primer requerimiento, sin oponer excusa alguna.

El presente artículo tiene por objeto explicar el origen y la naturaleza del modernamente llamado "contrato de garantía".

EL CONTRATO DE FIANZA

El artículo 430 del Código de comercio establecía que será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante.

Este artículo ha sido derogado por el artículo 2112 del Código civil, que ha dispuesto, además, que el contrato de fianza de naturaleza mercantil se rige por las disposiciones de este Código.

El artículo 1868 del Código civil establece lo siguiente:

"Artículo 1868.- Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor.

La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor sino de otro fiador."

La fianza es pues, un contrato que se perfecciona entre el fiador y el acreedor. Según Arias Schreiber¹, esta mención es importante pues, de lo contrario podrían llegar a considerarse como contratos de fianza aquellos compromisos o pactos que pudieran existir entre el deudor y el fiador, los mismos que son totalmente ajenos a este contrato.

Son características del contrato de fianza la accesoriedad y la subsidiariedad. En virtud de la primera, el contrato de fianza está dirigido a garantizar otra obligación, por lo cual el artículo 1875 del Código civil dispone que la fianza no puede existir sin una obligación válida. Por razón de la subsidiariedad, el fiador responde en defecto del deudor principal, de tal manera que es necesario que el deudor incumpla su obligación para que el fiador quede obligado a ejecutar su prestación. Como dice Puig Peña, la contribución del fiador al vínculo establecido no es simplemente un pagar, sino un pagar si el deudor no paga.

Consecuentemente, para exigir al fiador el cumplimiento del contrato de fianza es necesario que el acreedor invoque y acredite el incumplimiento del deudor.

LA GARANTÍA DE REALIZACIÓN AUTOMÁTICA

El artículo 40° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contratación y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM de 12 de febrero de 2001, establece lo siguiente:

"Artículo 40.- Garantías.- Las garantías que deberán otorgar los contratistas son las de fiel cumplimiento del contrato por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta; sus montos y condiciones serán regulados en el Reglamento.

Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emitan, las mismas que deben ser de primer orden y que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de las Superintendencia de Banca y Seguros.

En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas no pueden oponer excusión alguna al requerimiento de ejecución de la garantía, debiéndose limitar a honrarla de inmediato dentro del plazo de ley. Toda demora generará responsabilidad para la empresa y dará lugar al pago de intereses a favor de la Entidad."

El Reglamento señalará el tratamiento a seguirse en los casos de contratos de arrendamiento y de aquellos donde la prestación se cumpla por adelantado al pago. En los contratos periódicos de suministro de bienes o prestación de servicios distintos de los de consultoría de obras que se celebren entre las Entidades del Estado y las micro y pequeñas empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el 10% del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad. La retención de dicho monto se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

La Superintendencia de Banca y Seguros ha declarado en su Circular N° B-2101-2001 de 19 de octubre de 2001, que las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago

automático, inmediato o a simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía efectuado por escrito. En estos casos, las cartas fianza no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago y se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al beneficio de excusión y a la facultad de oponer las excepciones de su afianzado señalados, respectivamente, en los artículos 1880 y 1885 del Código civil.

Puede observarse que no obstante que la Superintendencia de Banca y Seguros se refiere expresamente a cartas fianza, que, como se ha visto, en virtud del principio de subsidiariedad que es inherente a la fianza sólo obligan al fiador a pagar si el deudor no paga, declara que el fiador debe pagar a simple requerimiento del acreedor, sin exigir el requisito del incumplimiento del deudor.

Se dice que, por esta razón, la garantía a simple requerimiento sólo puede utilizarse en el Perú en contratos distintos al de fianza. Sin embargo, cabe invocar a favor de la admisión entre nosotros de dichas cláusulas en el contrato de fianza que cabe aplicar el artículo 1354 del Código civil, según el cual las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Podría objetarse que el artículo 1875 del Código civil que dispone que la fianza no puede existir sin una obligación válida es una norma imperativa, lo que es cierto, pero debe tenerse presente que el contrato de garantía es diferente del contrato de fianza precisamente por ser un contrato unilateral y que, por ello, esta disposición no le es aplicable.

Por otro lado el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución vigente establece que es principio y derecho de la función jurisdiccional el no dejar de aplicar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo aplicarse en tal caso los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Precisamente, el contrato de garantía obedece a una costumbre del tráfico mercantil internacional.

EL CONTRATO DE GARANTÍA

Tal como dice Cremades², en el tráfico internacional ha surgido en los últimos años el contrato de garantía, distanciándose cada vez más de las disposiciones legislativas de los derechos internos sobre el contrato

de fianza. Con especial crudeza se plantea el tema en torno a la llamada "garantía a primera solicitud", en la que resulta la abstracción de los compromisos del garante frente al beneficiario, con absoluta y total independencia de la relación que pudiera unir, por un lado, al garante y al ordenante y, sobre todo, al beneficiario frente al ordenante. El garante, en tales circunstancias, adquiere un compromiso formal frente al beneficiario, en cuya ejecución no caben excepciones de ningún tipo que sean ajenas a la pura relación directa entre ambas personas. El garante deja de ser fiador y la garantía pierde su accesoriedad de una obligación mercantil principal. En consecuencia, las reglas del Código civil y del Código de comercio no son ya aplicables al contrato de garantía que recibe una tipificación en el comercio internacional, muchas veces ausente de la legislación civil y mercantil de carácter doméstico.

En el comercio internacional está primando la seguridad del tráfico sobre la seguridad de quienes intervienen en el mismo. La garantía a primera solicitud es una clara manifestación de tal tendencia, quedando postergados los derechos del ordenante a favor de la seguridad de quienes intervienen en el tráfico y, fundamentalmente, del beneficiario.

El mismo autor dice: "La fianza es sustancialmente causal, mientras que la garantía, y sobre todo la garantía a primera solicitud, tiende hacia la desconexión respecto de la relación comercial subyacente. La fianza es por esencia trilateral: ordenante-fiador-beneficiario o, si se quiere con términos comerciales, deudor-fiador-acreedor. Por el contrario, la garantía se decanta como contrato unilateral, al adquirir el garante compromisos directos frente al beneficiario en virtud de la autonomía contractual".

La admisión de las garantías a primera solicitud es un tema polémico en el derecho comparado. Junto a los recelos del derecho francés y belga a su admisión, goza del apoyo incondicional del derecho alemán.

Entre nosotros, cabe invocar a favor de la admisión de dichas garantías, que ellas provienen de sendos contratos, por lo cual cabe aplicar el artículo 1354 del Código civil, según el cual las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Juan Sanchez Caleo Guilarte³ considera que el contrato de garantía ofrece ventajas para el beneficiario, consistentes en tener la posibilidad de poder reclamar

² CREMADES, Bernardo M. "Afianzamiento y garantías en el comercio internacional". Madrid: Neografis S.L. 1981. pp. 12 y 17.

³ SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. "El Contrato Autónomo de Garantía. Las garantías a primera demanda". Madrid: Centro de Documentación Bancaria y Bursátil. 1995. p. 28.

la garantía en cualquier momento, sin que pueda verse obligado a demostrar la validez o admisibilidad de esa reclamación; ventaja para el garante que consiste en articular su obligación contractual de tal manera que su cumplimiento; ventaja para el ordenante en cuanto está en aptitud de acceder a contratos y beneficiarse económicamente de los mismos.

A título de conclusión de su exposición, el mismo autor explica cual es, en su opinión, el régimen legal aplicable al contrato de garantía.

Las garantías a primera demanda, dice, son operaciones que entran dentro de la categoría de las llamadas garantías personales y que tienden a crear un contrato autónomo de garantía respecto a la obligación garantizada. El contenido de este contrato dependerá, en definitiva, de la voluntad de las partes contratantes, las cuales han de expresar que efectivamente desean que urja una garantía independiente o autónoma respecto a la relación subyacente. La licitud de este contrato de garantía, distinto del contrato de fianza, ha de estimarse posible como resultado del principio de la autonomía de la voluntad. Aparece así una modalidad contractual atípica legislativamente, pero que se ha tipificado socialmente en el tráfico bancario y de modo particular en el comercio internacional. El contrato autónomo de garantía se encuentra en la actualidad dotado de una tipicidad social o jurisprudencial, si bien la falta de una reglamentación legislativa hace que sean inciertos varios aspectos de su disciplina.

Tomando en consideración lo expuesto puede indicarse que el contrato de garantía es aquel por el que el

garante se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero, cuando éste notifique a aquél no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de una relación jurídica con un tercero.

De acuerdo con esta definición el contrato de garantía tiene las siguientes características:

1. Estamos ante un contrato que garantiza una determinada prestación o resultado económico.
2. La obligación de garantía depende de la notificación por parte del beneficiario.
3. Basta la simple notificación al garante en la forma prevista en el contrato de garantía, para que éste deba cumplir la prestación.
4. Nos encontramos ante un contrato unilateral en cuanto a las obligaciones que dicho contrato ocasiona.

La Cámara de Comercio Internacional está admitiendo sin ninguna reserva las reglas sobre las garantías a primera solicitud.

Por estas razones, es admisible la celebración de contratos de garantía con la modalidad de "a primera solicitud".

Estos contratos deben celebrarse, al igual que el contrato de fianza, entre el garante y el beneficiario, siendo conveniente estipular que si el garante honra ésta, tiene acción para repetir contra el ordenante.

EL VALOR DE LA CONFIANZA EN LOS DAÑOS CONTRACTUALES: PRIMERA PARTE*

Lon L. Fuller**
William R. Perdue, Jr.***

¿Qué valor tiene la confianza depositada en otra persona cuando ésta incumplió el compromiso asumido? ¿Qué se le debe exigir a la persona incumplida cuando ya no puede efectuar su prestación? ¿Qué criterios debemos tomar en cuenta para determinar una posible reparación?

El presente artículo hace una clara distinción de los criterios a tener en cuenta ante la ruptura de una relación contractual mediante el incumplimiento. A través de un interesante análisis del tratamiento del tema en la jurisprudencia norteamericana y poniendo mayor énfasis en el valor que se le da a la confianza depositada en otra persona, el autor hace una importante contribución al tratamiento de los daños contractuales. Es por ello que a pesar de ser un artículo escrito en 1936 el mismo mantiene su vigencia, encontrándose aún entre los artículos más citados, constituyéndose así en un clásico del Derecho de Contratos. Lo cual lo convierte en un artículo de lectura obligatoria para quien desee abordar el tema.

* El presente artículo fue publicado originalmente en The Yale Law Journal 46 (1), 1936. La traducción fue realizada por Milagros de Pomar Saettone, miembro de THEMIS, bajo la supervisión de Edgard Guerrero, LLM Tulane Law School. La segunda parte del presente artículo fue publicada en The Yale Law Journal 46 (3), 1937 y será publicada en la próxima edición de THEMIS-Revista de Derecho.

** Al escribir este artículo Lon L. Fuller era *Professor of Law* de la Facultad de Derecho en Duke University.

*** Al escribir este artículo William R. Perdue, Jr. era un estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho en Duke University.

Hoy, la idea de que las normas jurídicas pueden entenderse solamente en relación con los propósitos que sirven sería vista apenas como una novedad. La noción de que la ley existe como un medio para un fin ha sido un criterio común durante por lo menos la mitad del siglo. No hay, sin embargo, justificación alguna para asumir que, porque esta actitud ha alcanzado cierto reconocimiento, e incluso trivialidad, goza de un uso penetrante en la práctica. Ciertamente, incluso hoy en día hay pocos tratados legales de los cuales se pueda decir que el autor ha definido ante todo claramente los propósitos que sus definiciones y distinciones buscan servir. Estamos aún muy dispuestos a presumir que es posible manipular los conceptos legales sin la orientación que viene de la simple pregunta: ¿hacia qué finalidad se dirige esta actividad? La observación de Nietzsche, de que la estupidez más común consiste en olvidarse de lo que se está intentando hacer, conserva una relevancia molesta para la ciencia jurídica.

En ningún campo es esto más cierto que en el de los daños. En la aplicación de daños la ley tiende a ser concebida, no con la intención de ordenar relaciones humanas, sino como una clase de medida jurídica. El lenguaje de las decisiones no se da en términos de imposición sino de descubrimiento. Nosotros *medimos* el grado de lesión; *determinamos* si fue causada por el acto del demandado; *comprobamos* si el demandante ha incluido el *mismo objeto* del daño dos veces en su demanda. Una persona no familiarizada con las premisas irregulares que este tipo de lenguaje implica puede llegar a suponer que Rochester produce un ingenioso instrumento por el cual estos cálculos son logrados.

Es claro, sin duda, que lo que la normativa de daños pretende "medir" y "determinar" –las "lesiones", el "objeto del daño", las "conexiones de causalidad", etc.– son en parte considerable su propia creación, y que el proceso de "medirlas" y "determinarlas" es realmente una parte del proceso de crearlas. Esto es evidente cuando los jueces trabajan en la periferia de la doctrina existente, pero no es menos cierto en principios fundamentales y establecidos. Por ejemplo, uno encuentra con frecuencia la regla "estándar" de los daños contractuales (que contempla para el acreedor el valor de la expectativa, "el lucro cesante") tratada como un mero corolario de un principio más fundamental, que el propósito de cubrir los daños es "compensar" por la lesión¹. Sin embargo, en este caso "compensamos" al demandante dándole algo que él nunca tuvo. Esta parece ser una rara forma de "compensación". Podemos, para estar seguros, hacer que el término "compensación" parezca apropiado

diciendo que el incumplimiento del demandado "privó" al demandante de una expectativa. Sin embargo, ésta es, en esencia, sólo una afirmación metafórica del efecto real de la norma legal. En la actualidad la pérdida que el demandante sufre (privación de una expectativa) no es un dato de la naturaleza sino de la reflexión de un mandato normativo. Aparece como una "pérdida" sólo con relación a un *deber* no establecido. Por lo tanto, cuando la ley calcula los daños por el valor del desempeño prometido no está midiendo simplemente un quantum, sino está buscando un fin, a pesar que este fin pueda ser vagamente concebido.

Es por esta razón que es imposible separar la regulación de daños contractuales del cuerpo mayor de motivos y políticas que constituye la normativa de contratos en general. Es, desafortunadamente para la simplicidad de nuestro tema, imposible asumir que el elemento intencional y de política-normativa de la norma contractual se ha agotado en las normas que definen contrato e incumplimiento. Si esto fuera posible, la regulación de los daños contractuales sería de hecho simple, y tendríamos solamente una medida de reparación para todos los contratos. Por supuesto, éste no es el caso. ¿Qué consideraciones influyen en el establecimiento de diferentes medidas de reparación para diferentes tipos de contratos? ¿Qué factores explican las numerosas excepciones a la regla estándar que calcula los daños por el valor de la expectativa? Es claro que estas preguntas no se pueden contestar sin una investigación en las razones que subyacen (o pueden subyacer) la ejecución forzosa de las obligaciones en general.

En nuestra propia discusión procuraremos primero analizar los propósitos que se pueden perseguir en la adjudicación de daños contractuales o en la "ejecución forzosa" de contratos en general; posteriormente, procuraremos investigar en qué medida, y bajo qué circunstancias, estos propósitos han encontrado expresión en las decisiones y discusiones doctrinales. Tal como el título lo sugiere, el énfasis estará en lo que llamamos "el valor de la confianza" como medida posible de reparación en procesos por incumplimiento del contrato.

LOS PROPÓSITOS PERSEGUIDOS EN LA ADJUDICACIÓN DE DAÑOS CONTRACTUALES

Es conveniente distinguir tres propósitos principales que pueden ser perseguidos en la adjudicación de daños contractuales. Estos propósitos, y las situaciones

¹ "Al establecer el monto de estos daños, el propósito general de la ley debe ser otorgar una compensación: esto es, poner al demandante en tan buena posición como habría estado si el demandado hubiera cumplido el contrato". WILLISTON, Samuel. "Contracts 3". 1920. § 1338.

en que llegan a ser apropiados, pueden ser establecidos brevemente como se indica a continuación:

En primer lugar, el demandante tuvo confianza en la obligación asumida por el demandado, a la cual atribuyó cierto valor. El demandado incumplió su obligación. Los jueces pueden forzar al demandado a devolver el valor recibido del demandante. El objeto aquí se puede definir como la prevención en la obtención de ganancias por el deudor incumplido a expensas de la otra parte; en concreto, la prevención del enriquecimiento injusto. El valor protegido se puede llamar el *valor de la restitución*. Para nuestros propósitos actuales es absolutamente irrelevante cómo se clasificaría el proceso de dicho caso, si es contractual o cuasi-contractual, si sería un proceso por la ejecución forzosa del contrato o un proceso basado en la rescisión del contrato. Estas preguntas se relacionan con la superestructura de la norma, no con las políticas básicas que nos conciernen.

En segundo lugar, la confianza del demandante en la obligación asumida por el demandado cambió su situación. Por ejemplo, en un contrato para la venta de un terreno el comprador ha incurrido en gastos de investigación del título del vendedor, o ha descuidado la oportunidad de celebrar otros contratos. Podemos conceder daños al demandante con el fin de deshacer el daño que su confianza en la obligación del demandado le ha causado. Nuestro objeto es ponerlo en tan buen estado como en el que estaba antes que la obligación fuera asumida. El valor protegido en este caso puede llamarse el *valor de la confianza*.

En tercer lugar, sin insistir en la confianza del acreedor o el enriquecimiento del deudor, podemos intentar dar al acreedor el valor de la expectativa que la obligación creó. Podemos, en un proceso en el que se exige una prestación específica, obligar en efecto al demandado a cumplir con la prestación prometida al demandante, o, en un proceso por daños, podemos hacer que el demandado pague el valor en dinero de esta prestación. Aquí nuestro objetivo es poner al demandante en tan buena situación como habría estado si el demandado hubiera cumplido su

obligación. El valor protegido en este caso podemos llamarlo el *valor de la expectativa*.

Será observado que lo que hemos llamado el valor de la restitución une dos elementos: (1) confianza en el acreedor, (2) una ganancia obtenida por el deudor. Para algunos propósitos puede ser necesario separar estos elementos. En algunos casos un deudor incumplido puede obtener una ganancia injusta después de su incumplimiento que no fue tomado del acreedor (un tercero suplió la reparación), o que no fue resultado de la confianza del acreedor (el deudor violó una obligación de no apropiarse de las mercancías del acreedor). Incluso en aquellos casos donde la ganancia del deudor fue obtenida por la confianza del acreedor puede suceder que los daños sean determinados de una manera algo diferente, dependiendo de si tomamos la ganancia del deudor o la pérdida del acreedor como el estándar de la medida². Generalmente, sin embargo, en los casos que discutiremos, la ganancia obtenida por el deudor será acompañada por una pérdida correspondiente y, en cuanto a su medida legal, idéntica del acreedor, de manera que para nuestros propósitos la clasificación más adecuada será una que presuponga en el valor de la restitución una correlación entre la obtención de ganancias del deudor y la pérdida del acreedor. Si, como debemos asumir, la ganancia implicada en el valor de la restitución es resultante e idéntica a la pérdida del demandante por la confianza, entonces, el valor de la restitución es simplemente un caso especial de valor de la confianza; todos los casos que se encuentren bajo el valor de la restitución serán cubiertos por el valor de la confianza, y el valor de la confianza será más amplio que el valor de la restitución sólo hasta el punto en que incluya casos donde el demandante ha confiado en la obligación del demandado sin enriquecer al demandado.

No debe suponerse que la distinción aquí tomada entre los valores de la confianza y de la expectativa coincide con la distinción tomada muchas veces entre las "pérdidas causadas" (*damnum emergens*) y las "ganancias esperadas" (*lucrum cessans*)³. En primer

² De esta manera, en *Johnston v. Star Bucket Puma Co.*, 274 mo. 414, 202 S. W. 1143 (1918), a un contratista de construcción se le permitió recuperar en *quantum meruit* por desempeño parcial una suma considerablemente más grande que la pérdida desembolsada. La discrepancia entre el valor razonable de su desempeño parcial y su costo real surgió del hecho de que él había celebrado contratos muy favorables con subcontratistas. En ese caso, el valor de la restitución (si entendemos por éste el obligar al demandado a que devuelva lo obtenido) es más amplio que el valor de la confianza. Debe ser precisado, sin embargo, que en un proceso por "daños" si se pide reembolso por la confianza adicionalmente al lucro cesante ("Restatement of the Contracts". 1932. § 333), el ahorro en los subcontratos, que en el caso de Johnston fue reflejado en un mayor "valor razonable" de la prestación del demandante, habría sido reflejado en el lucro cesante.

En *Cincinnati Siemens Lungren Gas Illuminating Co. v. Western Siemens Lungren Co.*, 152, U.S. 200 (1893), los daños por el incumplimiento de un contrato de no competir fueron restringidos al beneficio obtenido por la parte responsable del incumplimiento. Fue asumido, sin embargo, que la pérdida del acreedor era por lo menos igual a la ganancia obtenida por el deudor incumplido, y la limitación de la reparación a la ganancia del deudor incumplido fue impuesta en parte sobre la base de que no existió ningún sustento adecuado para determinar la pérdida del negocio sufrida por el acreedor. En: DEMOGUE, René. "Traité des Obligations 6". 1931. § 287., la idea expresada es que la ganancia obtenida por el deudor incumplido es aceptable como medida de daños solamente como una clase de medida subsidiaria de daños a la regla generalmente usada sobre la expectativa de ganancia del acreedor.

³ "Restatement of the Contracts". 1932. § 329.

lugar, a pesar de que la confianza da lugar usualmente a “pérdidas” de una naturaleza afirmativa (gastos laborales y dinero), es también verdad que las oportunidades de ganancia se pueden renunciar por la confianza en una obligación. Por lo tanto, se debe interpretar que el valor de la confianza abarca por lo menos potencialmente las “ganancias esperadas” tanto como las “pérdidas causadas”. (Si las “ganancias esperadas” por la confianza en una obligación son propiamente equiparables en daños es una pregunta no formulada aquí. Obviamente, se sugiere tomar ciertos escrúpulos referentes a la “causalidad” y la “previsibilidad”. Es suficiente para nuestro actual propósito notar que no hay nada en la definición del valor de la confianza que excluya esta clase de consideraciones)⁴. Por otra parte, no es posible hacer del valor de la expectativa enteramente un sinónimo de las “ganancias esperadas”. La decepción de una expectativa exige a menudo pérdidas de carácter positivo⁵.

Es obvio que los tres “valores” que hemos distinguido no presentan pedidos iguales en la intervención judicial. Puede ser asumido que los estándares ordinarios de la justicia observarían la necesidad de intervención judicial como en orden decreciente al que han sido listados. El “valor de la restitución”, implicando una combinación del empobrecimiento injusto con la ganancia injusta, presenta el caso más fuerte a ser respaldado. Si, siguiendo a Aristóteles, miramos el propósito de la justicia como el mantenimiento de un equilibrio de bienes entre los miembros de la sociedad, el valor de la restitución se presenta doblemente fuerte en relación con una demanda de intervención judicial por el valor de la confianza, desde que A no sólo causaría que B pierda una unidad, sino también se apropiaría de esa unidad para sí misma; la discrepancia resultante entre A y B no es una unidad sino dos⁶.

Por otra parte, el acreedor que ha confiado realmente en una obligación, a pesar de no haber enriquecido al deudor, presenta ciertamente un caso más

importante de respaldar que el acreedor que exige simplemente su satisfacción por la decepción de no haber conseguido lo que le fue prometido. Al pasar de la compensación por el cambio de posición a la compensación por la pérdida de una expectativa, pasamos, en términos de Aristóteles nuevamente, del reino de la justicia correctiva al de la justicia distributiva. La ley no busca actualmente sanar un perturbado *status quo*, sino traerlo a una nueva situación. Se deja de actuar defensivamente o restaurativamente, y se asume un rol más activo⁷. Con la transición, la justificación para el respaldo legal pierde su calidad evidente en sí. No es fácil explicar porqué la regla estándar de la reparación de contratos debe ser la que mide los daños por el valor de la prestación prometida. En tanto esta “regla estándar” expande su sombra a través de todo nuestro tema, será necesario examinar las posibles razones de su existencia. Puede decirse entre paréntesis que la discusión que sigue, aunque dirigida sobre todo a la medida normal de reparación de daños, también tiene relevancia para la pregunta más general, ¿por qué tendría que ser exigida una obligación en la que nunca se ha confiado, ya sea por un mandato de ejecución específica o por una concesión de daños?

Debe también ser dicho que nuestra discusión de “razones” no coincide en todos los particulares con el desempeño real de la mente judicial, ciertamente no con aquellos de una sola mente judicial. Es desafortunadamente muy difícil discutir las posibles razones de las normas legales sin involuntariamente concebir que estas “razones” son las que controlan las operaciones diarias del proceso judicial. Esto ha tenido la consecuencia, en un momento en que los hombres son tildados de “irrealistas”, de que casi hemos dejado de hablar de razones en general. Los que encuentran desagradable el sabor racional de lo que sigue, están invitados a observar lo que leen no como una ley sino como una incursión a la filosofía del derecho, y a hacer cualquier deducción que la distinción les parezca dictar.

⁴ El Código Civil alemán limita el respaldo de los contratos en ciertas situaciones al valor “negativo” (es decir, a la confianza). Se asume que el “valor negativo” cubre las ganancias esperadas (*entgangener Gewinn*), así como las pérdidas positivas. Ver las anotaciones a la § 122 en Busch. “Das Bürgerliche Gesetzbuch”. 1929. Sin embargo, aparentemente la pérdida de la ganancia particular debe ser prevista bajo las circunstancias como una consecuencia probable del contrato. Ver las anotaciones a la § 252.

⁵ Por ejemplo, en *Eastern Advertising Co. v. Shapiro*, 263 Mass. 228, 161 N. E. 240 (1928), el incumplimiento del demandado en tomar un espacio publicitario en algunos carteles hizo necesario que el demandante gastara más dinero en colocar “reemplazos” en los carteles.

⁶ ARISTÓTELES. “Ética a Nicómaco”. 1132a-1132b.

⁷ “Sin duda, cuando, después de recibir un objeto, o de beneficiarme de un servicio, me rehúso a proporcionar un equivalente, estoy tomando de otro aquello que le pertenece, y podemos decir que la sociedad, al obligarme a cumplir mi promesa, solamente está previniendo una lesión, una agresión indirecta. Asimismo, si simplemente me he obligado a un servicio sin recibir previamente remuneración alguna, no estoy menos obligado a guardar mi promesa. [Esto es verdad en la ley Anglo-Americana en el caso de contratos bilaterales]. En este caso, sin embargo, no me enriquezco a expensas de otro; sólo me rehúso a serle útil”. DURKHEIM, Emile. “The Division of Labor in Society” (traducción de George Simpson. 1933). p. 217. En caso el demandado no haya recibido ya alguna reparación, la ejecución forzosa del contrato es vista por DURKHEIM como “de una naturaleza eminentemente positiva, puesto que tiene como propósito la determinación de la manera en que debemos cooperar”. *Ibid.*, p. 216.

“El principio de que la promesa o el consentimiento crean obligación es extraña a la idea de justicia... Es natural que si cualquier persona promete darle algo a un amigo y no lo hace, no comete una injusticia, –por lo menos, entiéndase, si no agravia a este amigo indirectamente”. TOURTOULON, Pierre de. “Philosophy in the Development of Law” (traducido por Martha M. Read. 1922). pp. 499-500.

¿POR QUÉ DEBE LA LEY PROTEGER EL VALOR DE LA EXPECTATIVA?

Probablemente la respuesta más obvia a esta pregunta es una que podemos definir como “psicológica”. Esta respuesta funcionaría más o menos como sigue: El incumplimiento de una obligación despierta en el acreedor una sensación de lesión. Este sentimiento no se limita a casos donde el acreedor ha confiado en la obligación. Así el acreedor haya cambiado o no su situación realmente debido a la obligación, el acreedor ha formado una actitud de expectativa tal que el incumplimiento de la obligación le causa la sensación de haber sido “privado” de algo que era “suyo”. Al ser este sentimiento relativamente uniforme, la ley no tiene ocasión de ir tras él. Lo acepta como dato y construye sus normas respecto a él⁸.

La dificultad en esta explicación es que la ley en realidad sí va tras el sentido de lesión que el incumplimiento de una obligación genera. Ningún sistema legislativo busca imponer una sanción jurídica a todas las obligaciones. Alguna norma o combinación de normas genera un filtro para la ejecución de aquellas obligaciones consideradas lo suficientemente importantes para la sociedad como para justificar que la ley se preocupe por ellas. Cualesquiera sean los principios que controlan este proceso de filtrado, no son convertibles en términos del grado de afectación que el incumplimiento de una clase particular de obligación genere. Por lo tanto, aunque puede ser asumido que el impulso para aliviar la decepción es un criterio compartido por quienes hacen e influyen la ley, este impulso puede difícilmente ser mirado como la llave que soluciona el problema total de la protección acordada por la ley del valor de la expectativa.

Una segunda explicación posible para la norma protectora de la expectativa puede ser encontrada en la muy discutida “teoría de la voluntad” de la ley contractual. Esta teoría visualiza a las partes contratantes como ejercitando, por decirlo de alguna manera, un poder legislativo, de modo que la aplicación legal de un contrato se convierte simplemente en la implementación por el Estado de una clase de ley privada establecida previamente por las partes. Si A se ha obligado, de forma apropiada, a pagar a B mil dólares, obligamos a A que pague esta suma simplemente porque la norma o *lex* establecida por las partes llama a este pago. *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto*⁹.

No es necesario discutir aquí la contribución que la teoría de la voluntad es capaz de hacer a una filosofía del derecho contractual. Algunos préstamos de la teoría son ciertamente destacables sobre la mayoría de intentos de racionalizar las bases de la responsabilidad contractual. Es suficiente observar aquí que mientras la teoría de la voluntad tiene indudablemente alguna presencia en el problema de los daños contractuales, no establece en todos los casos la reparación de la expectativa. Si un contrato representa una especie de ley privada, es una ley que usualmente no dice nada sobre qué se hará cuando sea violada. Un contrato es a este respecto como un estatuto imperfecto que no proporciona penalidades, y que deja al juez buscar el camino de lograr su propósito. Por lo tanto, no habría necesariamente una contradicción entre la teoría de la voluntad y la norma que limite los daños al valor de la confianza. Bajo tal norma la penalidad por violar la norma establecida por el contrato consistiría simplemente en ser obligado a compensar a la otra parte por la confianza afectada. Por supuesto, pueden haber casos donde es tan evidentemente que las partes han anticipado que cierta forma de auxilio judicial deberá ser dada, que se puede, sin exagerar las cosas, decir que implícitamente han “deseado” que este auxilio sea dado. Esta actitud encuentra una aplicación natural en las obligaciones de pagar una suma de dinero determinada. Sin embargo, como para la mayoría de tipos de contratos, es inútil esperar de la teoría de la voluntad una solución confeccionada para el problema de los daños.

Una tercera y más prometedora solución de esta dificultad recae en un acercamiento económico o institucional. La esencia de una economía de crédito recae en el hecho de que tiende a eliminar la distinción entre los bienes presentes y futuros (prometidos). La expectativa de valores futuros se convierte, para propósitos de intercambio, en valores actuales. En una sociedad donde el crédito se ha convertido en una institución significativa y penetrante, es inevitable que la expectativa creada por una obligación exigible deba ser mirada como una especie de propiedad, y el incumplimiento de la obligación como una lesión a esa propiedad. En tal sociedad el incumplimiento de una obligación opera como una disminución “efectiva” de los activos del acreedor – “efectiva” en el sentido que sería muy valorada para las formas de pensamiento que entran en la misma fibra de nuestro sistema económico. El que el acreedor no haya “usado” la

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁸ Esta es, en esencia, la visión de Schlossmann, a pesar de que uno puede distinguir en su pensamiento una mezcla de elementos de lo posteriormente llamado en el texto una explicación “económica” o “institucional”. SCHLOSSMANN, Siegmund. “Der Vertrag”. 1876. § 36.

⁹ “Una transacción legal es el ejercicio del poder creativo que los privados poseen en asuntos legales. El individuo dispone, y la ley adopta su comando como propio”. WINDSCHEID, Bernhard. “Lehrbuch des Pandektenrechts”. Novena Edición. 1906. § 68.

titularidad¹ que la obligación representa (al no haber confiado en la obligación) es tan irrelevante como la pregunta de si el demandante que infringió la *quare clausum fregit* estaba utilizando su título en el momento en que abuso de la misma. La analogía con las formas ordinarias de titularidad va más allá, porque incluso en un proceso por invasión la reparación es realmente por una expectativa, la expectativa de posibles usos futuros. Donde la expectativa de titularidad es limitada (por ejemplo, en caso el demandante tenga solamente la titularidad por unos años) la reparación es reducida proporcionalmente¹⁰. La titularidad ordinaria difiere del derecho contractual principalmente en que aquel puede ocasionar lesiones directas a más personas por la expectativa que representa. Es generalmente sólo el obligado, o alguien que trabaje a través de él o con él, quien está en posición de lesionar la expectativa contractual de una manera lo suficientemente directa como para hacer oportuna la intervención legal.

La objeción más obvia que se puede hacer a la explicación económica o institucional es que la misma implica un *petitio principii*. ¿Por qué una promesa representa un valor presente? Porque la ley lo exige así. “La expectativa”, tomada como un valor presente, no es la causa de la intervención jurídica sino la consecuencia de ella. Esta objeción puede ser reforzada por una referencia a la historia jurídica. Las obligaciones se hacían cumplir mucho antes de existir nada parecido a un sistema general de “crédito”, y la reparación fue desde un principio medida por el valor de la prestación prometida, “precio acordado”. Puede por lo tanto ser discutido si el surgimiento del “sistema de crédito” fue dado en gran medida sobre la base del desarrollo jurídico que lo precedió.

La visión recién sugerida afirma la primacía del derecho sobre la economía; ve al derecho no como la criatura sino como el creador de instituciones sociales. El cambio de énfasis esgrimido sugiere así la posibilidad de una cuarta explicación de la protección del derecho para asumir la expectativa, la cual podemos llamar *jurídica*. Esta explicación buscaría una justificación para la regla estándar de la reparación en una cierta política perseguida conscientemente por los jueces y otros

legisladores. Se pensaría que los jueces han protegido el valor de la expectativa porque han considerado sabio hacerlo así, no por un asentimiento ciego a las maneras habituales de pensar y de sentir, ni por un respeto igualmente ciego a los deseos individuales. Un acercamiento al problema desde este punto de vista hace que no encontremos una mera explicación de la norma en forma de ciertos datos sentimentales, volitivos, o institucionales, sino que articulemos las razones de su existencia.

¿Qué razones pueden ser adelantadas? En primer lugar, aun si nuestro interés fuera el proteger al acreedor de una pérdida de efectivo, sería posible justificar la regla concediendo valor a la expectativa, ambos como cura para, y como profilaxis contra, pérdidas de este tipo.

Es una cura para estas pérdidas en el sentido que ofrece la medida de una muy probable reparación a reembolsar al demandante por los (a menudo muy numerosos y muy difíciles de probar) actos y abstenciones del individuo que crean su total confianza en el contrato. Si tenemos en cuenta las “ganancias esperadas” por la confianza, es decir, las pérdidas implicadas en rechazar oportunidades de celebrar otros contratos, la idea de que la norma que protege la expectativa es adoptada como la más efectiva forma de compensación por el desmedro en la confianza, no parece del todo forzado. Médicos con una práctica extensa cargan a menudo a sus pacientes el honorario correspondiente por las citas canceladas. Tal carga mira de cara a las cosas como una demanda por el honorario prometido; parece ser basado en el “valor de la expectativa”. Sin embargo, el médico que efectúa el cargo justificadamente observará que es una reparación por la pérdida de la oportunidad de ganar un honorario similar de otro paciente. Esta renuncia a otras oportunidades está implicada en cierta medida en la mayoría de contratos, y la imposibilidad de identificar este tipo de confianza con cualquier clase de medida puede justificar una norma categórica que conceda el valor de la expectativa como la manera más eficaz de compensar de tales pérdidas.

La regla de que el demandante debe, después del incumplimiento del demandado, tomar medidas para

¹ Nota de Traductor: El autor habla de “property” en esta sección. Este término ha sido traducido como “titularidad” y no como “propiedad” por ser un término que abarca tanto derechos sobre bienes como sobre obligaciones. Cuando el autor se refiere a titularidad ordinaria sí se estaría refiriendo propiamente a la titularidad sobre bienes.

¹⁰ Commons advierte que la visión de MacLeod, de entender una deuda como materia económica, era “tan extraña para los economistas que no podían entenderlo... La extrañeza causada a los economistas clásicos consistió en que comprendió al “futuro” como una de sus dimensiones, así como al valor del uso y de la escasez de las escuelas más antiguas. Sin embargo, el futuro es un criterio esencial para la propiedad de una mercancía, lo cual han tomado por supuesto”. COMMONS, John R. “Economics Institucional”. 1934. p. 394.

“Estamos acostumbrados a concebir el incumplimiento de una obligación bajo un punto de vista totalmente diferente al que aplicamos para las lesiones a la propiedad, y la idea que la exigibilidad de una obligación debe ser equivalente a la reparación por una lesión a la propiedad es extraña para nosotros. Esta manera de ver el asunto separa arbitrariamente cosas que deben ser unidas, lo cual puede ser demostrado mediante un análisis de la noción de daños a la propiedad”. SCHLOSSMANN, Siegmund. “Der Vertrag”. 1876. § 37. Schlossmann busca demostrar que los daños a la propiedad son realmente daños a una expectativa. Exigir una prestación específica para la reparación de un mal es para Schlossmann como efectuar un mandato obligatorio que pide a un agresor reconstruir la propiedad que él ha destruido. *Ibidem*. § 39.

atenuar los daños¹¹ tiende a corroborar la sospecha que allí yace oculta, tras la protección de la expectativa, una preocupación por compensar al demandante por la pérdida de la oportunidad de celebrar otros contratos. Si después del incumplimiento del demandado queda abierta la posibilidad al demandante de vender sus servicios o bienes a otra parte, o de llenar sus necesidades de otra fuente, él está obligado a tomar esa oportunidad. Visto de esta manera, la regla de “daños evitables” es un criterio en la protección por la expectativa acordada, puesto que significa que el demandante, en los casos donde aplica, es protegido sólo en el caso en que por haber confiado en el contrato hubiera renunciado a otras oportunidades igual de ventajosas para lograr el mismo fin.

Sin embargo, como hemos sugerido, la regla que mide los daños por la expectativa se pueden también mirar como profilaxis contra las pérdidas resultantes de la afectación a la confianza. Cualquiera sea el motivo que tienda a desalentar el incumplimiento del contrato tiende a prevenir las pérdidas ocasionadas por la confianza. En tanto el valor de la expectativa constituye una medida de reparación de más fácil administración que el valor de la confianza, ofrecerá en la práctica una sanción más eficaz contra el incumplimiento contractual¹². De esta manera, es posible observar la regla que mide los daños por la expectativa en un aspecto cuasi-criminal, siendo su propósito no tanto compensar al acreedor cuanto a penalizar el incumplimiento de la obligación por el deudor. La norma que obliga a asumir una obligación encuentra la misma justificación, en esta teoría, como en la ordenanza que multa a un hombre por conducir pasándose un semáforo en rojo cuando no hay otro vehículo a la vista.

En la búsqueda de una justificación a la regla que garantiza el valor de la expectativa no hay necesidad, sin embargo, de restringirnos por la asunción, hecha hasta ahora, que la regla sólo puede referirse a curar o prevenir pérdidas causadas por la confianza. Una justificación puede ser desarrollada desde un punto de vista menos negativo. Puede decirse que no sólo hay una política a favor de la prevención y el deshacer los daños resultantes por la confianza, sino también una política en favor de la promoción y facilitación de la confianza en los acuerdos de negocio. Como en el caso de la ordenanza sobre el semáforo en rojo, estamos interesados no solamente en la prevención de colisiones sino también en regular la velocidad del tránsito. Los contratos pueden lograr poco, ya sea para

las partes o para la sociedad, a menos que se hagan la base para la acción. Cuando los acuerdos de negocio no sólo se hacen sino también se actúan, la división del trabajo se facilita, los bienes encuentran su lugar donde son más necesitados, y la actividad económica es generalmente estimulada. Estas ventajas serían amenazadas por cualquier regla que limite la protección legal al valor de la confianza. Tal regla tendería en la práctica a desalentar la confianza. Las dificultades en probar la confianza y someterla a medida pecuniaria son tales que el hombre de negocios que sabe, o presiente, que estos obstáculos requieren el auxilio judicial vacilarán en confiar en una obligación cuando la sanción legal sea de significación para él. Para motivar la confianza debemos, por lo tanto, dispensar su prueba. Por esta razón se ha encontrado sabio establecer una reparación sobre una obligación independientemente de la confianza, tanto porque en algunos casos la obligación es exigida sin ser confiada (como en los acuerdos bilaterales de negocio) como cuando la reparación no está limitada a la afectación de la confianza.

La explicación jurídica en su forma final es entonces doble. Se resta protección a la expectativa acordada en (1) la necesidad de curar y prevenir los daños ocasionados a la confianza, y (2) en la necesidad de facilitar la confianza en los acuerdos del negocio. Sobre esta posible explicación jurídica, queda claro que no hay incompatibilidad entre ella y la explicación económica o institucional. Ellas ven el mismo fenómeno desde dos perspectivas diferentes. La esencia de ambas recae en la palabra “crédito”. La explicación económica observa el crédito por su lado institucional; la explicación jurídica lo observa por su lado racional. La visión económica considera el crédito como una forma de vivir; la visión jurídica nos invita a que exploremos las consideraciones de utilidad que son la base de esta forma de vivir, y el rol que la consciencia humana ha jugado en traerla a existencia.

La forma en que estos dos puntos de vista se complementan llega a ser más clara cuando examinamos por separado las implicancias económicas de los dos aspectos de la explicación jurídica. Si quitamos el argumento jurídico para medir los daños por la expectativa sobre la base que este procedimiento ofrece los medios más satisfactorios de compensar al demandante por la pérdida de otras oportunidades de contratar, está claro que la fuerza de la argumentación dependerá enteramente del ambiente económico existente. Esto sería algo imperante en una sociedad

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

¹¹ “Restatement of Contracts”. 1932. § 336; MCCORMICK, C. “Damages”. 1935. §§ 33-42.

¹² Ha sido sugerido como una justificación parcial a la norma que mide los daños bajo la afectación de la expectativa, el que ofrece una disuasión al fraude más efectiva que la norma que limita la reparación a la pérdida de dinero efectiva. MCCORMICK, C. “Damages”. 1935. § 453.

hipotética donde todos los valores están disponibles en el mercado y donde todos los mercados son "perfectos" en el sentido económico. En tal sociedad no habría diferencia entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa. La pérdida del demandante en asumir entrar en otro contrato sería idéntica al valor de la expectativa del contrato que suscribió. El argumento que garantiza el valor de la expectativa apenas compensa dicha pérdida, pierde fuerza hasta tal punto que las condiciones actuales parten de aquella sociedad hipotética. Estas observaciones ponen en claro porqué el desarrollo de los mercados tiende a llevar la visión que una demanda del contrato es una clase de titularidad, un concepto que –para toda la importancia que le dio– MacLeod parecía mirarlo como el producto de una especie de milagro legal. Quien al celebrar un contrato deja de lado la oportunidad de conseguir el mismo fin de otra forma, no estará inclinado a ver el incumplimiento de un contrato ligeramente o como mera cuestión de moralidad privada. La conciencia de lo inevitable refuerza la noción de que el contrato crea un "derecho" y que la demanda del contrato es en sí misma una especie de titularidad.

Si, por otra parte, encontramos la explicación jurídica en el deseo de promover la confianza en los contratos, no es difícil trazar nuevamente una correspondencia entre la visión legal y las condiciones actuales de la vida económica. En general nuestros tribunales y nuestras instituciones económicas atribuyen especial significado a los mismos tipos de obligaciones. El acuerdo de negocio bilateral es, generalmente hablando, el único tipo de contrato informal que nuestros jueces están dispuestos a hacer cumplir sin prueba que hubo confianza –simplemente por facilitar la confianza. Esta es, no por accidente, justamente la clase de contrato (el "intercambio", "negocio",

"comercio", "trato") que constituye el marco indispensable y penetrante para las porciones "inmanejables" de nuestra actividad económica¹³.

La inferencia, por tanto, se justifica en que los fines de la ley de contratos y aquellos de nuestro sistema económico muestran una correspondencia esencial. Uno puede explicar esto sobre la base de que la ley (mera superestructura e ideología) refleja inertemente las condiciones de la vida económica, o sobre la base de que la actividad económica se ha ajustado al marco racional de la ley. Ninguna de las dos explicaciones sería verdadera. De hecho nos estamos ocupando de una situación en la cual la ley y la sociedad han interactuado. La ley mide los daños por la expectativa *en parte* porque la sociedad ve la expectativa como un valor presente; la sociedad ve la expectativa como un valor presente *en parte* porque la ley (por razones articuladas más o menos conscientemente) da protección a la expectativa.

La explicación jurídica y económica combinada que acaba de desarrollarse puede parecer vulnerable a una objeción seria. Esto se debe al hecho que la regla "estándar", que mide los daños por la expectativa, ha sido aplicada con frecuencia a las obligaciones de un tipo que no tiene ninguna relación concebible al "sistema de crédito", a la división del trabajo, o la organización de la actividad económica. El Profesor Williston aparentemente llega a asumir que la regla "estándar" es la única regla permitida de reparación incluso en el caso de las obligaciones exigibles por la § 90 del "Restatement of Contracts"¹¹, es decir, en el caso de las obligaciones para las que no se ha dado u ofrecido ningún precio y se hacen cumplir solamente porque han sido seriamente confiadas¹⁴. Muchos de los argumentos para una regla de medida de daños por la expectativa, los cuales desarrollamos bajo nuestra

¹³ Al referirnos implícitamente a una especie de la actividad económica que es "manejada" no tenemos en mente exclusivamente ni primariamente el manejo por el estado, sino mas bien aquellos medios de organizar la actividad económica que Commons clasifica como transacciones racionales y gerenciales. Como Marx estaba afecto a señalar, el contrato ha desempeñado siempre un papel muy pequeño en la organización interna de la fábrica. El crecimiento enorme de la corporación desde su tiempo ha significado otra disminución de la importancia del contrato como fuerza organizativa, puesto que la corporación y la integración vertical tienden a sustituir una organización que se basa sobre un contrato por una que se basa en la relación del superior y del inferior (gerencia) y sobre "transacciones racionales" (por ejemplo, los deberes fiduciarios de juntas directivas). La asunción de Adam Smith, en relación a que la libre contratación es la única causa de la división del trabajo, se explica no sólo en que se basaba en las condiciones de su tiempo, sino también debido en parte a su preocupación (a pesar del título de su gran trabajo) por la distribución en relación con la producción de la actividad económica, o, en términos de Commons, con la escasez más que con la eficiencia.

¹¹ Nota de Traductor: El "Restatement of Contracts" forma parte del "Restatement of the Law"; tratados que se crearon por el American Law Institute con la finalidad de sistematizar los principios generales del *common law*. Si bien no tienen fuerza de ley ni son vinculantes para los jueces, el prestigio del Instituto y las personalidades involucradas en su elaboración han llevado a su gran difusión y a que sean tomados en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia.

El § 90 del "Restatement of Contracts" (1932) señala: **OBLIGACIÓN QUE RAZONABLEMENTE INDUCE A LA ACCIÓN O A LA ABSTENCIÓN** Una obligación que el deudor debe razonablemente esperar que induzca a la acción o a la abstención de un carácter definitivo y sustancial de parte del acreedor, y que en efecto induce a tal acción o abstención, es vinculante si la injusticia sólo puede ser evitada por la exigencia de dicha obligación.

¹⁴ "Sr. Coudert:... ¿Diría usted, Sr. Reporter, respecto a su caso de Johnny y el tío, donde el tío se obliga por \$1.000 para que Johnny compre un carro –digamos que sale y compra el carro por \$500–, el tío estaría obligado por \$1.000 o por \$500?"

Sr. Williston: Si Johnny hubiera hecho lo que se esperaba que él hiciera, o está actuando dentro de los límites de la expectativa de su tío, pienso que el tío estaría obligado por \$1.000; pero no viceversa.

Sr. Coudert: En otras palabras, la justicia substancial requeriría que el tío fuera penalizado por la suma de \$500.

Sr. Williston: ¿Por qué dice "penalizado"?

Sr. Coudert: Porque la justicia substancial estaría requiriendo en ese caso, me parece, que Johnny consiga el dinero para el carro, pero ¿debe él conseguir su carro y \$500 más? No me parece.

Sr. Williston: Por supuesto, sería posible decir que en la sección 88 [ahora § 90] se debe sustituir una sección del cuasi-contrato en el Restatement que permita, bajo estas circunstancias, que el acreedor recupere la suma que representa la lesión sufrida...". Cita de la discusión sobre la que ahora es § 90 del "Restatement of Contracts" divulgado en el "American Law Institute, Proceedings", Vol. IV. Apéndice. 1926. pp. 98-99.

explicación económica y jurídica no tienen aplicación a tales obligaciones. La sugerencia de que el valor de la expectativa sea adoptado como una especie de reemplazo del valor de la confianza debido a la dificultad de probar la confianza puede apenas ser aplicable a una situación donde efectivamente se requiera de una prueba de la confianza, y de hecho, confianza de un carácter “definitivo y sustancial”. La idea de que la expectativa está garantizada como compensación por dejar de lado la oportunidad de celebrar otros contratos similares tampoco es aplicable en esta situación, por la simple razón que no se ha “entrado” en ningún otro contrato. Finalmente, la política a favor de facilitar la confianza puede difícilmente ser ampliada indistintamente a todas las obligaciones. Cualquier política de este tipo debe presuponer que la confianza en la situación particular tendrá normalmente cierta utilidad general. Cuando se trata de “intercambios” u “operaciones de comercio” es fácil discernir esta utilidad puesto que tales transacciones forman el mismo mecanismo sobre el que se organiza la producción en una sociedad capitalista. Parece no haber motivo para asumir una utilidad general en las obligaciones que vienen bajo la § 90, en tanto son restringidas a una definición negativa—ellas no son negocios.

¿Es el uso de la regla “estándar” de daños a obligaciones no comerciales, entonces, una refutación sin respuesta a la explicación que hemos procurado de la regla? Pensamos que no. En primer lugar, es evidentemente posible que los jueces hayan dado, a través de la fuerza de la costumbre, un uso más amplio a la regla de lo que una investigación filosófica de sus bases posibles justificaría. En segundo lugar, no es claro en absoluto, respecto a las decisiones de cualquier rango, que la regla de reparación en el caso de estas obligaciones no comerciales sea necesariamente la que

mide los daños por la expectativa. Hay, como mostraremos en la segunda parte de este artículo, casos que indican lo contrario.

No es difícil demostrar que los contratos que acuerdan un tratamiento judicial son afectados por la relación entre el contrato particular y lo que llamamos “el sistema crediticio”. El contrato ideal desde el punto de vista del sistema crediticio es la obligación (comercial) de pagar dinero. Aquí encontramos una combinación de calidades legales que reflejan la íntima asociación de este tipo de contrato con la institución económica del crédito: enajenación gratuita por parte del acreedor; sustitución gratuita de la prestación de otro por el deudor; fácil convertibilidad entre las demandas presentes y futuras, siendo medida la diferencia por interés; los daños medidos por un criterio mecánico que excluye la consideración de particularidades de la situación; finalmente, los daños medidos por la expectativa, sin tendencia a sustituir una medida diferente.

Si no fuera por ciertas corrientes cruzadas que complican, podríamos esperar encontrar un aumento de uniformidad en la tendencia a remitir al demandante hacia el valor de la confianza mientras que progresivamente nos alejamos del sistema crediticio. Esto se daría de dos maneras, lo que podría ser ilustrado en el contrato a adoptar¹⁵. Mientras más lejos se lleve un contrato del sistema crediticio, más difícil es medir el valor de la expectativa. Mientras más lejos se lleve un contrato del sistema crediticio, menor es el incentivo judicial para conceder la expectativa, menor es la presión en las políticas básicas que justifican garantizar la expectativa en el acuerdo de negocios ordinario.

Nos hemos referido a factores complicados que producen un aumento constante en la tendencia a salir de la regla que garantiza la expectativa a medida que

En una discusión posterior sobre el caso del tío y de Johnny, se documentó al Profesor Williston diciendo en respuesta a la repetición de la pregunta porqué Johnny debe recibir más de \$500, “O bien la obligación compromete o no. Si la obligación compromete, tiene que ser ejecutada como fue hecha. Como dije al Sr. Coudert, podría dejar esta idea al tema de cuasi-contratos, de modo que el acreedor bajo esas circunstancias nunca sea reparado en la obligación pero sí recupere ese monto tal como le correspondería por cualquier lesión sufrida; sin embargo, me parece que uno tiene que tomar una alternativa o la otra. Uno tiene que decir, ya sea que la obligación es obligatoria o asumir la teoría de restauración del “status quo”. Ibid. pp. 103-104.

“Una obligación por mil dólares con la que se piensa comprar un carro debe comprometer si induce a la compra del carro”. WILLISTON. “Contracts 1”. Segunda Edición. 1936. § 140.

Por otra parte, el Profesor Gardner parece asumir que en los casos bajo la § 90 el acreedor debe ser “indemnizado al menos por la pérdida sufrida por la confianza” en la promesa. Él considera “la asunción de que una demanda por incumplimiento de la obligación debe necesariamente ser una demanda por reparar el valor de la potestad afirmada” como algo “analítica e históricamente incorrecto”. GARDNER. “An Inquiry into the principles of the Law of Contracts”. En: Harvard Law Review 46. 1932. pp. 1, 23.

¹⁵ En *Sandham v. Grounds*, 94 Fed. 83 (C.C.A. 3d, 1899) se sostiene que la reparación del incumplimiento del contrato de adopción está limitada al valor de la confianza. En: Harvard Law Review 13. 1899. p. 223, la regla allí incluida es observada como deseable “a pesar de ser contraria a la teoría de los daños”.

Puede parecer al principio desconcertante que haya un número considerable de casos que garantizan una “prestación específica” de los contratos de adopción. (Los casos serán encontrados recogidos en *1 C. J. 1379*). Un examen de estos casos revelaría, sin embargo, que son casos donde principalmente, si no enteramente, están presentes dos factores: (1) el padre adoptivo está muerto; (2) el demandante ha hecho todo lo necesario para perfeccionar sus derechos según los términos del acuerdo antes de la muerte del deudor. En tal situación, conceder la expectativa se puede explicar en dos argumentos: (1) el valor de la expectativa ha dejado de ser enteramente conjetural, siendo ahora simplemente por una parte del estado establecido por la ley, y (2) conceder una “prestación específica” —es decir, asignar al demandante una parte de la tenencia del niño— es el método más natural y más adecuado de reparar la confianza del demandante, o, como es usualmente el caso, de lograr una restitución de los valores recibidos por el deudor difunto. Ninguna de estas consideraciones aplican, sin embargo, donde todavía está vivo el deudor, o donde, como sucedió al parecer en el caso *Sandham v. Ground*, *supra*, hubo un rechazo del contrato por el padre adoptivo antes de que el niño haya realizado su parte del acuerdo.

nos alejamos del sistema crediticio. Lo más importante de esto recae en el hecho que los jueces tienen una preferencia natural por la regla de la reparación que ofrece un criterio fácil de administrar. Este factor tiene una importancia peculiar para las obligaciones que vienen bajo el § 90 del "Restatement", donde la expectativa está definida generalmente por una suma de dinero. Un intento de trazar la influencia de este factor será comprendido en la siguiente sección.

LA DIFERENCIA ENTRE LA MEDIDA Y EL MOTIVO, Y EL PROBLEMA DE LOS MOTIVOS MEZCLADOS

Hemos profundizado en la naturaleza de la mayor dificultad, que se encuentra en cualquier análisis de los propósitos de la ley contractual. Esta dificultad consiste en el hecho de que es imposible asumir que cuando un juez hace cumplir una obligación persigue solamente un propósito y protege necesariamente un "valor"; o que el propósito o el valor que forman el análisis razonado del accionar de los jueces considera necesariamente la reparación del demandante¹⁶. En la actualidad, puede que un juez no sólo considere en un caso dado como justificación más de uno de los tres "valores" contractuales que hemos distinguido, sino incluso, donde sea razonable suponer que un solo valor conforma la exclusiva *raison d'être* de la intervención legal, es posible que por razones de conveniencia y de certeza los jueces puedan elegir una medida de reparación que se diferencie de esa sugerida por el valor protegido.

Una dificultad en identificar el "último" de los motivos para hacer cumplir contratos existe incluso en cuanto a los primeros tiempos de la historia jurídica. Sin procurar repasar aquí qué se sabe referente a la historia temprana del contrato, puede ser dicho con seguridad que en Inglaterra¹⁷, en Roma¹⁸, y quizás generalmente en el derecho primitivo¹⁹, un lugar común es el que se puede llamar el contrato real, la "obligación de dar"²⁰, o el intercambio parcial. Por la confianza en una obligación del demandado de pagar un precio establecido, el demandante confiere una cierta ventaja al demandado;

el demandado incumple en pagar, y el demandante empieza un proceso por el precio convenido. Éste es, a grandes rasgos, el contrato real. Sin embargo, no era la única situación donde en ausencia de formalidades los jueces estaban dispuestos a intervenir, es probable que algunas de estas transacciones originalmente hayan concebido un núcleo factual imprescindible para la mayoría de contratos formales²¹.

Siempre que la ley confiera su intervención a esta situación (o hasta el punto de que conceda ciertos remedios sólo a esta situación) parecería que el propósito fundamental de la ley es la prevención del enriquecimiento injusto, puesto que el enriquecimiento del deudor a expensas del acreedor es la *sine qua non* de interferencia judicial. Con todo, a pesar que la prevención del enriquecimiento injusto puede parecer proveer el análisis razonado subyacente de la intervención legal en el caso del contrato real, la medida de reparación era, como sabemos, desde el comienzo el precio prometido, la expectativa. Varias explicaciones se pueden dar para esta discrepancia aparente entre las condiciones bajo las cuales la responsabilidad fue impuesta y los términos de la responsabilidad en sí misma. Incluso si se aceptara que el propósito único perseguido por los jueces era la prevención del enriquecimiento injusto, sería posible mirar el precio prometido como el más obvio y de método más simple para medir el grado de ese enriquecimiento, particularmente en una edad que se alejó de cualquier clase de auxilio legal que implicara valoración. Si esta es la explicación apropiada para la medida de daños en contratos reales, tenemos en ellos una ilustración de la divergencia entre la medida y el motivo; o, para hablar con menor injerencia en el epigrama, un caso donde a pesar de que el motivo fundamental era prevenir el enriquecimiento injusto el juez se inclinó por sustituir la medida que ese propósito normalmente dictaría por un método más simple y más fácil de administrar²².

Una explicación diferente y quizás más exacta se puede dar, sin embargo, por la medida de la reparación

¹⁶ Una falla a tener en cuenta, que puede ser llamada *motivational cross-currents*, parece constituir el principal error del valioso artículo del Profesor Cohen "The Basis of Contracts". En: Harvard Law Review 46. 1933. p. 553.

¹⁷ PLUCKNETT, Theodore F. "A Concise History of the Common Law". 1929. p. 401.

¹⁸ RADIN, Max. "Roman Law". 1927. § 60. El orden preciso en que los diferentes tipos de contratos informales se tornaron exigibles en Roma parece ser algo incierto. GIRARD, Manuel. "Éléments de Droit Romain". Octava Edición. 1929. p. 467. Evidentemente, tanto en Inglaterra como en Roma hubo una expansión gradual del auxilio garantizado, de manera que un beneficio directo del acreedor dejó de ser esencial.

¹⁹ DIAMOND, Arthur Sigismund. "Primitive Law". 1935. pp. 391-445. En relación a la ley babilónica y asiria escribe: "No hay transacciones que sean enlazadas por el mero hecho del acuerdo sin la transferencia de propiedad. Ese tipo de transacción comercial todavía no se ha alcanzado; la ley compensa por la pérdida, y hasta ahí llegan los intermediarios, y los precios de mercado que fluctúan día a día, no habría contrato puramente ejecutivo para comprar o vender en una fecha futura, ni podría haber pérdida económica por incumplimiento en la ejecución de tal contrato". *Ibid.* p. 409.

²⁰ HENRY. "Consideration in Contracts". 1917. Yale Law Journal. pp. 664, 678.

²¹ Como en el *nexum* romano (asumiendo que la transacción fue alguna vez utilizada para crear obligaciones), y quizás en el contrato cerrado en Inglaterra. POLLOCK, Sir Frederick y MAITLAND, Frederic William. "History of English Law". Segunda Edición. 1898. p. 213.

²² McCormick discierne como una de las ventajas de la regla de medir los daños de un fraude mediante el valor de la expectativa el hecho de que generalmente ofrece, en comparación con la regla que mide los daños mediante el valor de la confianza, "un estándar simple, razonablemente definido y fácil de entender". MCCORMICK, Charles T. "Damages". 1935. p. 453.

aplicada a los contratos reales. Puede ser dicho que el elemento del enriquecimiento injusto presente en esos casos sirvió para abrir, como sucedió, el impulso latente para sostener a los hombres en sus negocios. Los jueces habrían preferido ver a los hombres realizar sus acuerdos en todos los casos. Sin embargo, donde el acreedor no había dado hasta ahora nada para la obligación había una vacilación sobre la intervención legal (y sin duda también sobre la condenación moral), donde solamente la combinación del empobrecimiento injusto y del enriquecimiento injusto originó que los contratos reales sean necesarios. Visto de esta forma, la medida de reparación aplicada a los contratos reales no era tanto un caso de la divergencia entre la medida y el motivo como un caso de motivos mezclados.

La ambigüedad referente a los últimos motivos y a la congruencia entre la medida y el motivo que rondaba el período inicial de la historia jurídica deja una sombra sobre todos los progresos posteriores. Así, en los primeros tiempos de su crecimiento la acción de demanda fue claramente dominada por el valor de la confianza, de tal manera que Ames asumió, aún en ausencia de ejemplos, que la reparación de la obligación se debe limitar originalmente a la reparación por el cambio de posición²³. Sin embargo, si esta fue en efecto la regla original no lo fue por ningún acontecimiento anterior a la medición de los daños por el valor de la expectativa. Sin embargo, en tanto era solamente la obligación sostenida en la confianza la que se hacía cumplir por la acción de demanda, tenemos el mismo problema aquí del que teníamos en el caso del contrato real. ¿El valor de la expectativa fue tomado como la medida de reparación porque ofreció estándares más ciertos que el valor de la confianza, o porque el factor en la confianza sirvió para abrir el impulso de obligar a los hombres a que cumplan sus obligaciones? Es, por supuesto, imposible dar cualquier respuesta concluyente a esta pregunta.

En el derecho moderno el problema de motivos mezclados y la divergencia entre medida y motivación, aunque presente por todas partes, es más agudo en lo que se puede llamar obligaciones "no comerciales". En el caso de contratos que realizan una función en el "sistema crediticio", la cual, en otras palabras, tenga más o menos directa relación con el mecanismo que en una sociedad capitalista proporciona una organización para la producción, el intercambio, y la distribución de mercancías, el valor de la expectativa

tiende a ser dominante. Sin embargo, cuando salimos del reino del "comercio", como, por ejemplo, en las obligaciones que vienen bajo el § 90 del "Restatement of Contract", encontramos que la confianza retoma un papel importante. Una obligación que invita, pero no solicita como su "precio", va a ser exigible sólo cuando el acreedor haya confiado. Si la confianza es la *sine qua non* de la intervención legal, entonces la protección del valor de la confianza es obviamente una parte del motivo por el que los jueces actúan en tales casos. ¿Es éste todo el motivo? ¿La confianza también determina la medida de la reparación? Para estas preguntas, vitales como son, los fallos no nos producen ninguna respuesta clara. Como se ha recordado ya, Williston asume que la medida de reparación para estas obligaciones "no comerciales" es igual que para las "comerciales", es decir, la expectativa²⁴. Asumiendo que éste es un enunciado correcto de la ley (y existen muchos casos para apoyarlo así como para refutarlo), ¿cómo explicamos la discrepancia entre lo que aparece como el motivo fundamental (reparación por la confianza perjudicada) y la medida de la reparación, que ignora la confianza? Como en el caso de contratos reales y de la acción de demanda en sus primeros tiempos, dos explicaciones principales son concebibles. Si no consideramos la posibilidad de que los jueces hayan concedido la expectativa simplemente por costumbre, entonces, o se prefiere el valor de la expectativa como medida de reparación debido a su mayor determinación ("divergencia entre medida y motivación") o el factor de la confianza sirve como impulso para compeler a los hombres a cumplir sus obligaciones ("mezcla de motivos"). Por supuesto, no hay un método para demostrar cuál de estas es la "verdadera" explicación. Con todo, dejando la materia de control del motivo en este estado ambiguo, dejamos cuestiones sin resolver de importancia práctica muy considerable. Por ejemplo, si en los casos que vienen bajo la § 90 se prefiere el valor de la expectativa como una medida de reparación por su certeza, entonces podemos esperar ver que sustituya el valor de la confianza en cada caso donde ese valor consideró un cierto estándar para computar los daños. Por otra parte, si la confianza sirve simplemente como una especie de agente catalizador para estimular el impulso a que los hombres cumplan sus obligaciones, la pregunta acerca de si el valor de la confianza ofreció una medida practicable de reparación será irrelevante, y el valor de la expectativa será siempre adoptado como medida de reparación.

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

²³ Para estar seguro, Ames se expresó en términos del "reembolso por la pérdida de la cosa objeto de la obligación", que parece más una descripción de la restitución que la compensación por la confianza afectada. AMES, James Barr. "Lectures on Legal History". 1913. p. 144. Sin embargo, desde que no hay nada en la historia de la obligación que sugiera que el remedio habría sido restringido a la reparación del beneficio conferido, es seguro asumir que el lenguaje de Ames se debió a la no infrecuente aunque descuidada identificación del reembolso por cambio de posición con la restitución.

²⁴ Ver la nota 14 *supra*.

La misma dificultad en asignar al valor de la expectativa y al valor de la confianza los roles respectivos que se presentan en los contratos bajo la § 90 se produce generalmente en los contratos "informales" y "no-comerciales" (incluyendo muchos casos clasificados bajo títulos tales como *waiver* y *estoppel*), y en todos aquellos casos donde la confianza del acreedor es una condición indispensable para la interferencia judicial. Un estudio más detallado de casos de este tipo debe posponerse a la segunda parte de este artículo.

Estamos acostumbrados a pensar en obligaciones no comerciales, donde el acreedor debe demostrar confianza para ser reparado, algo tan anómalo, como si no se tratara de contratos en el sentido completo del término. Es digno de observación, puesto que demostrará qué tan sujetos a manipulación están nuestros "principios fundamentales", que sería incluso posible invertir nuestros conceptos de lo que es normal y lo que es anómalo, sin violentar las reglas que determinan en última instancia qué contratos deben ser exigibles. Podemos fácilmente basar la ley de contratos entera en una premisa fundamental de que solamente las obligaciones que se han basado en la confianza serán exigibles. Como principal excepción a este principio debemos enumerar el acuerdo de negocio bilateral²⁵. El análisis razonado para esta excepción se puede encontrar en el hecho de que en tales acuerdos es extremadamente posible que la confianza se dé y extremadamente difícil que se pueda probar. El tacto jurídico puede incluso sugerir conferírle a la excepción la investidura de una presunción concluyente. "En el caso de los acuerdos bilaterales de negocio no dispensamos la prueba de la confianza sino que presumimos que la confianza se ha dado y que la expectativa es la medida correspondiente del grado de confianza". Tal presunción ciertamente no generará más violencia a los hechos que la mayoría de las presunciones concluyentes. No es tan claro que tal racionalización de la ley contractual en términos de confianza no pueda tener ventajas sobre las formas más usuales de pensamiento que tienden a relegar el valor de la confianza al campo del *not quite contract law*.

Con este examen preliminar de los tres valores del contrato, estamos listos para volver nuestra atención

más directamente al valor que es el principal objeto de esta investigación, el valor de la confianza.

LA RELACIÓN ENTRE EL VALOR DE LA CONFIANZA Y LOS OTROS VALORES CONTRATUALES

Las definiciones abstractas que hemos dado a los tres "valores" del contrato; parecería en una lectura ocasional ser mutuamente exclusiva. Sin embargo, como siempre en derecho, estamos plagados de casos límite. Tal como lo mostramos la sección pasada, no sólo existe la ambigüedad concerniente a estos valores desde un punto de vista psicológico o de motivación, de modo que sea difícil decir cuál de ellos pueden "realmente" querer justificar los jueces; pero hay también una ambigüedad en ellos incluso desde un punto de vista analítico o de definición.

El valor de la confianza es, como hemos precisado ya, generalmente lo suficientemente amplio como para cubrir todos los casos que vienen bajo el valor de la restitución²⁶. Es también lo suficientemente amplio como para incluir algunos casos no cubiertos por ese valor. El problema de la relación entre estas dos bisagras de valores, por lo tanto, resulta en el problema de definir esta área extra del valor de la confianza. En tanto esta área comprende los casos donde el acreedor ha sido perjudicado por confiar en una obligación sin haber beneficiado al deudor, es obvio que la extensión de esta área dependerá del alcance dado al concepto "beneficio". Si definimos el beneficio específicamente, insistiendo en un aumento "real" de "activos" del deudor, entonces el campo de los casos cubiertos por el valor de la confianza, pero excluidos del valor de la restitución será relativamente grande. Así, si A fue empleada por B para probar hechizos, podemos, asumiendo que A se dedicó arduamente al cumplimiento de su tarea, encontrar daño a la confianza de A sin ningún "beneficio" correspondiente a B. En el otro extremo se encuentra la concepción que ve al "beneficio" como cualquier cosa que el deudor estipuló y por la que estaba dispuesto a pagar un precio²⁷. Si este concepto de "beneficio" es aceptado en su forma extrema, solamente un campo relativamente estrecho sería dejado al valor de la confianza. Cualquier acuerdo comercial basado en la confianza entraría automáticamente dentro del valor de la restitución. Fuera

²⁵ Éste es de hecho el acercamiento realizado por HARRIMAN. "Law of Contracts". Segunda Edición. 1901. § 133. "... Con algunas excepciones a ser resaltadas de ahora en adelante, el móvil de contratación debe ser uno dado confiando en la obligación". En la § 135 "Cuando un contrato consiste en obligaciones recíprocas, cada una de las obligaciones es el móvil de contratación de la otra. Decir que cada obligación está dada confiando en la otra no parecería estirar la teoría jurídica demasiado lejos; sin embargo, parece más simple mirar el caso de las obligaciones recíprocas como una excepción a la regla general".

"Podría discutirse que la base fundamental de los contratos simples históricamente fue efectuada en una justificada confianza en la obligación...". WILLISTON, Samuel. "Contracts 1". Segunda Edición. 1936. § 139.

²⁶ Sin embargo, vea los apuntes hechas *supra*. p. 54; y en la nota 2 *supra*.

²⁷ El "Restatement of Contracts" llega casi a esta afirmación, pero agrega que la ejecución esperada debe haber sido "recibida" por el demandado. "Restatement of Contracts". 1932. § 348. Al término "recibir", sin embargo, se le da una definición muy amplia. Ver el comentario a al § 348.

del valor de la restitución podemos encontrar solamente dos clases de confianza: (1) la confianza en las obligaciones que no son comerciales (como bajo el § 90 del "Restatement of Contracts"), y (2) la confianza no comercial en las obligaciones de negocio (la confianza "fuera del contrato", como, por ejemplo, en "alcanzar" otras ofertas). El campo ocupado por estos dos tipos de confianza puede, en cuanto se refiere al efecto legal, ser incluso más estrecho por la aplicación de nociones tales como "causalidad" y "previsibilidad". Por lo tanto, está claro que cualquier concepto que hiciera al "beneficio" equivalente al "acto comercial" dejaría solamente un campo extremadamente limitado para la exclusiva hegemonía del valor de la confianza.

La flexibilidad ineludible del concepto "beneficio" significa que dibujar la línea entre los valores de la confianza y de la restitución es finalmente un asunto algo arbitrario. Al sustituir "beneficio" por un término más terminante como "enriquecimiento" cambiamos la línea a una sola dirección; al sustituir un término más flojo como la "prestación recibida por el deudor" la cambiamos al otro sentido. En vista del hecho que la línea es fijada en última instancia por una especie de mandato conceptual, se debe notar que debe haber sido usual pensar en la restitución como un remedio totalmente distinto de la demanda común por un contrato. Donde "el contrato" es observado como habilitador de una especie de conducto para la demanda ordinaria, se convierte en una obstrucción para la forma de restitución y debe ser eliminado por "rescisión". No puede ocasionar asombro alguno el que, en esta hidromecánica legal, la visión deba perderse de los propósitos subyacentes a los remedios implicados.

El concepto (o quizá debamos decir la "visualización") de la restitución como algo enteramente diferente de una demanda "por el contrato" ha tenido un número de desafortunadas consecuencias. Entre ellas podemos

enumerar: (1) la entrada en el problema de la noción de "elección" (el demandante tiene que elegir por adelantado, a lo largo de qué ruta funcionará su acción) con la consecuencia que la restitución y la acción "sobre el contrato", no pueden ser, salvo provisionalmente, acumuladas en un solo proceso²⁸; (2) el requisito de que el demandante debe, como condición previa a un proceso por restitución, devolver cualquier beneficio recibido²⁹, y (3) la necesidad de siempre dar primero aviso sobre su intención de resolver el contrato³⁰. En ciertos casos es posible que el demandante evite las inconveniencias y los peligros implicados en la restitución iniciando una demanda por el valor de sus "gastos de ejecución", una demanda que protege el valor de la confianza (y por lo tanto, por implicancia necesaria, el valor de la restitución), pero que ha sido formulada como una demanda "sobre el contrato"³¹.

En un aspecto es quizás afortunado que el valor de la confianza, aunque extensivamente reconocido en nuestra ley, haya recibido reconocimiento de una forma cubierta —uno está tentado a decir, clandestina. De haber sido medido abiertamente como una base distintiva de la demanda, sería probable que los jueces hubieran obligado al demandante de un contrato a que "elijan" entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa. Afortunadamente, parece no haber sugerencia en los casos de la necesidad de esta elección, y la demanda que busca reembolso por la confianza por consiguiente ha permanecido libre de las trampas que rodean la acción para la restitución³².

Al distinguir entre los valores de la confianza y de la expectativa encontramos no tanto una línea divisoria cambiante como sí un grupo misceláneo de casos que parecen igual de felices en cualquiera de ambas categorías. Estos dos valores parecerán medidas idénticas, o casi idénticas, de reparación, en al menos tres tipos de casos.

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

²⁸ WOODWARD, Frederic Campbell. "Law of Quasi Contracts". 1913. § 266; WILLISTON, Samuel. "Contracts 3". 1920. § 1469. La doctrina de la elección se reduce a su aspecto más insignificante en el "Restatement of Contracts". 1932. § 381. Sin embargo, aun bajo el "Restatement of Contracts" sigue siendo imposible, aparentemente, combinar la restitución y la demanda por "daños" en una sola acción.

²⁹ "Restatement of Contracts". 1932. § 349; WOODWARD, Frederic Campbell. "Law of Quasi Contracts". 1913. § 265; WILLISTON. "Contracts". 1920. § 1460.

³⁰ WOODWARD, Frederic Campbell. "Law of Quasi Contracts". 1913. § 267. Al listar estas restricciones a la restitución como consecuencias desafortunadas de la idea de que la restitución está fundada en una destrucción del contrato, no queremos decir que todas son establecidas como ley. El último requisito mencionado es particularmente dudoso, como señala Woodward en la sección citada.

³¹ WILLISTON, Samuel. "Contracts". 1920. § 1341; "Restatement of Contracts". 1932. § 333.

³² En *Rabinowitz v. Markus*, 100 Conn. 86, 123 Atl. 21 (1923), sin embargo, aparentemente la única visión asumida es que una demanda de compensación por daños a la confianza (una porción importante de que aquello que no benefició al demandado) está basada en la resolución del contrato. Existe uniformidad de lenguaje en la decisión que puede ser interpretada como implicancia de que debe haber una elección entre una demanda por "daños" o una demanda para obtener reembolso por los gastos incurridos.

Se debe atender también a aquellos casos donde el demandante ha confiado en un contrato basándose en el *Statute of Frauds*, y donde las cortes se han sentido constreñidas (con la finalidad de evitar la apariencia de permitir una demanda "sobre el contrato") para tratar la demanda de compensación por daños a la confianza como una demanda por restitución. El que en estos casos ciertos aspectos de la confianza son usualmente compensados, los cuales no son propiamente cubiertos ni por la más generosa definición de reparación, será mostrado en la segunda parte de este artículo. En este tipo de casos, donde la demanda para obtener reparación por daños a la confianza tiene que ser disfrazada como una demanda para la restitución, es obvio que hay un peligro que el disfraz pueda ser tomado seriamente, y que la demanda esté sujeta a todas las limitaciones impuestas en una "verdadera" demanda de restitución.

Puede haber una señal de la idea de una elección entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa en las declaraciones ocasionales acerca de que el demandante no puede ser reparado por su desempeño efectuado y a la vez por el lucro cesante en una sola demanda. Ver la nota 44 *infra*. La base ostensible para esta visión es, sin embargo, el hecho de que permitir ambos aspectos daría lugar a una "doble reparación".

En primer lugar, donde la confianza del demandante toma la forma de actos esenciales para la exigencia del contrato por él (tal como ejecución parcial del contrato o preparaciones necesarias de ejecución) y el demandado incumple o rechaza el contrato antes de que la completa ejecución haya tenido lugar, es posible clasificar la demanda del demandante como apoyada solamente ya sea sobre el valor de la expectativa, o en la combinación de los valores de la expectativa y de la confianza. Si un constructor ha terminado la mitad de la estructura cuando el dueño de la propiedad pone fin al contrato, la solicitud del constructor incluirá dos tipos de daño: (1) gastos efectivamente realizados en la ejecución o preparación de su ejecución, y (2) la ganancia que hubiera obtenido con el cumplimiento total del contrato. Esto parece una combinación de los valores de la confianza y de la expectativa, y necesariamente será analizado si podemos restringir el alcance del valor de la expectativa a lo que se puede llamar la expectativa neta, en otras palabras, si hacemos de "el valor de la expectativa" y de "el lucro cesante" sinónimos. Sin embargo, en casos donde el demandante ha emprendido la ejecución o preparación para ejecutar un contrato rentable antes del incumplimiento del demandado, eso implica que no hay ninguna distorsión para decir que la expectativa del demandante es realmente doble e incluye (1) reembolso por lo que ha sido ejecutado, y (2) una ganancia adicional. A esta expectativa más amplia podemos llamarla el *valor bruto de la expectativa*. Usando este concepto más amplio la demanda del constructor en el caso supuesto parecerá estar enteramente fundada en el valor de la expectativa³³. La posibilidad de incluir un reembolso por el valor de la parte ejecutada bajo el valor de la expectativa es indicada por el hecho de que es posible establecer, enteramente en términos de expectativa, las medidas de reparación que, si toda la información relevante estuviera disponible, produciría la misma suma que la fórmula que medía la reparación por el valor razonable de lo que ha sido ejecutado más la ganancia. Ejemplos de estas medidas serían: (a) el pago por el trabajo ejecutado de acuerdo al contrato, más la ganancia perdida por la porción no ejecutada del contrato, (b) el precio total del contrato menos el costo de su finalización.

En segundo lugar, donde se concibe que el valor de la confianza trae consigo la pérdida de la oportunidad de celebrar contratos similares con otras personas, los valores de la confianza y de la expectativa tendrán una tendencia a acercarse el uno al otro, el grado exacto

de sus respectivas correspondencias dependerá del grado en que otras oportunidades de una naturaleza similar hayan estado disponibles para el demandante cuando éste suscribió el contrato objeto de demanda. El médico que al concertar una cita se priva a sí mismo de la oportunidad de concertar una cita similar con otro paciente presenta un caso de completa correspondencia entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa. La tendencia de los valores de la expectativa y de la confianza a unirse en casos de este tipo tiene como consecuencia que el mismo aspecto del daño se puede clasificar a menudo bajo cualquiera de los dos títulos. Así, donde el incumplimiento del contrato del demandado resulte en la inutilidad de la propiedad del demandante por un período, los jueces al conceder al demandante el valor de la renta del predio ha considerado a veces que concedían el reembolso por la pérdida de la oportunidad de emplear la propiedad para otros propósitos (el valor de la confianza)³⁴, y a veces que concedían la compensación por la pérdida de las ganancias que habrían sido obtenidas si el demandado hubiera cumplido con su obligación (valor de la expectativa)³⁵.

En tercer lugar, los valores de la confianza y de la expectativa coincidirán en esos casos donde el incumplimiento del contrato dé lugar no simplemente a la pérdida del valor prometido sino también en un daño directo. Un granjero compra una vaca con la garantía de que esté libre de enfermedades. En efecto, la vaca está enferma y contagia a toda la manada del comprador. En lo que se refiere al aspecto de la pérdida directa (la contaminación de la manada) no es posible establecer una distinción entre los valores de la confianza y de la expectativa. Esta pérdida no habría ocurrido tanto si el demandado no hubiera incumplido su contrato, como si el demandante no hubiera suscrito y confiado en el contrato.

¿DEBE EL VALOR DE LA EXPECTATIVA FIJAR EL LÍMITE DE LA REPARACIÓN?

En los contratos por los que se entabla una demanda, el valor de la expectativa normalmente excede el valor de la confianza. Es posible, sin embargo, que el valor de la confianza pueda ofrecer al demandante una medida más generosa de reparación que la que ofrece el valor de la expectativa. En tales casos, ¿debería el valor de la expectativa ser considerado como un límite de reparación? Las secciones del Código Civil Alemán que consideran la protección del valor de la confianza establecen que la reparación bajo ninguna circunstancia

³³ Esto es así analizado en el "Restatement of Contracts", comentario a. 1932. § 333.

³⁴ Esta es, aparentemente, la forma en que la cuestión fue vista en *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896).

³⁵ Como en *Griffin v. Colver*, 16 N.Y. 489 (1858).

debe exceder el valor de la expectativa³⁶. El tratamiento de cobertura establecido con relación al valor de la confianza en nuestra ley hace imposible esperar una solución tan explícita y general al problema como se da en el *common law*. No faltan, sin embargo, insinuaciones de una perspectiva similar a la del Código Alemán³⁷. ¿Existe algún sustento para que a esta noción de reparación basada en la confianza nunca se le permita exceder el valor de expectativa?

Antes de intentar dar una respuesta es necesario destacar que existen al menos dos ambigüedades en nuestra pregunta, ambas tienen que ver con el significado de la expresión “valor de la expectativa”. En primer lugar, ¿se refiere este término al “valor neto de la expectativa” (“el lucro cesante”) o al “valor bruto de la expectativa”, la expectativa en el caso de una completa ejecución? Es bastante claro que la respuesta es esta última definición, en tanto un límite a la reparación en términos de “valor neto de la expectativa” sería un absurdo³⁸. El hecho de que el constructor de un edificio haya esperado ganar solamente 200 dólares por un contrato en su totalidad no debería impedirle recuperar, digamos, 5,000 dólares como reembolso por gastos hechos ante el incumplimiento del demandado. La segunda ambigüedad es más difícil de tratar. ¿Debe ser medido el valor en la expectativa “objetivamente” de acuerdo al precio del mercado o “valor razonable”, o debe ser medido en términos de su utilidad para el demandante en su particular situación? La importancia para un acreedor de una obligación de entregar una pieza de maquinaria por un “valor razonable” de 100 dólares podría sobrepasar el valor “objetivo”. Con esta pieza de maquinaria el demandante podría estar habilitado para operar su fábrica para ganar millones de dólares; sin eso, podría sufrir grandes pérdidas. Asumamos por el momento—en tanto el lenguaje usualmente empleado en la formulación de la limitación (“el precio completo del contrato”) justifica nuestra asunción— que el “valor de la expectativa” es medido “objetivamente” y descubra qué justificación puede haber para una regla que declare que la reparación por la confianza en un contrato nunca deba exceder el valor “objetivo” de la expectativa.

Para culminar con la anterior pregunta, es necesario investigar qué consecuencias puede originar el que el valor de la confianza exceda el “valor razonable” de la

prestación a la que se obligó el demandado. La opción más probable es que el demandante haya entrado en un contrato de pérdida. Un fabricante ha emprendido la construcción de una máquina por 1,000 dólares, previendo que será necesario destruir y reemplazar una pared de su planta por un costo de 1,500 dólares, con la finalidad de sacar la máquina cuando sea completada. Si el fabricante debe buscar recobrar el completo valor de la confianza (1,500 dólares adicionales al costo de materiales y labor en la construcción de la máquina), la objeción obvia podría ser que está intentando que la otra parte asuma lo ocasionado por su propio descuido. En respuesta, se podría indicar que él no tendrá oportunidad de hacer eso, salvo que la otra parte haya incumplido previamente el contrato. Si el comprador paga los 1,000 dólares acordados como precio de compra, ningún reclamo podrá ser hecho por el fabricante; para que el fabricante esté habilitado a reclamar por el todo, será porque el comprador ha incumplido. La verdadera pregunta entonces sería, ¿el incumplimiento del demandado debería tener la consecuencia de habilitar al demandante a tener derecho de reclamar la pérdida que él hubiera sufrido si el demandado hubiese cumplido el contrato? ¿Es ésta la penalidad apropiada que se impone por un incumplimiento de contrato? Probablemente en muchos casos no lo sea. Debería notarse, sin embargo, que en demandas de restitución, hay muchos casos que permiten al demandante recuperar el valor de los beneficios recibidos por el demandado, a pesar que este valor excede aquel valor de la contraprestación a la que se obligó el demandado³⁹. En estos casos no cabe duda que el incumplimiento del demandado debe ocasionar una pérdida de su derecho a retener los beneficios de un negocio ventajoso. Se estaría dando un paso más (particularmente cuando se dice que los “beneficios” que el demandado “retiene” en caso de restitución son usualmente algo más que ficciones legales) en poner una regla amplia cuyo incumplimiento debería privar al infractor del poder de limitar la reparación de la otra parte por la afectación de la confianza. Nuevamente, en un proceso por engaño, la reparación ha sido concedida al demandante por su confianza a pesar que ésta excedía el valor real de la prestación a la que se obligó el demandado, en otras palabras, el demandante habría efectuado un mal negocio incluso si las declaraciones del demandado hubieran sido ciertas⁴⁰. Casos de este tipo pueden distinguirse de los casos que

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

³⁶ §§ 122, 179, 307. El lenguaje de la limitación utilizado es en cada sección sustancialmente igual, “... jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit [o “Wirksamkeit”] des Vertrags hat”.

³⁷ Ver el “Restatement of Contracts”. 1932. § 333 (a). (“tales gastos no son recuperables en lo que excede el precio total del contrato”); GARDNER, George. “An Inquiry into the Principles of the Law of Contracts”. 1932. Harvard Law Review 46. pp. 1, 22. (“sin exceder el valor del poder afirmado”); *Glaspie v. Glasgow*, 28 Minn. 158, 9 N.W. 669 (1881).

³⁸ La limitación prescrita por Gardner (loc. Cit. *supra*, nota 37) parece ser expresada en términos del valor neto de la expectativa, aunque esta no fue probablemente la intención.

³⁹ WILLISTON, Samuel. “Contracts 3”. 1920. § 1485; WOODWARD, Frederic Campbell. “Law of Quasi Contracts”. 1913. § 268.

⁴⁰ *Wallace v. Hollowell*, 56 Minn. 501, 58 N.W. 292 (1894).

estamos discutiendo sólo en relación con la base incierta de que la política a favor del desincentivo del fraude es más fuerte que a favor del desincentivo del incumplimiento de contrato. Al comparar procesos por fraude y por indemnización, no queremos sugerir que el “valor total del contrato” (esto es, el valor “objetivo” de la expectativa) no deba limitar la indemnización del tipo de caso ordinario en discusión. Sólo sugerimos que quizá sea poco sabio dejar una regla categórica sobre la materia, y que es poco probable en caso de un particular incumplimiento inexcusable que los jueces puedan sentir que no hubo penalidad muy gravosa para el demandado para afectarlo con la pérdida en la que el demandante habría incurrido aun si el demandado hubiera cumplido su contrato.

Sin embargo, ¿implica necesariamente un exceso de confianza sobre el valor de la expectativa que el demandante haya incurrido en un negocio de pérdida? En el viejo caso de *Nurse v. Barns*⁴¹ el demandado “en retribución a 10£” se obligó a dar al demandante el uso de cierto predio por un periodo de seis meses. Confiando en esta obligación el demandante guardó un *stock* de bienes. El demandado, posteriormente, incumplió su obligación. En tanto sus gastos en los bienes devinieron inútiles, el demandante perdió £500, los que se le permitieron recuperar del demandado. Aquí, entonces, no había nada que indicara que el demandante habría entrado en un negocio de pérdida; por el contrario se encontró que el arrendamiento valía justamente lo que el demandante acordó pagar por él.

Es obvio que necesitamos una distinción entre las dos clases de confianza. Ciertos actos de confianza se dan en un sentido amplio por el “precio” de cualquier beneficio que el contrato pueda implicar para el demandante. A este tipo de confianza llamaremos “confianza esencial”. Bajo este título será incluido el cumplimiento de condiciones expresas e implícitas en contratos bilaterales, el cumplimiento del acto requerido por una oferta para un contrato unilateral, preparaciones para cumplir en los dos casos mencionados, y las pérdidas implicadas en celebrar el contrato en sí mismo, como, por ejemplo, perder la oportunidad de celebrar otros contratos rentables. En cuanto a esta clase de confianza (“confianza esencial”) si no limitamos la reparación por el “precio del contrato”, estamos permitiendo que el demandante traslade al demandado sus propias pérdidas

contractuales, cuando el demandado sólo es culpable por el incumplimiento del contrato.

En contraste con la “confianza esencial” se encuentra la clase de confianza implicada en el caso *Nurse v. Barns*, la cual llamaremos “confianza incidental”. La confianza del demandante allí (depositada en un *stock* de bienes) devino naturalmente, y podemos asumir, previsiblemente, del contrato. Sin embargo, no consistió en actos necesarios para el perfeccionamiento de los derechos del demandante en el contrato; no puede ser observado como el “precio” de la prestación del demandado. Cambiar la carga de tal confianza al demandado en una cantidad que exceda “el precio total del contrato” no significa atribuir al demandado las pérdidas contractuales del demandante. En tal caso no hay razón válida para limitar la reparación del demandante por el valor de la expectativa medida “objetivamente”. Si hay algún límite en todo esto, debería ser un estándar más generoso que el “precio del contrato”.

¿Debería haber algún límite de reparación en casos como *Nurse v. Barns*? Suponga que se ha demostrado en ese caso que el negocio contemplado por el demandante habría sido operado como una pérdida y que esta pérdida habría excedido el monto que el demandante haya intentado recobrar como reembolso por su confianza. Si el demandante está en tal situación permitida de ser reparada, es obvio que en efecto estamos trasladando al demandado la pérdida en que el demandante habría incurrido por el riesgo tomado en confianza del contrato. Para prevenir esto debemos limitar la reparación del demandante por el valor de la expectativa medida “subjetivamente”, esto es, en referencia a la ganancia o a la pérdida que razonablemente pueda ser anticipada por el negocio contemplado⁴². En la práctica esta limitación será de una significación leve, desde que en casos como *Nurse v. Barns* será poco posible juzgar con algo de precisión la suerte que hubiera corrido el riesgo tomado de no haber sido interrumpido por el incumplimiento de contrato del demandado.

Podemos resumir las conclusiones alcanzadas hasta ahora en los términos siguientes. Una demanda basada en la “confianza esencial”, debería normalmente estar limitada por el valor de la expectativa medida “objetivamente”, porque un exceso del valor de la

⁴¹ T. Raym. 77 (1664).

⁴² Una sugerencia de dicha limitación se encuentra en *Crutcher & Co. v. Elliott*, 13 Ky. Law. Rep. 592 (1892), donde la Corte dijo, “Mientras el demandante en este caso demanda para, y fue permitido de, recuperar el monto pagado por la semilla, el valor de alquiler de la tierra en la cual fue sembrada y el costo de preparar la tierra y de sembrar la semilla, *aun así, en ausencia de cualquier alegación del demandado sobre hechos especiales, el valor de la cosecha es presumiblemente menor que el que hubiera tenido si la semilla hubiera sido de la calidad esperada, el demandado no ha sido perjudicado*” (las cursivas son nuestras). Por otra parte, el hecho de que el demandante sólo haya sido “perjudicado a la par” en la empresa dependiente no significa negar o reducir la reparación por el daño a la confianza incidental. *Harrow Spring Co. v. Whipple Harrow Co.*, 90 Mich. 147, 51 N.W. 197 (1892).

confianza sobre el valor razonable de la obligación asumida por el demandado indicaría que el demandante habría entrado en un negocio de pérdida. Permitir una reparación más allá del "precio total del contrato" significaría permitir al demandante trasladar sus pérdidas contractuales al demandado. Donde la "confianza incidental" esté implicada no hay razón de limitar la reparación por el "precio total del contrato", es decir, la expectativa "objetiva". Por otro lado, no se le debe permitir al demandante trasladar al demandado las pérdidas incurridas por un riesgo asumido en confianza del contrato que se le hubiera permitido exigir al demandado por las pérdidas incurridas por celebrar un contrato en sí. Por consiguiente, en los casos donde el reembolso por la "confianza incidental" es la reparación considerada, se debe limitar por el valor de la expectativa medida "subjetivamente". En la práctica esta limitación será muy indefinida, sin embargo, de gran significación. Todos estos puntos están contenidos implícitamente en una fórmula bastante simple: *No debemos colocar al demandante en una mejor posición mediante un proceso de reembolso por las pérdidas incurridas en confianza de un contrato que en la que hubiera estado de haberse cumplido el contrato plenamente.*

Hemos hablado hasta ahora solamente de una amplia limitación en la indemnización del demandante. Sin embargo, la propuesta de evitar conferir al demandante ventajas mayores a aquellas que hubiera implicado el cumplimiento del contrato, lleva la carga posterior de tener que deducir de la reparación del demandante cualquier pérdida que habría sufrido de haberse cumplido el contrato. Si un contratista demanda una indemnización de 5,000 dólares gastados en un parcial cumplimiento de un contrato en el cual él hubiera perdido 1,000 dólares, probablemente muchos jueces hubieran concedido al demandante sólo 4,000 dólares⁴³. En casos de confianza incidental, la deducción de pérdidas previsibles pueden ser duplicadas, y abrazar ambas pérdidas contractuales (el demandante entró en un mal negocio con el demandado) y las pérdidas que él habría sufrido en la empresa dependiente incluso si esa empresa no hubiera sido frustrada por el incumplimiento del demandante.

La fórmula que nos lleva a no otorgar indemnización al demandante que busca ventajas en la confianza más extensas que las que le habría dado el cumplimiento del contrato, es útil como regla general, pero solamente como regla general. Como hemos sugerido ya, es poco posible que esta fórmula pueda, en algunos casos, ser vista de manera tan estricta en el demandante. Donde

el incumplimiento del demandado sea tal que provoque indignación, los jueces podrían desviarse de la ejecución maliciosa de un contrato para beneficio del incumplido al que esta fórmula parece implicar. Por otro lado, esta fórmula podría ser rechazada en algunos casos por ser demasiado generosa con el demandante. Un ejemplo quizás sería un contrato que cae bajo § 90 del "Restatement of Contracts". Un tío promete a su sobrino 1,000 dólares como regalo. El sobrino decide hacer un negocio, y, reservando la suma prometida para el pago de su alquiler, gasta una gran suma de dinero invirtiendo en acciones de mercancías. El tío declina en cumplir su promesa; el sobrino es forzado a abandonar sus planes, y vende sus acciones de mercancías sacrificando 2,000 dólares. No habría violación aquí de la fórmula sugerida si concediéramos al sobrino 2.000 dólares, al menos no si asumimos que la empresa del sobrino hubiera sido exitosa. El caso se diferencia, sin embargo, de casos como *Nurse v. Barns*, en que el contrato involucrado, si es un "contrato", es uno atípico. Su exigibilidad incluso por los 1,000 dólares prometidos se concibe para una flexibilización considerable de la doctrina legal. Puede, por lo tanto, hacer sentido que si la reparación aquí va a ser concedida, ésta deba ser limitada por el valor objetivo de la promesa del tío. Tal análisis racional parece ser la base de las limitaciones en las secciones del Código Civil Alemán antes mencionado. Estas secciones proveen de una reparación del valor de la confianza en situaciones donde, debido a una cierta circunstancia obstaculizante, un contrato perfecto (que rendirá el valor de la expectativa) no se llega a dar. En tanto el valor de la confianza es una especie de consuelo por no conseguir un contrato perfecto, sería ir más allá de la base subyacente de la reparación imponer al demandado una carga mayor que lo que la ejecución del contrato habría implicado.

EL PROBLEMA DE SUPERPONER ASPECTOS DEL DAÑO

Una cuestión cercana a los problemas que acabamos de discutir es la pregunta planteada por aquellos casos en los cuales los elementos de los valores en la confianza y en la expectativa se combinan en una demanda y se afirme que el demandante ha enumerado la misma lesión dos veces bajo diferentes rúbricas. Al ocuparnos de este problema de "doble reparación", es necesario recurrir a la distinción ya hecha entre las dos clases de confianza.

En lo que se refiere a la "confianza esencial" el problema de la doble reparación es controlada por el

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁴³ "Restatement of Contracts". 1932. § 333 (d); *Reynolds v. Levi*, 122 Mich. 115, 80 N.W. 999 (1899). Por otra parte, la deducción probablemente no sería hecha en una demanda por restitución. *Bush v. Canfield*, 2 Conn. 485 (1818).

mismo principio que subyace a los problemas discutidos en la última sección. Este principio, aunque vagamente establecido, supone que un hombre no puede demandar beneficios comerciales sin incurrir en sus costos. En tanto la “confianza esencial” consiste en esos actos que deben darse antes que el demandante tenga derecho a los beneficios del contrato y sea, por lo tanto, en un sentido, el “precio” de esos beneficios, es incorrecto que el demandante recupere esos beneficios y al mismo tiempo cambie el costo de ellos para el demandado –al menos, claro, si el incumplimiento del contrato es observado como una ofensa bastante seria para justificar el permitir una especie de acción *qui tam*. Si un demandante realizara su parte del contrato y después demandara compensación por la confianza implicada en su prestación, y al mismo tiempo el valor total de la ejecución del demandado, sería obvio que estaría pidiendo demasiado. El caso sería el mismo si ejecuta la mitad de su contrato y después, ante la negativa del demandado, busque la compensación en la tarifa del contrato por lo que él había hecho y al mismo tiempo compensación por su ejecución parcial.

Este principio contrario a comer la propia torta y tenerla aparte se aplica, sin embargo, sólo en esos casos donde el demandante busque lo que hemos llamado “el valor bruto en la expectativa”. Si un demandante busca en una demanda de indemnización la “confianza esencial” y el lucro cesante (“el valor neto en la expectativa”) no hay reparación doble implicada si ambos conceptos son permitidos⁴⁴. Aquí que el demandante ha, para estar seguro, comido su torta, pero pregunta solamente por la cubierta de la torta que le fue negada. De una manera menos metafórica, la razón por la que no hay aquí ninguna reparación doble recae en el hecho de que el lucro cesante está basado en una deducción del pasado del demandante o perspectiva de la “confianza esencial” (o su confianza real en la ejecución del contrato si esto ha excedido la “confianza esencial”) del valor de ejecución al que se obligó el demandado. Lo que sea agregado bajo el título de “confianza esencial” debe servir para reducir *pro tanto* el residuo que es el lucro cesante. Por lo tanto, si el lucro cesante

es correctamente calculado no hay peligro de una doble reparación en una demanda que combine la confianza esencial y el lucro cesante⁴⁵. (Una excepción sería si el demandante solicitara una compensación por su confianza en rechazar la oportunidad de celebrar otros contratos provechosos. Esto es, propiamente la “confianza esencial” y debe ser considerada así, por ejemplo, en la conexión con la regla de limitar la reparación por el precio total del contrato. Sin embargo, asumiendo que tal pérdida es compensable, no puede ser combinada con una demanda por el “lucro cesante”, porque a diferencia de otras formas de confianza esencial, este tipo de confianza no se deduce en calcular el monto de “el lucro cesante”).

A primera vista no parecería haber problema en la doble reparación por la conexión con la “confianza incidental”. En tanto la “confianza incidental” se da, como ocurrió, “fuera del contrato” parecería que no podría haber duplicación entre los aspectos comprendidos bajo ella y los comprendidos bajo el valor de la expectativa. Sin embargo, esto sería pasar por alto el hecho de que mientras la confianza incidental es *ex vi termini*, no esencial para el derecho del demandante de hacer cumplir el contrato, puede ser esencial para una realización concreta de los valores asumidos el medir el valor de la expectativa. El demandado incumple un contrato para proveer una película principal al demandante, el propietario de un cine. El demandante demanda intentando recuperar (1) la diferencia entre el ingreso bruto derivado de una película sustituta y lo que habría sido derivado de la película ofrecida, y (2) el reembolso por las sumas gastadas en la publicidad de la película ofrecida⁴⁶. Aquí, la confianza en el gasto del dinero para anunciar no era “confianza esencial”; el demandante habría podido mantener al demandado bajo contrato sin gastar un centavo en ese propósito. La publicidad no era por lo tanto el “precio” de la prestación del demandado. Sin embargo, era el “precio” de ese valor particular lo que el demandante busca atribuir a esa prestación. De haber cumplido el demandado su contrato, ¿se habrían deducido los gastos de publicidad de los ingresos brutos del demandante por el cuadro?; por lo tanto, sería

⁴⁴ “Restatement of Contracts”. 1932. § 333, comentario c, e ilustración 1; MCCORMICK, C. “Damages”. 1935. §142; ver *Estados Unidos v. Behan*, 110 U.S. 338, 345 (1883). Hay un número asombrosamente grande de casos en los cuales una opinión contraria es emitida. *Worthington v. Given*, 119 Ala. 24 So. 739 (1898); *Fontaine v. Baxley*, 90 Ga. 416, 17 S.E. 1015 (1892); *Noble v. Ames Mfg. Co.*, 112 Mass. 492 (1873); *Mount Pleasant Stable Co. v. Steinberg*, 238 Mass. 567, 131 N.E. 295 (1921); *Irwin v. Worcester Paper Box Co.*, 246 Mass. 453, 141 N.E. 286 (1923); *Otis v. Kootz*, 70 Mo. 183 (1879); *Holt v. United States Security Life Ins. Co.*, 76 N.J. Law 585, 72 Atl. 301 (1909).

⁴⁵ La calificación, “si el lucro cesante se computa correctamente” sirve para explicar las resoluciones judiciales, mencionadas en la nota anterior, de manera que una demanda por gastos en la ejecución del contrato es incompatible con una demanda por el lucro cesante. Existe una razón para suponer que en cada uno de los casos citados el lucro cesante era computado según un método que no implicaba la deducción de un gasto particular para el cual el demandante buscaba el reembolso. Así, en *Noble v. Ames Mfg. Co.*, 112 Mass. 492 (1873), el demandante hizo un viaje costoso con la finalidad de asumir sus deberes bajo un contrato de trabajo por un año. Él buscó ambos, reembolso por sus gastos de viaje y compensación por el salario perdido. Al negársele el reembolso por gastos de viaje, el juez omitió la posibilidad de computar el lucro cesante deduciendo estos gastos del salario anual, y asumió que el lucro cesante debe consistir en el salario prometido menos lo que el demandante podría ganar en otra parte después que se le negó el empleo. El que el problema de superposición en estos casos articula en última instancia el método por el cual el lucro cesante es computado se reconoce en: *American-Hungarian Pub. Co. v. Miles Bros.*, 68 Misc. Rep. 334, 123 N.Y. Supp. 879 (App. Term 1910).

⁴⁶ *Vitagraph-Lubin-Selig-Essanay v. Billings*, 87 Okla. 192, 209 Pac. 773 (1922).

incorrecto permitir que el demandante recupere la diferencia entre el ingreso bruto y los gastos de publicidad al mismo tiempo.

La superposición de aspectos del daño implicada en el caso apenas discutido es bastante obvia porque el valor de la prestación del demandado fue medido con especial referencia a la situación del demandante; los daños eran "especiales" más que "generales" y podemos observar qué factores se han considerado en la determinación de ellos. Sin embargo, donde los daños son "generales" (la diferencia entre el precio de mercado o el "valor razonable", y el precio del contrato), el problema de la superposición se vuelve más confuso. La dificultad aquí se presenta porque la figura que representa el precio del mercado o el "valor razonable" no es computado especialmente por los jueces sino representa un dato aceptado de fuentes no curiales. Es por lo tanto imposible saber exactamente qué factores entraron en su determinación. El juez Holmes expresó una vez la opinión de que el comprador bajo un contrato por la venta de aceite no podría recuperar la diferencia entre el precio de mercado (precio considerando recojo del comprador en la fábrica del vendedor) y el precio del contrato, y al mismo tiempo el reembolso por gastos incurridos en el arreglo para el envío del aceite. "Si ésta [la corporación del demandante] hubiera recibido el aceite, serían deducciones de cualquier beneficio que el demandante hubiera tenido. Sin embargo, si consigue la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado, obtiene el valor que representa el aceite en sus manos, y permitir estos aspectos adicionales sería hacer que el demandado pague dos veces por lo mismo"⁴⁷. Se puede comparar con esta adquisición un número de casos que conceden al arrendatario que se le negó la posesión del predio, tanto el reembolso por gastos de mudanza pagados realizados antes del incumplimiento del demandado, como la diferencia entre el "valor razonable" del arrendamiento y la renta pactada en el contrato⁴⁸. Parece difícil distinguir estos casos del discutido por el juez Holmes, salvo que una corte o un jurado puedan en los casos que implican el "valor razonable" evadir la superposición de aspectos del daño mediante un ajuste (quizás intuitivo) en la estimación del "valor razonable", un ajuste que sería imposible de realizar en el caso de un precio de mercado.

El problema más confuso de todos es quizás el que se presenta por la combinación de una expectativa medida por el precio de mercado o el "valor razonable", y una

demanda por desembolsos publicitarios. El demandado incumple un contrato para asignar una patente. El demandante pide en su demanda: (1) la diferencia entre el "valor razonable" de la patente y el precio del contrato, y (2) el reembolso por las sumas gastadas en la publicidad de los artículos que debían haber sido fabricados bajo la patente. Para pasar al problema de superposición de aspectos del daño debemos considerar las siguientes preguntas: (1) ¿En qué medida la publicidad ha reflejado ya un aumento en el "valor razonable"? En este extremo habría superposición. (2) Asumiendo que la publicidad aún no tenía un efecto completo, o que fue gastado de una manera que no afectó el valor de la patente en sí, ¿en qué medida se permitió que los gastos de esta clase sean computados dentro del "valor razonable" de la patente? En este extremo, nuevamente, existe superposición. (3) Asumiendo nuevamente que la publicidad no ha aumentado el "valor razonable" de la patente, ¿en qué medida se puede observar la publicidad como un factor productivo independiente que se paga por sí mismo y que produce su propio retorno? En este extremo no habría superposición, en tanto el gasto por anunciar estaría en este aspecto bajo una empresa separada ocasionada por el contrato, y no simplemente un precio pagado para "adquirir" a un valor establecido en el contrato. Esta última pregunta implica un problema del tipo que los economistas tratan bajo el título de "*imputational economics*", a pesar que las condiciones para una aplicación efectiva de sus métodos estarán sin embargo apenas presentes en los casos probables a ser litigados⁴⁹.

Estas ilustraciones deben ser suficiente para sugerir las dificultades implicadas en el problema de la "doble reparación", dificultades que no pretendemos haber resuelto aquí. Como máximo, nuestra contribución ha sido localizar las fuentes de problema y tomar algunas de las necesarias distinciones preliminares.

EL VALOR DE LA CONFIANZA Y *HADLEY V. BAXENDALE*

Antes de discutir la relación entre el valor de la confianza y *Hadley v. Baxendale*⁵⁰ será necesario indicar brevemente qué nos parece que implica ese famoso caso, considerándolo no tanto como un acontecimiento en la historia jurídica sino como el símbolo aceptado para una serie de problemas. Puede decirse que el caso sustenta dos proposiciones: (1) que no es siempre sabio

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁴⁷ *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*, 190 U.S. 540, 546 (1903).

⁴⁸ *Koneman v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Driggs v. Dwight*, 17 Wend. 71 (N.Y. 1837); *Giles v. O'Toole*, 4 Barb. 261 (N.Y. 1848).

⁴⁹ Ver en VON WIESER, Friedrich. "The Problem of Attribution of Yields". En: *Social Economics*. Nueva York: Adelphi. Traducción de Hinrichs en 1927. § 20. Las dificultades en medir los efectos exactos de los gastos de publicidad en el volumen de ventas y en los precios se tratan en: SMITH. "The Imputation of Advertising Costs". En: *Economic Journal* 45. 1935. p. 682.

⁵⁰ 9 *Exch.* 341 (1854). Los problemas implicados en el caso son detalladamente analizados en MCCORMICK, C. "Damages". 1935. §§ 138-141.

hacer que el deudor incumplido pague por todo daño ocasionado como consecuencia de su incumplimiento, y (2) que específicamente la evaluación apropiada para determinar si aspectos particulares del daño deben ser compensables implica investigar si debían haber sido previstos por el deudor a la hora de contratar. El primer aspecto del caso es mucho más importante que el segundo. En su primer aspecto, el caso lleva una relación integral a las bases mismas de la responsabilidad contractual. Se declara en efecto que en tanto es sabio rechazar la ejecución conjunta de algunas promesas (desconsideraciones, promesas no aceptadas, promesa "social", etc.) es sabio no ir demasiado lejos en hacer cumplir esas promesas que se juzguen dignas de sanción legal. La respuesta al caso *Hadley v. Baxendale* (¿dónde debemos parar?) debe, inevitablemente, ser tan compleja como la respuesta a la pregunta (¿dónde debemos comenzar?), la cual está implícita en la ley del asentimiento mutuo, de la consideración, y en las reglas que gobiernan la formación de contratos generalmente.

En su segundo aspecto, *Hadley v. Baxendale* puede ser visto como una respuesta simplificada a la pregunta que su primer aspecto presenta. A la pregunta, ¿qué tan lejos debemos ir en cobrar al deudor incumplido las consecuencias de su incumplimiento?, se responde con lo que pretende ser una única evaluación, la de la previsibilidad. La simplicidad y comprensión de esta evaluación son en gran parte una cuestión de ilusión. En primer lugar, se califica abiertamente como inapropiada en ciertas situaciones donde la línea es dibujada mucho más cerca en favor del deudor incumplido que lo que la prueba de previsibilidad, como es entendida normalmente, dibujaría⁵¹. Existen, por lo tanto, excepciones a la evaluación, por no mencionar las autoridades que la rechazan en conjunto por ser demasiado gravosa para el incumplido⁵². En segundo lugar, es claro que la evaluación de previsibilidad es una evaluación menos definida en sí misma que una cubierta para una serie desarrollada de pruebas. Como en el caso de todos los estándares de "hombre razonable", existe un elemento de circularidad sobre la evaluación de previsibilidad. "¿Para qué aspectos del daño deben los jueces hacer responsable al deudor incumplido? Los que él, como hombre razonable, debió haber previsto. Pero, ¿qué debió haber previsto como hombre razonable? Aquellos aspectos del daño que el juez siente que debe pagar". La evaluación de previsibilidad está entonces sujeta a la manipulación del simple recurso de definir las características del

hombre hipotético que está haciendo la previsión. Por un proceso gradual de inclusión y exclusión judiciales, este "hombre" adquiere una personalidad compleja; comenzamos a saber apenas lo que "él" ha podido "prever" en una u otra situación, y terminamos, no con una única evaluación sino con una serie de evaluaciones. Esto ha sucedido evidentemente con la regulación de la negligencia, y está sucediendo, aunque de manera menos evidente, con el hombre razonable postulado por *Hadley v. Baxendale*.

Incluso si el hombre razonable que hace la previsión es una construcción jurídica, dotada justamente con las cualidades que la corte considera debe tener para el propósito actual, no parece que haya un *petitio principii* completo en la evaluación de previsibilidad. Cuando usamos en un tema de responsabilidad el estándar del "hombre razonable" hacemos por lo menos dos cosas. En primer lugar, aumentamos la posibilidad de que el caso sea determinado en última instancia por un jurado. A pesar que el juez pueda definir al hombre razonable, es seguro que su definición sea observada por el jurado, y cualquier evaluación que considere al hombre razonable disminuye la oportunidad de la corte de quitarle el caso al jurado. En segundo lugar, tanto si el caso es decidido en última instancia por el juez o por el jurado, establecer el problema en términos del hombre razonable crea una predisposición en favor de eximir la conducta *normal* o *promedio* de sanciones legales. El hombre razonable no es necesariamente el hombre promedio, pero pretende serlo, y la noción de lo que es normal y promedio pone freno al poder judicial de definir la razonabilidad. Sin embargo, la limitación está lejos de ser completa. Se torna ilusoria en aquellas situaciones donde los conceptos "normal" y "promedio" no tienen contenido definido; donde el "hombre promedio" es una construcción jurídica tanto como el "hombre razonable". La limitación se da a menudo incluso en aquellos campos donde, por formas establecidas de pensamiento y de actuación están algo definidas y son descubribles en ellos, la noción de lo "normal" y lo "promedio" tiene cierta realidad objetiva. Los jueces no han vacilado en investir al hombre razonable con capacidades mayores o menores que el hombre promedio. Como ejemplo de esta autonomía judicial, dentro del reinado de hechos, uno no necesita mirar más allá del caso que originó la evaluación de previsibilidad, *Hadley v. Baxendale* en sí⁵³.

Hasta aquí las implicancias generales de *Hadley v. Baxendale*. Nuestra discusión sobre la relación entre

⁵¹ MCCORMICK, C. Op. Cit. § 139.

⁵² *Ibid.* § 141.

⁵³ "Sin embargo, en *Hadley v. Baxendale* en sí, el portador fue advertido del uso al que el eje quebrado debía ser sometido y que la fábrica estaba cerrada, pero fue sostenido que esto no era suficiente, puesto que no le fue dicho que no había otro eje disponible!" MCCORMICK, Charles. "Damages". 1935. § 140.

este caso y el valor de la confianza tiene que ver con dos problemas distintos. Primero, asumiendo que es sabio evitar poner una sanción demasiado gravosa al incumplimiento del contrato, ¿existen casos donde el valor de la confianza puede ser sustituido por el valor de la expectativa formulada como medida de daños para reducir la reparación? En este sentido, la pregunta es si el valor de la confianza no podría servir como una especie de sustituto para la evaluación de *Hadley v. Baxendale*. En segundo lugar, ¿qué problemas para el valor de la confianza se presentan en *Hadley v. Baxendale*? ¿Debemos rechazar el conceder compensación por actos de confianza donde no son "causados directamente" por el contrato, o no eran "razonablemente previsibles" por el deudor? Discutiremos estos problemas en el orden dado.

En su artículo pionero sobre *culpa in contrahendo* Ihering sugirió que el valor de la confianza (en su terminología, el valor negativo) debía ser la medida apropiada de reparación en una serie de situaciones que podemos llamar contratos "*not-quite*"⁵⁴. Por ejemplo, en los casos donde existe un malentendido referente a los términos del contrato y donde, por consiguiente, aplicando una teoría "subjetiva" del asentimiento mutuo, llegaríamos a la conclusión de que nunca existió un contrato perfecto o completo, sin embargo, podríamos encontrar que el malentendido se debía predominantemente al incumplimiento de una de las partes, o que el riesgo del malentendido fue creado por la actuación de una de las partes. En esta situación puede ser justo imponer a la parte que estuvo en falta, o cuya actuación creó el riesgo del malentendido, la responsabilidad de compensar a la parte "inocente" de cualquier cambio de posición real por la confianza en la aparente contratación perfecta⁵⁵. Aquí paramos a medio camino, entre la responsabilidad completa del contrato (valor de la expectativa) y una negación de la responsabilidad en conjunto. En este aspecto, el valor de la confianza se asemeja a *Hadley v. Baxendale*, como un compromiso entre la no ejecución forzosa, y la completa pero muy onerosa ejecución de la obligación.

Discutiremos en la segunda parte de este artículo un número de casos en donde jueces americanos han restringido la reparación al valor de la confianza quizá principalmente porque sentían que imponer la responsabilidad por el valor de la expectativa sería ir demasiado lejos. Estos casos representan una especie de estación situada a mitad de camino entre ningún contrato y un contrato "completo". No se considera que casos de este tipo ordinariamente tengan ninguna relación especial con la problemática de *Hadley v. Baxendale*. Sin embargo, esto se da porque los dos aspectos de ese caso que hemos distinguido arriba son confundidos, y la evaluación de previsibilidad es permitida para oscurecer la implicancia más fundamental del caso, el hecho de que no es sabio imponer consecuencias demasiado onerosas ante el incumplimiento del contrato.

Al ocuparnos del problema *Hadley v. Baxendale* en su relación con el valor de la confianza en sí, es necesario recordar otra vez la distinción tomada entre la confianza esencial y la confianza incidental. En lo que se refiere a la confianza esencial, no hay generalmente ocasión para negar el reembolso de aspectos "remotos", y el problema de *Hadley v. Baxendale* no da normalmente ninguna dificultad. Aplicando la evaluación de previsibilidad, uno no vacilará en decir que el incumplido debió haber previsto que el demandante emprendería esos actos necesarios para hacer valer sus derechos sobre el contrato. Además, la limitación a la reparación por el precio completo del contrato es una limitación suficientemente drástica para dispensar con la necesidad de cualquier otro recurso de reducción de la reparación⁵⁶.

En relación a la confianza incidental, el caso es totalmente diferente. Aquí la limitación de la reparación por el precio total del contrato es generalmente inapropiada. La definición de este tipo de confianza es puramente negativa (consiste de aquellos actos de confianza que no son "esenciales"), existe la necesidad de otra limitación en la reparación. Sería imposible tratar aquí adecuadamente las maneras en que los jueces han solucionado este problema. Aquí, como en

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁵⁴ *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* (1860), publicado en IHERING, Rudolf von. "Gesammelte Aufsätze 1". 1881. pp. 327-425. La declaración de WILLISTON, Samuel. "Contracts 1". 1920. § 60a, y la insinuación a ser deducida de combinar el § 60AA y el § 63A de WILLISTON, Samuel. "Contracts 1". Segunda Edición. 1936., es que Ihering veía que fundar esta responsabilidad en un agravio es incorrecto. De hecho, Ihering dedicó una porción considerable de su artículo a demostrar que la responsabilidad se debe ser vista como contractual.

⁵⁵ La sugerencia de Ihering en cuanto a esta situación fue adoptada por el Código Civil Alemán, § 122, y el Código suizo de las Obligaciones, § 26. El Código suizo, sin embargo, da al juez la discreción para aumentar los daños más allá del valor de la confianza (presumiblemente valor de la expectativa) si hacerlo "correspondería a lo justo".

⁵⁶ En esos casos donde la expectativa es demasiado especulativa para servir como limitación significativa en la reparación, el problema de *Hadley v. Baxendale* puede presentarse como de confianza esencial. En *Williams v. Barton, 13 La. 404 (1838)*, el demandante rechazó un trabajo legal rentable para entrar en una empresa de negocio con el demandado. El juez negó el reembolso por la pérdida del trabajo del demandante sobre la base de que no era una pérdida causada por el incumplimiento del demandado—una objeción lo suficientemente amplia como para excluir la consideración del valor de la confianza en cualquier caso. Sin embargo, desde que el valor de la expectativa era demasiado conjetural como para ofrecer una limitación significativa en la reparación, es probable que un juez que quiere conceder generalmente el reembolso por la confianza afectada descubra que aquí carecía de una conexión "causal" entre la pérdida y el contrato, y niegue el reembolso sobre esta base. *Woodbury v. Jones, 44 N.H. 206 (1862)*, es un caso similar en sus hechos y sustentos.

cualquier otra parte, la discusión principal se da sobre la previsibilidad y la información⁵⁷. Aquí, como en cualquier otra parte, hay mucha razón para sospechar que los jueces están influenciados por factores que no tienen nada que hacer con la previsibilidad. Particularmente aparente es el impulso de preservar cierta proporción entre la responsabilidad impuesta al demandado y la prestación que le fue pagada bajo el contrato⁵⁸. Uno también nota que los aspectos comúnmente rechazados tienden a caer dentro de clases bastante definidas. Así, cuando un incumplimiento del contrato por parte del demandado convierte en imposible de sobrellevar un negocio previsto por el demandante, se distingue una tendencia a negar compensación por las sumas pagadas por el demandante a los empleados⁵⁹, mientras que los costos de movilidad y las pérdidas de mercancías son permitidas regularmente⁶⁰.

EL VALOR DE LA CONFIANZA EN EL "RESTATEMENT OF CONTRACTS"

La distinción que hemos hecho entre tres "valores contractuales" –el valor de la restitución, de la confianza, y de la expectativa– no se encuentra en el "Restatement of Contracts". La clasificación de ese trabajo sólo admite dos procedimientos para lidiar con el incumplimiento del contrato. Un juez podría escoger entre conferir al demandante el valor de la expectativa en la forma de daños o de la prestación específica, o podría conceder la restitución del demandante. No hay *tertium quid*. Esta simplificación del problema sería recomendable si realmente "funcionara". Desafortunadamente, no es así. Por el contrario, no sólo causa que el Restatement genere una impresión engañosa de la ley existente, sino que genera confusión dentro del sistema del "Restatement" en sí,

particularmente en conexión con el tema de la restitución.

En el comentario a la sección 347 se dice: "Al conceder la restitución como un remedio para el incumplimiento... el propósito buscado es la restauración de la parte afectada a una posición tan buena como la que ocupaba antes de que el contrato fuera hecho". Este pasaje hace parecer extrañamente a la restitución como reembolso por la confianza afectada, en especial porque en el mismo contexto la restitución se contrasta con otro propósito de la ley contractual, el cual es: "poner a la parte afectada en tan buena posición como habría estado de haber sido completamente ejecutado el contrato por el demandado". Cualquier esperanza, sin embargo, de que la "restitución" del "Restatement" sea lo suficientemente amplia como para cubrir el valor de la confianza debe frustrarse por lo expresamente provisto en la sección 348 y por la anterior y mucho más exacta descripción del remedio dado en el comentario a la sección 326, el cual lo describe en términos de un esfuerzo "para traer la restitución al valor de la prestación rendida por el demandante y recibida por el demandado". La discrepancia en estas descripciones de restitución y particularmente en la identificación (sin duda involuntaria) del valor de la restitución y de la confianza, en el pasaje citado inicialmente, es sintomática de una asunción subyacente al tratamiento integral de los daños contractuales en el Restatement, ese reembolso por la afectación de la confianza en una obligación no puede en sí misma ser un objeto propio de protección judicial⁶¹.

No obstante, sin comprometer el que esta asunción pueda ser adherida a los pasajes teóricos de los

⁵⁷ *Overstreet v. Merritt*, 186 Cal. 494, 200 Pac. 11 (1921); *Bernhard v. Curtis*, 75 Conn. 476, 54 Atl. 213 (1903); *Security Store & Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 51 S.W. (2d) 572 (1932); *Price v. Risen*, 31 Misc. Rep. 547-64 N.Y. Supp. 405 (1900); *Schatzinger Realty Co. v. Stonehill*, 19 Ohio C. C. (N.S.) 403 (1912); *Shaboub v. De Lacie*, 59 S.W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N.W. 952 (1904).

⁵⁸ El hecho de que los máximos beneficios derivados del contrato por el demandado eran muy pequeños en comparación con la responsabilidad que pretendió ser impuesta sobre él fue expresamente la base para negar la compensación solicitada en *Rochester Lanteren Co. v. Stiles & Parker press Co.*, 135 N.Y. 209, 31 N.E. 1018 (1892), y ninguna duda importante fue un factor latente en *Price v. Eisen*, 31 Misc. Rep. 457. 64 N.Y. Supp. 405 (App. Term 1900), y *Konemann v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913).

⁵⁹ *Kohemann v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Davis & Major v. Cincinnati, Hamilton & Dayton R.R. Co.*, 12 Ohio Dec. Rep. 463 (1855); *Sinclair Refining Co. v. Hamilton & Dotson*, 164 Va. 203, 178 S.E. 777 (1935); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N.W. 952 (1904). El reembolso por las sumas pagadas a los empleados fue, sin embargo, concedido en *Douglas v. Guardian Holding Corp.*, 132 Cal. App. 585, 23 Pac. (2d) 80 (1933); *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.* 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896); *Walter Box Co. v. Blackburn*, 157 S.W. 220 (Tex. Civ. App. 1913).

Parece existir también una aversión de conceder reembolso por la pérdida implicada en renunciar a un negocio por confianza en el contrato. *Schnierow v. Boutagy*, 33 Cal. App. 336, 164 Pac. 1132 (1917); *Williams v. Barton*, 13 La. 404 (1838) ("confianza esencial"); *Woodbury v. Jones*, 44 N.H. 206 (1862) ("confianza esencial"); *Greer v. Varnell*, 27 Tex. Civ. App. 255, 65 S.W. 196 (1901). El reembolso por tales pérdidas fue, sin embargo, concedido en *Overstreet v. Merritt*, 186 Cal. 494, 200 Pac. 11 (1921); y en *Shaboub v. De Lacie*, 59 S.W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933) se le permitió al demandante ser reparado por la pérdida implicada en rechazar un trabajo confiando en un contrato con el demandado, de arrendar una estación de servicio que el demandante planeó operar.

⁶⁰ Ver la nota 65 *infra*.

⁶¹ Al hacer esta asunción el "Restatement" por supuesto sigue el análisis de la mayoría de textos legales, que preservan vigorosamente, sin duda de las conveniencias pedagógicas, una nítida distinción entre el contrato y el agravio. El Profesor Williston es particularmente impaciente con cualquier intento de importar a la ley contractual lo que el Profesor Gardner (nota 37 *supra*, en 22) llama "el principio del agravio", es decir, el principio de que la compensación se debe conceder por la confianza afectada. Incluso los casos que conceden el reembolso por la confianza, cuando consiste en la ejecución del contrato, él lo ve en un lugar (WILLISTON, Samuel. "Contracts 3". 1920. § 1341) como "difícil de explicar... satisfactoriamente", en otro (§ 1455) como "erróneo", y en cualquier caso (§ 1340) como una "excepción" al "principio general". (Debe ser observado, sin embargo, que fue el Profesor Corbin, más que el Profesor Williston, quien delineó las secciones del Restatement en relación a los daños).

“Comments”, puede parecer que las provisiones de la sección 333 marcan un alejamiento de ella. Esta sección prevé para el reembolso del demandante sus gastos “razonablemente hechos en la ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”. Para alguien no iniciado en la sistemática del “Restatement” esto puede parecer un reconocimiento algo arrebatador del valor de la confianza. Sin embargo, incluso aquí la reparación, aunque confesamente excepcional, es considerada dentro de la cobertura del valor de la expectativa. “El juicio para tal gasto, por lo tanto, es un juicio por una porción del valor prometido por el demandado, cuyo recibo por el demandante se previene por el incumplimiento”⁶². No hay razón para discutir sobre esta inobjetable aunque ciertamente tendenciosa interpretación. Hay, sin embargo, mucha razón de ser perturbado por sus implicaciones negativas. Parece reforzarse la inferencia (justificada ya en el principio *expressio unius est exclusio alterius*) de que la sección 333 busca excluir todas esas clases de confianza en un contrato que no tome la forma de gastos “hechos en la ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”.

Si tratamos la sección 333, como parece debemos hacer, no como simplemente ilustrativa sino como una enumeración exclusiva de las clases de confianza que son compensables, ¿cuál es la base de la limitación

que contiene? ¿Por qué los “gastos” sobre la fe en el contrato a ser compensados deben consistir en la ejecución del contrato o en las preparaciones para ejecutarlo? Ciertamente, esta limitación no debe ser derivada de los casos. Es verdad que hay muchos casos que “sustentan” la sección 333 en el sentido que conceden el reembolso por los gastos hechos en la ejecución de un contrato o en la preparación para realizarlo. Sin embargo, ellos son inocentes de todas las insinuaciones, salvo de las más vagas, que son solamente los gastos que son compensables. Por otro lado, los casos son la legión sobre los que los jueces han concedido el reembolso por la confianza, lo que no consistió en la “ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”. Aparte de un grupo misceláneo y extenso de casos⁶³, podemos observar especialmente dos situaciones comúnmente recurrentes donde este tipo de reparación parece tan firmemente establecida como el remedio que el largo uso judicial le ha dado: (1) los numerosos casos de garantía de semillas que aseguran al comprador decepcionado sus gastos de plantación y cultivo⁶⁴; y (2) los casos que implican contratos para arrendar establecimientos/locales con propósitos del negocio, donde al arrendatario se le niega la posesión, recibe el reembolso por las pérdidas generadas en almacenar sus mercancías, por sus gastos de movilidad, y generalmente por gastos que “salieran de su

⁶² “Restatement of Contracts”, § 333, comentario a.

⁶³ Casos que concedieron el reembolso por los gastos hechos con anticipación a la llegada de bienes entregados al demandado para ser despachados: *Gray v. Wabash Ry. Co.*, 220 Mo. App. 773, 277 S.W. 64 (1925); *Security Stove & Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 51 S.W. (2d) 572 (1932); **Davis & Major v. Cincinnati, Hamilton & Dayton R. R. Co.*, 12 Ohio Dec. Rep. 463 (1855).

Casos que concedieron el reembolso por gastos hechos en la preparación de recibir y usar bienes que el demandado contrató para provisionarse: *Sperry and Hutchinson Co. v. O'Neill-Adams Co.*, 185 Fed. 231 (C.C.A. 2d, 1911); **Grosse v. Petersen*, 30 Cal. App. 482, 158 Pac. 511 (1916); *Harrow Spring Co. v. Whipple Harrow Co.*, 90 Mich. 147, 51 N.W. 197 (1892).

Casos Misceláneos: *Cohn v. Bessemer Gas Engine Co.*, 44 Cal. App. 85, 186 Pac. 200 (1919) (el demandante, que había comprado un motor del demandado para operar una bomba de irrigación, recuperó, *inter alia*, reembolso por el costo de la plantación de semillas de alfalfa cuando el motor falló en operar satisfactoriamente y la cosecha se perdió); *Dean v. White & Haight*, 5 Iowa 266 (1857) (el demandado incumplió un contrato para instalar un aserradero para el demandante; el demandante fue permitido de recuperar los costos incurridos en procurar un motor y una caldera para operar la fábrica); *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896) (el demandado incumplió un contrato para proveer gas a una fábrica de cristal; se le concedió al demandante, *inter alia*, el reembolso por el costo de transportar a trabajadores expertos para funcionar la fábrica); *American-Hungarian Pub. Co. v. Miles Bros.*, 68 Misc. Rep. 334, 123 N.Y. Supp. 879 (1910) (al demandante se le concedió el reembolso por los gastos incurridos en la preparación de participar en una exhibición que el demandado se había obligado a equipar); *Schatzinger Realty Co. v. Stonehill*, 19 Ohio C.C. (n.s.) 403 (1912) (al vendedor se le permitió recuperar los montos pagados a un arquitecto y a un contratista por anticipado por la construcción de un edificio sobre el terreno que el demandado se había obligado a transferir); *Martin v. Seaboard Air Line Ry.*, 70 S.C. 8, 48 S.E. 616 (1904) (el juez sostuvo que en el caso de un “incumplimiento final y completo” por el demandado de su contrato para construir un ramal corto para el demandante, el demandante tendría derecho de recuperar el reembolso por los gastos de mover su serrería al lugar del ramal prometido). En *People ex rel Burnham v. Flynn*, 189 N.Y. 180, 186, 82 N.E. 169, 171 (1907), se dictó una sentencia que determinó que el comprador de un boleto a quien se le negó la entrada al teatro pueda recuperar el reembolso por los gastos incurridos para asistir a la función (¿precio del taxi?).

En la mayoría de casos citados aquí y en las dos notas siguientes, la objeción que los daños contractuales se pueden medir solamente por la expectativa fue rechazada por los jueces de una manera muy sumaria. Quizá la discusión más extendida sobre este punto puede ser encontrada en *Security Stove & Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 182, 51 S.W. (2d) 572, 576 (1932). “El demandado afirma que el demandante ‘se está esforzando en conseguir en recuperar un *status quo* con una demanda basada en un incumplimiento de contrato. En lugar de intentar recuperar lo que él habría tenido si el contrato no se hubiera resuelto, el demandante está intentando recuperar lo que él habría tenido de nunca haber existido el contrato de envío... Sin duda, la regla general es que donde hay incumplimiento del contrato la parte que sufre la pérdida puede recuperar solamente lo que habría tenido de no incumplirse el contrato... Sin embargo, ésta es una simple declaración general de la regla y no es inconsistente con la afirmación de que, en algunos casos, la parte dañada pueda recuperar los costos incurridos en confiar en el contrato, incluso aunque tales costos hubieran sido incurridos si el contrato no hubiera sido incumplido”.

(Estamos endeudados a las varias anotaciones condicionantes del “Restatement” para ayudarnos a encontrar los casos indicados por un asterisco en esta nota y en la nota 65 *infra*, los cuales fueron citados, sin comentarios, como soporte del § 333).

⁶⁴ *Ferris v. Comstock, Ferre & Co.*, 33 Conn. 513 (1866); *Vaughan's Seed Store v. Stringfellow*, 56 Fla. 708, 48 So. 410 (1909); *Butler v. Moore*, 68 Ga. 780. (1882); *Crutcher & Co. v. Elliott*, 13 Ky. Law Rep. 592 (1892); *Moorhead v. Minneapolis Seed Co.*, 139 Minn. 11, 165 N.W. 484 (1917); *Lundquist v. Jennison*, 66 Mont. 516, 214 Pac. 67 (1923); *Reiger v. Worth Co.*, 127 N.C. 230, 37 S.E. 217 (1900). La única referencia a los casos de provisión de semillas en el Restatement está en la cuarta ilustración al § 331, la cual indica que el comprador puede recuperar el “lucro cesante” “si su evidencia da una suficiente base para estimarla”. Nada está dicho sobre qué sucede cuando la evidencia no es suficiente para este propósito.

bolsillo”⁶⁵. Ciertamente, sería difícil (aunque aparentemente en Georgia no sería imposible) identificar los aspectos de la confianza implicados en estos casos dentro de la noción de “ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”⁶⁶.

¿Alguna otra sección del “Restatement” ofrece a estos casos de “confianza incidental” el amparo que la sección 333 le niega? (Será observado que el efecto práctico de la limitación en la sección 333 es excluir lo que hemos llamado “confianza incidental” y limitar el reembolso a la “confianza esencial”). La esperanza de tal amparo pudo haberse derivado inicialmente del lenguaje amplio utilizado en la sección 329, que indica que los daños del contrato serán dados para “la cantidad neta de las pérdidas causadas y los aumentos previstos por el incumplimiento del demandado”. El término “las pérdidas causadas por el incumplimiento del demandado” puede parecer lo suficientemente amplio como para incluir cualquier clase de daño a la confianza, cualquiera sea su naturaleza. Sin embargo, la esperanza de que este término pueda servir como una cubierta general para el valor de la confianza debe tener corta vida. El comentario a la sección 333 declara que los gastos hechos por el demandante en la ejecución de su contrato no se pueden considerar como “pérdidas causadas por el incumplimiento del demandado”⁶⁷. Si tales gastos no son pérdidas causadas por el incumplimiento, entonces ciertamente otras clases de daño a la confianza tampoco lo son. Al parecer, el término “pérdidas causadas” según lo utilizado en la sección 329, lejos de ser idéntico al daño a la confianza, intenta simplemente incluir esos casos donde el incumplimiento de un contrato genera un cierto daño directo, como en el caso en que se garantiza que una vaca estará libre de enfermedad y ésta infecta la manada del comprador. Las ilustraciones a la sección 329 implican esto.

La conclusión entonces será que el reembolso por daños a la confianza que no consista en la ejecución del contrato o en las preparaciones para ejecutarlo se excluyen del “Restatement”. Se excluye de su teoría, de sus previsiones expresas, y de sus ilustraciones⁶⁸. No sólo se excluye en el sentido que no recibe ningún reconocimiento explícito. Eso sería comprensible; el abandono de matices en el tratamiento judicial es inevitable en un intento de reducir a veinte secciones la ley entera de daños contractuales. Se excluye en el sentido que la sistemática del “Restatement” no deja ningún espacio por el cual pueda efectuar una entrada. No sólo no fue invitado al banquete, sino que las puertas han sido reforzadas contra su intrusión.

Hemos dicho que el reembolso por daños a la confianza “incidental” ha sido excluido de las ilustraciones del “Restatement”. Esto es casi, pero no absolutamente cierto. No hay quizá demostración más evidente de lo artificial de la restricción impuesta en la sección 333 que el hecho de que parece haber sido obviado en dos de las ilustraciones dadas bajo esa sección. En la quinta ilustración, A transfiere lotes a B bajo el compromiso de B de construir un hotel en ellos. A luego paga \$5,000 a un arquitecto por los planos del hotel. Ante el incumplimiento del contrato por B este aspecto del gasto es visto como reembolsable. ¿Fue este un acto de A que constituyó “ejecución del contrato o... preparación necesaria de éste”? Si es así, no hay nada en la ilustración que lo indique.

La séptima ilustración está basada en el caso *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*⁶⁹. En este caso el demandado estuvo bajo contrato para vender aceite al demandante, el cual debía ser entregado en la fábrica del vendedor. El demandante envió sus tanques para recoger el aceite. Ante el incumplimiento del demandado el demandante buscó el reembolso por el flete pagado

⁶⁵ *Schnierow v. Boutagy*, 33 Cal. App. 336, 164 Pac. 1132 (1917); *Douglas v. Guardian Holding Corp.*, 132 Cal. App. 585, 23 Pac. (2d) 80 (1933); **Bernhard v. Curtis*, 75 Conn. 476, 54 Atl. 213 (1903); **Musial v. Kudlick*, 87 Conn. 164, 87 Atl. 551 (1913); *Koneman v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Tidwell v. Meyer Bros.*, 160 La. 778, 107 So. 571 (1926); *Narragansett Amusement Co. v. Riverside Park Amusement Co.*, 260 Mass. 265, 157 N.E. 532 (1927); **Driggs v. Dwight*, 17 Wend. 71 (N.Y. 1837); *Giles v. O'Toole*, 4 Barb. 261 (N.Y. 1848); *Walter Box Co. v. Blackburn*, 157 S.W. 220 (Tex. Civ. App. 1913); *Texas Power & Light Co. v. Roberts*, 187 S.W. 245 (Tex. Civ. App. 1916); *Shaboub v. De Lacie*, 59 S.W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N.W. 952 (1904); *Nurse v. Barns*, T. Raym. 77 (1664); see *Hodges v. Fries*, 34 Fla. 63, 74, 15 So. 682, 685 (1894). But cf. *Rhodes v. Baird*, 16 Ohio St. 573 (1866).

⁶⁶ Casi idéntico en sus efectos con la principal provisión del § 333 del “Restatement” es § 20-1414 del Código de Georgia (1933) que dice: “Cualquier gasto necesario en que una de las dos partes contratantes incurra para cumplir con el contrato puede ser recuperado como daño”. En *Butler v. Moore*, 68 Ga. 780, 783 (1882), un caso en el que el demandante compró semillas para su propio uso, el juez ha dicho, “... si la semilla carecía de valor, la medición de los daños será el valor de la compra más los intereses y cualquier gasto incurrido con la finalidad de cumplir el contrato después de suscrito, así como la transportación de la semilla, la preparación de la tierra para plantación, la siembra, y el balanceo de dicha semilla...” (las cursivas son nuestras). ¡Ciertamente aquí había un objeto de lección para quienes esgrimieron el § 333! Si la Corte desarrolla hacia el Restatement la misma condescendencia traicionera que exhibe hacia los códigos, podremos quizás esperar ver al § 333 torturado en una manera similar. La sección 333, sin embargo, presenta un obstáculo para la ingeniosidad judicial que falta en el Código de Georgia, en la forma de limitación de la reparación por el “costo total del contrato”. Es difícil imaginar cómo el auxilio concedido en *Butler v. Moore* haya sido posible con tal limitación.

⁶⁷ Ver comentario a. Ver también los casos citados en la nota 56 supra.

⁶⁸ *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896), un caso en el cual el demandado al no poder ejecutar su contrato de provisión de gas ocasionó grandes e inútiles gastos al demandante para ser una fábrica de cristal, sirve dos veces como ilustración en el “Restatement”. Ver la sexta ilustración del § 329, y la sexta ilustración a la subdivisión (1) del § 331. En ambas ilustraciones la discusión se concentra enteramente en el problema de probar los beneficios esperados a ser derivados de las operaciones de la fábrica, mientras que en el caso real, los beneficios previstos fueron rechazados como demasiado conjeturales y el reembolso fue concedido por los gastos implicados en implementar la fábrica. Es innecesario decir que el caso *Gas v. Glass* no reaparece como ilustración al § 333.

⁶⁹ 190 U.S. 540 (1903), discutido supra en p. 83.

por estos tanques. No hay insinuación en la discusión de la ilustración sobre que esto no se podría mirar como acto compensable por daños a la confianza dentro de la sección 333. Sin embargo, ¿fue parte de la ejecución del contrato por el demandante el que envíe los tanques desde una distancia? Como el juez Holmes dijo en el caso real, "... es obvio que el demandante era libre de traer sus tanques de donde quisiera—desde una distancia de mil millas o desde la yarda colindante— por lo que concierne al contrato"⁷⁰. Por supuesto, uno podría decir que en enviar sus tanques el demandante se preparaba para ejecutar "el contrato para recibir el aceite" y que bajo las circunstancias, puesto que los tanques no se encontraban en una "yarda colindante", enviar los tanques desde una distancia era un acto necesario de preparación. Sin embargo, ¿dónde se dibuja la línea? ¿Estaba el demandante en el caso *Nurse v. Barns*⁷¹ preparándose para ejecutar su contrato de arrendamiento de los establecimientos/locales cuando compró un *stock* de bienes, bajo la teoría de que sólo con este acto podría ganar el dinero para pagar su renta?

Las preguntas recién planteadas revelan el hecho de que la limitación en la sección 333 no sólo no refleja con exactitud la ley, sino que sufre de una ambigüedad, o mejor dicho, de una serie de ambigüedades. La dificultad de decidir simplemente qué tan cerca debe estar conectado un acto con la "ejecución del contrato" antes de poder ser visto como "preparación necesaria de éste" acaba de ser mencionada. Asimismo, hay otras dificultades tan desconcertantes como ésta. ¿El término "ejecución del contrato" implica que el demandante deba haber estado bajo el cumplimiento de un deber? Si es así, entonces la sección 333 está limitada a los contratos bilaterales, y los gastos hechos confiando en la oferta de un contrato unilateral se excluyen. ¿La sección 333 evita medir los daños por la confianza afectada en el caso de obligaciones hechas bajo la ejecución de la sección 90? Para tales obligaciones el término "ejecución" es ciertamente inapropiado. El sobrino en *Devecmon v. Shaw*⁷² no estaba "ejecutando" nada; él simplemente confiaba en una promesa. Sin embargo, para tales promesas es a menudo sabio limitar la reparación al valor de la confianza.

En tanto parecen haber pocos argumentos para justificar una exclusión del daño a la confianza incidental en la reparación, nuestra pregunta final debe ser: ¿por qué estuvo la sección 333 expresada exclusivamente en términos de la "ejecución del

contrato" y la "preparación necesaria" para la ejecución? Hay probablemente un buen número de razones. En primer lugar, tal confianza, que es a grandes rasgos equivalente a lo que hemos llamado confianza "esencial", puede ser traída dentro de la cubierta conceptual de la expectativa. Puede encajar en un sistema que excluya el reembolso por la confianza afectada de los objetos legítimamente protegidos por ley contractual. No habría sido tan fácil ocuparse de la "confianza incidental" de la misma manera. En segundo lugar, los casos que implican reparación por gastos en la ejecución, o preparación para la ejecución, son los más fáciles de clasificar de los casos que conceden el reembolso por daños a la confianza. Por consiguiente, forman el tema de secciones especiales en los textos y digestos⁷³. Los casos que involucran otros tipos de confianza se han tratado menos sistemáticamente. Deben ser encontrados camuflados bajo títulos engañosos tales como: "Sin reparación por lucro cesante", habiendo obviado el anotador decir que hay reparación por los esfuerzos perdidos. En tercer lugar, dos de las limitaciones impuestas en la sección 333 serían inapropiadas de aplicar en relación a la confianza incidental, tal como ahora están planteadas. Éstas son la subsección (b), que se ocupa del problema de la doble reparación, y la subsección (a), que prevé que la reparación total no puede en ningún caso exceder el "precio total del contrato". (Debe ser observado que la limitación de la subsección (a) destruye cualquier esperanza que por una amplia interpretación de la "ejecución" o "preparación para la ejecución" los jueces puedan hacer provisión adecuada de la reparación por el daño a la confianza incidental, en el marco de la sección 333). Finalmente, puede haber habido una sensación de que si la reparación por daños a la confianza era extendida muy ampliamente, la dificultad de *Hadley v. Baxendale* llegaría a ser desconcertantemente aguda. Debe ser admitido que hay una verdadera dificultad aquí, pero la sección 333 parece una solución demasiado simple y drástica para ella.

Nuestra discusión del Restatement hasta el momento se ha relacionado enteramente a su falta en tomar en cuenta la "confianza incidental". Así como con la "confianza esencial", debe ser observado, sin embargo, que el "Restatement" transporta una impresión engañosa de la jurisprudencia. En nuestra discusión del problema de *Hadley v. Baxendale* nos referimos a casos donde los jueces han restringido

⁷⁰ Ibid. p. 545.

⁷¹ *T. Raymond 77 (1664)*.

⁷² *69 Md. 199, 14 Atl. 464 (1888)*. Debe ser observado que en lo referido a la restitución, el Restatement hace expresa previsión para casos de este tipo. § 347 (1) (b).

⁷³ El título "Daños" en 17 C.J. § 126, y 8 R.C.L. § 56; WILLISTON, Samuel. "Contracts". 1920. § 1341; PÁGE. "Contracts". Segunda Edición. 1922. § 3208.

deliberadamente la reparación al valor de la confianza, incluso donde el valor de la expectativa podría ser probado fácilmente. Estos casos no encuentran ningún eco en el Restatement. La sección 333 se expresa en términos de una opción del demandante, y el único obstáculo para una reparación por el valor

de la expectativa que reconoce es la dificultad de la prueba. El que en algunas situaciones puede encontrarse otro obstáculo formidable en la forma de determinación judicial, para limitar la protección legal al valor de la confianza, será demostrado en la segunda parte de este artículo.

RESPONSABILIDAD DEL ESTRUCTURADOR EN LAS OFERTAS PÚBLICAS PRIMARIAS DE VALORES: LIMITACIONES Y *DUE DILIGENCE DEFENSE*

Juan Luis Hernández Gazzo*
Gianina Gotuzzo Oliva**

Al ser el mercado de valores un espacio que permite conectar la demanda y oferta de fondos, el traslado adecuado de información de los emisores a los potenciales inversionistas cobra vital importancia como lo reconoce nuestra legislación.

En el presente artículo los autores realizan un detallado estudio sobre la responsabilidad de los estructuradores de estas operaciones frente a la información transmitida a los inversionistas, explicando cómo la regulación peruana ha ido cambiando hasta la actualidad. Resulta de especial interés el análisis de la experiencia norteamericana –de clara influencia en nuestra regulación– y las consideraciones sobre cómo limitar la responsabilidad del estructurador dada su incidencia en los costos de estas operaciones.

* Abogado. Master en Derecho, Harvard Law School. Profesor de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Abogada. Master en Derecho, Cornell Law School. Profesora de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA COMO EJE DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES PERUANO

La regulación del mercado de valores peruano, siguiendo el modelo americano –que a su vez ha sido adoptado por una serie de legislaciones comparadas–, gira alrededor del denominado “principio de transparencia”, conocido también en los sistemas anglosajones como *disclosure system*.

El mercado de valores es un mercado de intermediación directa¹, en el cual los sujetos con superávit (ofertantes de fondos o inversionistas) proveen de fondos a los sujetos con déficit (demandantes de fondos o emisores) mediante la adquisición de activos financieros denominados “valores mobiliarios”, abarcando, a su vez, la negociación futura de estos valores. Así, el mercado de valores permite que los demandantes de fondos se financien a través de este mercado –que es el rol que cumple el segmento del mercado de valores llamado “mercado primario”– y dota de liquidez a las inversiones de los ofertantes de fondos –función que cumple el segmento del mercado de valores conocido como “mercado secundario”.

Respecto de la función del mercado de valores en la economía, hay quienes sin dejar de reconocer su rol como mecanismo de financiamiento, resaltan como vital los efectos de su segmento conocido como “mercado secundario”, afirmando que su importancia primordial radica en i) dotar de liquidez a las inversiones en valores mobiliarios, permitiendo que los inversionistas puedan desprenderse de sus valores con facilidad, y ii) funcionar como mecanismo disciplinario del mercado, asignando los recursos a sus usos más eficientes, penalizando a las empresas cuyos administradores no logren maximizar el valor de las inversiones de sus tenedores², sean éstos accionistas u otro tipo de inversionistas.

Recordemos que en materia de mercado de valores el bien objeto de transacción es un activo financiero intangible, lo que nuestra legislación ha denominado “valor mobiliario”³. Ya sea que estemos frente a una

operación de suscripción, propia del mercado primario, o ante una operación de compraventa, particular del mercado secundario, lo transado será un activo financiero intangible, es decir, un activo cuyo valor consiste en el derecho a obtener un beneficio futuro, determinándose su valor de suscripción o precio de mercado en razón de cómo el mercado evalúe esa promesa de pago o flujos futuros esperados. Pensemos en una acción o en un bono como objeto de transacción y tendremos una idea más clara del concepto “activo financiero intangible”.

Teniendo en cuenta que el mercado de valores es un mercado financiero de intermediación directa donde se transan activos financieros, comprenderemos la capital importancia que tiene el traslado de información al mercado. En efecto, siendo que demandantes (emisores) y ofertantes de fondos (inversionistas) entran en una relación directa, en la cual –dentro del mercado primario– los primeros, normalmente sociedades, recurrirán a los segundos, sea el público en general o un segmento de éste, para financiar sus actividades, y siendo esos demandantes de fondos los que responderán por el rendimiento de los activos financieros que han colocado como contraprestación a los ofertantes por los fondos obtenidos, es crítico que a estos últimos se les brinde la información idónea sobre el demandante (emisor) y el activo financiero emitido (valores mobiliarios). Sólo sobre la base de esa información los ofertantes de fondos (inversionistas) podrán decidir acerca de la conveniencia de comprometer sus fondos de esa manera, en lugar de, por ejemplo, depositarlos en un banco.

Consciente de la trascendencia de la información en estas operaciones, nuestro sistema legal sobre mercado de valores, al igual que las legislaciones más modernas del mundo, ha centrado el eje de la regulación del mercado de valores en el traslado adecuado de la información, es decir, en el denominando “principio de transparencia” o *disclosure system*. La idea central es que el mercado adecuadamente informado adopte sus propias decisiones de inversión, siendo el rol del Estado –en el caso peruano, por medio de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV)– el de

¹ El mercado de valores como uno de intermediación directa supone una relación jurídica entre el ofertante de fondos y el demandante de fondos (mercado primario) o entre el comprador y el vendedor (mercado secundario), a diferencia de lo que sucede en mercados de intermediación indirecta, como el bancario, donde el ofertante y el demandante de fondos no tienen una relación jurídica directa, sino que cada uno tiene un vínculo, de distinta naturaleza, con el banco (el ofertante de fondos, como depositante o ahorrista del banco, y el demandante de fondos, como deudor del banco por el préstamo obtenido).

Para una primera aproximación al funcionamiento y características de los mercados financieros de intermediación directa e indirecta, sugerimos: CASTELLARES, Rolando; Enrique DÍAZ; Lilian ROCCA y Julio VARGAS. “El ABC del mercado de capitales”. Centro de Estudios de Mercado de Capitales y Financiero y Universidad San Ignacio de Loyola. En caso de un análisis más detallado, aconsejamos: BREALEY, Richard A. y Stewart C. MYERS. “Principles of Corporate Finance”. Mc Graw Hill.

² KLEIN, William A. y John C. COFFEE Jr. “Business Organization and Finance. Legal and Economic Principles”. Sexta edición. 1996. p. 380.

³ El artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo 093-2002-EF (LMV), define valor mobiliario del siguiente modo:

“Artículo 3º.- Valores Mobiliarios.- Son valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva y libremente negociables que confieren a sus titulares derechos crediticios, dominiales, o patrimoniales, o los de participación en el capital, el patrimonio o las utilidades del emisor.

Para los efectos de esta ley, las negociaciones de derechos o índices referidos a valores mobiliarios se equiparan a tales valores.

Cualquier limitación a la libre transmisibilidad de los valores mobiliarios contenida en el estatuto o en el contrato de emisión respectivo, carece de efectos jurídicos”.

supervisar que dicho traslado de información se efectúe conforme a la normativa vigente. El citado principio de transparencia está recogido en nuestro ordenamiento a nivel de norma con rango de ley, en el propio Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo 093-2002-EF (en adelante, "LMV"), incidiendo su artículo 10 en la calidad de la información que se traslada al mercado⁴.

Cabe resaltar que el principio de transparencia no es el objetivo de la regulación sobre el mercado de valores, sino como eje de la regulación se constituye en un medio o un mecanismo, para lograr su fin último: el desarrollo del mercado de valores, es decir, la conexión directa entre demandantes de fondos y ofertantes de fondos. Dentro de esa idea, es preciso destacar la confusión conceptual en la que incurre nuestra LMV, cuando en su primer artículo señala que la "... finalidad de la presente ley es promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista"⁵.

Creemos importante tener en cuenta, antes de culminar esta breve explicación sobre el principio de transparencia como eje de la regulación del mercado de valores peruana –modelo, como hemos dicho, elaborado sobre la base del sistema americano y seguido por las legislaciones más modernas en materia de mercado de valores–, que este modelo no está exento de críticas, siendo que desde hace unos años se ha generado una polémica en la doctrina americana sobre los beneficios y costos del *disclosure system*. Así, se ha cuestionado si la existencia de un sistema regulatorio como éste es eficiente, es decir, si los costos de la regulación no superan los beneficios que el mercado de valores obtiene, siendo que, a su vez, se han dado argumentos para justificar la eficiencia de la regulación y explicar los problemas de la no regulación⁶. Al final del día, y al menos a la fecha según lo muestra la práctica, parece no haberse encontrado

un sistema mejor al del *disclosure system*, sin que ello signifique desconocer que los costos del sistema tienen que ser razonables y que, por tanto, debemos estar siempre vigilantes que la regulación sea promotora del mercado de valores y no limitante de su desarrollo por medio de la imposición de un sistema de traslado de información inadecuado y excesivo, con costos que dejen sin sentido los beneficios de usar el mercado de valores.

II. EL ROL DEL ESTRUCTURADOR EN LAS OFERTAS PÚBLICAS PRIMARIAS

Antes de pasar a analizar el rol del estructurador en las ofertas públicas primarias se hace necesario primero centrar el concepto de oferta pública primaria⁷. En efecto, las ofertas públicas primarias son el medio para financiarse en el mercado de valores⁸. Así, las ofertas públicas primarias son aquellas ofertas que dirige el sujeto demandante de fondos al público en general, o a un segmento de éste, con el fin de levantar fondos de los inversionistas (ofertantes de fondos) mediante la colocación de valores mobiliarios⁹. De este modo, estas ofertas son parte del segmento del mercado de valores que se denomina "mercado primario".

Teniendo en cuenta que por medio de las ofertas públicas primarias se capta dinero de terceros (público en general o un segmento de éste) y que el valor colocado es un activo financiero intangible (valor mobiliario), el adecuado traslado de información a los potenciales inversionistas resulta fundamental y es por ello que el eje de la regulación está en el principio de transparencia, como lo hemos comentado. En efecto, la información que se tenga del emisor de los valores y de las condiciones de cómo se ofertan los mismos es sumamente importante para efectos que los inversionistas puedan tomar sus decisiones de inversión. Por ejemplo, si lo que se oferta a través de una oferta pública primaria son acciones de una compañía minera, es claro que será de suma importancia la información sobre los últimos descubrimientos o estudios

Juan Luis Hernández Gazzo
Gianina Gotuzzo Oliva

⁴ El artículo 10 de la LMV establece que:

"Artículo 10º.- Calidad de la información.- Toda información que por disposición de esta ley deba ser presentada a CONASEV, a la bolsa, a las entidades responsables de los mecanismos centralizados o a los inversionistas, deberá ser veraz, suficiente y oportuna. Una vez recibida la información por dichas instituciones deberá ser puesta inmediatamente a disposición del público".

⁵ Dentro de la literatura nacional, sobre el fin de la regulación del mercado de valores, se puede consultar opiniones diversas en: SERRA PUENTE-ARNAO, Gerardo. "La regulación en el mercado de los valores mobiliarios". En: THEMIS-Revista de Derecho 40. 2000. pp. 37-47; PAYET, José Antonio. "El mercado de valores y la protección de los inversionistas". En: *Ius et Veritas* 12. 1996. pp. 69-79; y, PAYET, José Antonio. "Razones para regular el mercado de valores". En: THEMIS-Revista de Derecho 33. 1996. pp. 93-104.

⁶ Son piedras angulares de esta polémica los escritos de los profesores americanos Coffee, Easterbrook y Fischel. Por ello sugerimos su consulta: COFFEE, John C. Jr. "Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System". En: *Virginia Law Review* 70. p. 717. 1984; y, EASTERBROOK, Frank H. y Daniel R. FISCHEL. "Mandatory Disclosure and the Protection of Investors". En: *Virginia Law Review* 70. p. 669. 1984.

⁷ Sobre el régimen jurídico aplicable a las ofertas públicas primarias en España, recomendamos: DE CARLOS BERTRÁN, Luis. "Régimen jurídico de las ofertas públicas de suscripción y venta de valores negociables". Colección Estudios de Derecho Mercantil. Bolsa de Madrid y Editorial Civitas. 1998.

⁸ Acerca de cómo las ofertas públicas primarias pueden ser una forma ventajosa de financiarse en el Perú, sugerimos: SALINAS, Sergio. "El financiamiento empresarial a través de la emisión de valores: ventajas, desventajas y perspectivas". En: THEMIS-Revista de Derecho 37. 1998. pp. 65-83.

⁹ El artículo 4 de la LMV define oferta pública como:

"Artículo 4º.- Oferta Pública.- Es oferta pública de valores mobiliarios la invitación, adecuadamente difundida, que una o más personas naturales o jurídicas dirigen al público en general, o a determinados segmentos de éste, para realizar cualquier acto jurídico referido a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios".

Cuando la oferta pública es primaria, aludimos a la colocación de valores mobiliarios. Si en cambio estamos frente a una oferta pública secundaria, nos referiremos a la adquisición o disposición de valores mobiliarios.

geológicos que se hayan hechos sobre las concesiones mineras, sus reservas, el desempeño de la compañía en los últimos años, sus estados financieros, sus posibles contingencias, entre otros. Si se omitiera información o si ésta fuera incorrecta, los inversionistas podrían no tener todos los elementos necesarios para adoptar una decisión informada o podrían no contar con todos los elementos necesarios para una adecuada decisión.

En este punto es importante destacar la experiencia americana pues, como lo hemos mencionado anteriormente, en ella se inspira nuestra legislación del mercado de valores. Luego de la caída del mercado de valores americano en el año 1929, se generó una sensación de desconfianza en el mercado, por ello el presidente americano Roosevelt solicitó al Congreso que diera una ley para regresarle la confianza a los inversionistas poniendo en el ofertante de valores el peso de decir la verdad sobre los valores que se ofrecían en el mercado. Es así que se dicta la Securities Act de 1933 para obligar a los emisores que revelen cierta información al público en las ofertas públicas primarias¹⁰.

La Securities Act de 1933, al igual que la LMV, exige a los emisores que los valores sean inscritos ante una autoridad –la Securities and Exchange Commission (SEC), en el caso americano–, antes de ofertar sus valores mediante una oferta pública primaria. Evidentemente al igual que en el Perú, el propósito de la norma es brindar al inversionista información adecuada, veraz, suficiente y oportuna para tomar decisiones de inversión debidamente informadas. Claramente los inversionistas van a confiar en esta información antes de tomar sus decisiones. He ahí la importancia y la responsabilidad que tienen todas aquellas personas que preparan los documentos de inscripción y que brindan la información para su elaboración.

Específicamente la Sección 11(a) de la Securities Act de 1933 establece que un inversionista puede demandar a

cualquier persona que suscriba los documentos para la inscripción del valor. Esta norma establece que una falsa declaración u omisión material en tales documentos de inscripción puede generar que el emisor o una variedad de personas asociadas a él o a la distribución de los valores, sean responsables por los daños y perjuicios causados a cualquier persona que haya adquirido tales valores sobre la base de información no adecuada. Cabe resaltar que no es cualquier declaración falsa u omisión, sino una que sea material, ya que si fuera inmaterial, esta omisión o falsedad no habría sido determinante para la toma de decisión del inversionista.

La Sección 11(a) de la Securities Act de 1933 regula específicamente quiénes son los sujetos responsables frente a los inversionistas y porqué son responsables. A manera ilustrativa citamos la Sección 11(a) de la Securities Act de 1933¹¹.

Dentro de las personas obligadas, bajo la Sección 11(a) de la Securities Act de 1933 se encuentran: (1) cualquier persona que haya firmado la solicitud de inscripción; (2) cualquier director del emisor a la fecha de presentación de la solicitud de registro cuya responsabilidad sea probada; (3) cualquier persona que bajo su consentimiento es nombrada en la solicitud de inscripción que será designada como director; (4) cualquier contador, ingeniero, tasador o cualquier otra persona cuya profesión le da autoridad a la declaración formulada por él en la solicitud de registro o que con su consentimiento ha sido nombrado como la persona que ha preparado o certificado cualquier reporte o valoración que es utilizada en relación con la solicitud de registro; y (5) cualquier *underwriter*.

En la legislación americana, los emisores, incluyendo sus directores y los *underwriters* están bajo los alcances de la Sección 11 por su cercana conexión con la oferta y distribución de los valores. Especialmente el emisor es quien se beneficiará directamente con la colocación

¹⁰ CANDIDA, José. "Section 11 of the Securities Act of 1933: The disproportionate liability imputed to accountants". En: Delaware Journal of Corporate Law 27. 2002. p. 565.

¹¹ "§ 11. Civil liabilities on account of false registration statement.

Persons possessing cause of action; persons liable.

In case any part of the registration statement, when such part became effective, contained an untrue statement of a material fact or omitted to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, any person acquiring such security (unless it is proved that at the time of such acquisition he knew of such untruth or omission) may, either at law or in equity, in any court of competent jurisdiction, sue-

- (1) every person who signed the registration statement;
- (2) every person who was a director of (or person performing similar functions) or partner in the issuer at the time of the filing of the part of the registration statement with respect to which his liability is asserted;
- (3) every person who, with his consent, is named in the registration statement as being or about to become a director, person performing similar functions, or partner;
- (4) every accountant, engineer, or appraiser, or any person whose profession gives authority to a statement made by him, who has with his consent been named as having prepared or certified any part of the registration statement, or as having prepared or certified any report or valuation which is used in connection with the registration statement, with respect to the statement in such registration statement, report, or valuation, which purports to have been prepared or certified by him;
- (5) every underwriter with respect to such security.

If such person acquired the security after the issuer has made generally available to its security holders an earning statement covering a period of at least twelve months beginning after the effective date of the registration statement, then the right of recovery under this subsection shall be conditioned on proof that such person acquired the security relying upon such untrue statement in the registration statement or relying upon the registration statement and not knowing of such omission, but such reliance may be established without proof of the reading of the registration statement by such person".

primaria de los valores en el mercado, y es la información de su desempeño como empresa la relevante para que los inversionistas tomen o no la decisión de invertir en los valores que emita. Los contadores, ingenieros, tasadores y cualquier otro “experto”, serán responsables de las omisiones o falsedades contenidas en los reportes elaborados que se incluyan en los documentos de inscripción o sobre la base de los cuales se preparen los documentos de inscripción de los valores.

Al igual que en el antecedente americano, en el Perú, a través del principio de transparencia y de la obligación de registro de los valores a ofertarse por oferta pública, se pretende que al momento de hacer una oferta pública primaria la información que llegue a los inversionistas sea veraz, suficiente y oportuna, y que no induzca a error o confusión, pues será sobre la base de esta información que los inversionistas tomarán sus decisiones de inversión.

En el caso de una oferta pública primaria, así como para el caso de cualquier oferta pública de valores, nuestra legislación dispone que los valores a ser ofertados de manera pública sean inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores que la CONASEV administra.

Uno de los documentos clave para lograr el registro lo constituye el denominado “prospecto informativo”, el cual debe contener toda aquella información necesaria para que los inversionistas puedan tomar una decisión de inversión o no. Este prospecto informativo debe ponerse a disposición de los potenciales inversionistas y según el artículo 56¹² de la LMV, requiere que se coloque en él como mínimo cierta información básica que requeriría todo inversionista para efectuar una correcta evaluación de inversión.

Conforme lo establece el propio artículo 56 y lo exige nuestra legislación, como regla general, toda oferta pública necesita del concurso de una entidad estructuradora o estructurador, el cual está obligado a suscribir el prospecto informativo y, por esa vía, se materializa su sujeción a un amplio régimen de responsabilidad por la información contenida en dicho prospecto. Nótese que tal exigencia no está presente en el ordenamiento americano.

El estructurador asume la dirección de la oferta pública, pudiendo asumir una serie de funciones

adicionales. En nuestro mercado, suele ser quien diseña la operación en términos financieros, determinando las características del valor mobiliario a emitirse, según la situación particular del emisor, sus necesidades de financiamiento y las condiciones del mercado.

En términos generales y conforme a la legislación peruana, pueden ser estructuradores las empresas bancarias y financieras, los agentes de intermediación (sociedades agentes de bolsa o sociedades intermediarias de valores) y los bancos de inversión. En nuestro mercado, las empresas bancarias son mayoritariamente las que actúan como entidades estructuradoras.

El tratamiento de los alcances de la responsabilidad del estructurador y su forma de limitación ha sufrido variaciones en el tiempo en nuestra legislación, las que explicaremos a continuación. Siendo que la responsabilidad del estructurador proviene de la ley, creemos fundamental analizar las formas en que ella puede limitarse, dada la incidencia que puede tener en los costos de una determinada oferta pública el hecho de que el estructurador tenga igual o muy similar responsabilidad a la del emisor.

III. ANÁLISIS NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTRUCTURADOR EN EL SISTEMA PERUANO: LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD MEDIANTE LA REGULACIÓN DEL *DUE DILIGENCE DEFENSE*

En principio, debemos resaltar tres etapas distintas en la forma como se ha regulado en el Perú la responsabilidad del estructurador en las emisiones de valores, al menos, desde 1996 a la fecha. Estas tres etapas se pueden distinguir en función de si existía o no la posibilidad de eximir al estructurador de responsabilidad, y si tal liberación de responsabilidad era conforme a ley.

3.1. Primera etapa: no posibilidad de limitación de responsabilidad del estructurador (del 6 de diciembre de 1996 al 21 de octubre de 1998)

La Ley del Mercado de Valores, tal como fue aprobada por el Decreto Legislativo 861, con vigencia desde el 6 de diciembre de 1996, establecía en su

¹² “Artículo 56.- Prospecto Informativo.- El prospecto informativo deberá contener toda la información necesaria para la toma de decisiones por parte de los inversionistas. El prospecto informativo debe contener como mínimo lo siguiente:

- a) Las características de los valores, así como los derechos y obligaciones que otorgan a su titular;
- b) Las cláusulas relevantes del contrato de emisión o del estatuto para el inversionista;
- c) Los factores que signifiquen un riesgo para las expectativas de los inversionistas;
- d) Nombre y firma de las personas responsables de la elaboración del prospecto informativo: entidad estructuradora o su representante, en su caso, así como del principal funcionario administrativo, legal, contable y de finanzas del emisor;
- e) Los estados financieros auditados del emisor, con sus notas explicativas y el respectivo dictamen, correspondientes a los dos últimos años, cuando el período de constitución lo permita;
- f) El detalle de las garantías de la emisión, cuando corresponda;
- g) El procedimiento a seguir para la colocación de los valores; y,
- h) La información complementaria que determine CONASEV mediante disposiciones de carácter general”.

artículo 60¹³ que el emisor, su principal funcionario administrativo, legal, contable y de finanzas, así como la entidad estructuradora eran solidariamente responsables frente a los inversionistas por las inexactitudes u omisiones que contuviera el prospecto.

Adicionalmente, el artículo 60 –tal como fue redactado originalmente– establecía expresamente que el emisor, estructurador y los demás funcionarios responsables no podrían oponer a los inversionistas hechos o derechos derivados de las auditorías o de los demás documentos que deben figurar en el prospecto.

Esta norma, en primer lugar, estableció como regla general la solidaridad en la responsabilidad por las inexactitudes u omisiones del prospecto tanto del emisor, como de sus principales funcionarios (administrativo, legal, contable y de finanzas), como de la entidad estructuradora, todos los cuales debían firmar el prospecto. En segundo lugar, determinó el alcance de esa responsabilidad, es decir, estas personas son responsables de que la información contenida en el prospecto sea exacta y que no contenga omisiones. En tercer lugar, estableció como límite de la responsabilidad el ámbito de competencia de estas personas, fijándolo como el ámbito profesional o funcional de los mismos.

Por otro lado, se prohibió que las referidas personas puedan eximirse de responsabilidad por los contenidos de las auditorías o documentos que deben figurar en el prospecto.

De este modo, la versión comentada del artículo 60 de la LMV –vigente desde el 6 de diciembre de 1996 hasta el 21 de octubre de 1998–, concibe la responsabilidad del estructurador de forma tan amplia frente al inversionista, que aun cuando la información colocada en el prospecto hubiese tenido como base las auditorías contables y legales solicitadas a terceros especialistas de reconocido prestigio, en caso hubiese existido información inexacta o de haberse omitido información sin que el estructurador lo supiese, esto no le permitiría al estructurador eximirse de responsabilidad frente al inversionista. Así, a nuestro criterio se desnaturalizaba el criterio de responsabilidad por ámbito de competencia en el caso del estructurador, desincentivando la participación de los mismos o encareciendo sus servicios por el gran riesgo asumido.

3.2. Segunda etapa: discutible posibilidad de limitación de responsabilidad del estructurador (del 22 de octubre de 1998 al 23 de marzo del 2002)

Con la entrada en vigencia el 22 de octubre de 1998 del Reglamento de Oferta Pública Primaria y de Venta de Valores Mobiliarios (en adelante, “ROPP”), aprobado por Resolución CONASEV 141-98-EF/94.10, CONASEV pretendió dar un giro al régimen de responsabilidad en materia de información contenida en los prospectos informativos relativos a ofertas públicas de valores. Así, introdujo el denominado *due diligence defense* del derecho americano, que analizaremos en el punto IV siguiente, por medio del artículo 17¹⁴ del ROPP,

¹³ “Artículo 60.- Son solidariamente responsables con el emisor u ofertante, las personas a que se refiere el inciso d) del artículo 56, respecto al ámbito de su competencia profesional y/o funcional, frente a los inversionistas, por las inexactitudes u omisiones del prospecto y no podrán oponer a éstos, hechos o derechos, derivados de las auditorías o de los documentos que conforme a dicho artículo, deben figurar en el prospecto informativo”.

¹⁴ “Artículo 17.- De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 60 de la Ley, el incumplimiento de la obligación de revelación de información en la forma en que se señala en el Artículo 12, genera el siguiente régimen de responsabilidad solidaria entre las partes intervinientes respecto de los daños causados a los inversionistas como consecuencia de dicho incumplimiento:

- a) El emisor.- Es responsable por la información contenida en el prospecto en la forma señalada en el artículo anterior;
- b) Funcionarios del emisor.- Cada uno de los funcionarios señalados en el Artículo 56, inciso d) de la Ley tiene como ámbito de competencia la parte o partes del prospecto vinculadas a su función y profesión, en el supuesto que éstas coincidan, caso contrario, a su función. El ámbito de competencia del principal funcionario administrativo se extiende a la totalidad de la información vertida en el prospecto cuya revelación sea responsabilidad del emisor, aunque se encuentre también bajo el ámbito de competencia de los otros funcionarios.
En el caso de entidades públicas nacionales o extranjeras, dicha responsabilidad es asumida por los funcionarios públicos que corresponda en los términos de la legislación aplicable.
La obligación a que se refiere el Artículo 56, inciso d) de la Ley, de suscribir el prospecto, es exigible en la medida que el emisor cuente con el funcionario correspondiente;
- c) El ofertante.- Es responsable por la información contenida en el prospecto en la forma señalada en artículo anterior;
- d) Funcionarios del ofertante.- Los funcionarios del ofertante se encuentran sujetos a un régimen de responsabilidad análogo al de los funcionarios del emisor; y,
- e) Entidad Estructuradora.- La Entidad Estructuradora tiene como ámbito de competencia la totalidad del contenido del prospecto respecto de la cual sea responsable el emisor y/u ofertante, incluyendo, en su caso, la información incorporada por referencia por el emisor o la comprendida en el prospecto marco.

No obstante lo señalado anteriormente, las personas indicadas en los incisos b), d) y e) precedentes podrán eximirse de responsabilidad conforme a las disposiciones del derecho común aplicables de acuerdo a la naturaleza de su responsabilidad, en función a:

1. Haber efectuado una investigación, en el modo que resulte apropiado de acuerdo a las circunstancias, que le lleve a considerar que la información que corresponda al ámbito de su competencia cumple de manera razonable con lo exigido en el Artículo 12; y,
2. Que, respecto a las ocasiones en que dicha información sea objeto del pronunciamiento de un experto en la materia, o se derive de dicho pronunciamiento, que tales personas carezcan de motivos, de acuerdo a las circunstancias, para considerar que el referido pronunciamiento contraviene lo establecido en el Artículo 12 antes mencionado y/o que dicha información se encuentra en discordancia con lo expresado en el pronunciamiento.
El experto de que trata el presente inciso deberá haber prestado su consentimiento a que se señale que ha intervenido en la elaboración de la parte correspondiente del prospecto o efectuado el pronunciamiento en base al cual aquella parte fue elaborada, pudiendo ser dicha persona interna o externa al emisor.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior las personas a que se refieren los incisos b), d) y e) referidos deberán haber actuado de acuerdo a lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso mercantil, con el cuidado puesto en la administración del negocio propio.

Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el referido Artículo 60 de la Ley, no se podrá oponer a los inversionistas hechos o derechos derivados de auditorías y de documentos no incluidos en el prospecto informativo en contravención de lo dispuesto en el Artículo 56 de dicho cuerpo legal, el presente Reglamento y las normas complementarias correspondientes.

Los demás aspectos atinentes a la responsabilidad frente a los inversionistas por los daños causados a éstos como consecuencia de una falta de revelación adecuada de información en los términos del Artículo 2, incluyendo la de los expertos a que se refiere el presente Artículo, se rigen por las disposiciones del derecho común, atendiendo a la naturaleza de dicha responsabilidad y a las normas que rijan la actividad de la persona que corresponda”.

pretendiendo, entre otras cosas, que las entidades estructuradoras puedan eximir su responsabilidad sobre la base de investigaciones u opiniones de expertos.

Sin embargo, dado que la intención de CONASEV estaba contenida en una norma de rango inferior (una Resolución de CONASEV) que se contraponía a lo expresamente dispuesto por el texto original del artículo 60 de la LMV –norma con rango de ley–, consideramos que lo dispuesto en el artículo 17 calificaría como ilegal –pese a compartir su idea y objetivo–, al contravenir expresamente lo dispuesto en una norma con rango de ley.

Dada la ilegalidad comentada del artículo 17 del ROPP durante esta segunda etapa –que va del 22 de octubre de 1998 al 23 de marzo de 2002–, creemos que un inversionista podría haber cuestionado válidamente la limitación de responsabilidad del estructurador y frente a un caso de *default* del emisor por inexactitudes u omisiones del prospecto, hallar responsable también al estructurador, sin que éste pueda exonerarse de responsabilidad por la existencia de informes de expertos.

3.3. Tercera etapa: sí posibilidad de limitación de responsabilidad del estructurador (del 24 de marzo de 2002 a la fecha)

El 23 de enero de 2002 se publicó la Ley 27649, que modificó el texto del artículo 60 de la LMV, entrando en vigencia la modificación desde el 24 de marzo de 2002.

El nuevo texto del artículo 60¹⁵ de la LMV elimina la prohibición que tenía la entidad estructuradora y los funcionarios del emisor (de administración, finanzas, contable y legal) de eximirse de responsabilidad por la información contenida en auditorías u otros documentos que debían figurar en el prospecto.

Este cambio del artículo 60 de la LMV –vigente a partir del 24 de marzo de 2002–, dota de legalidad la limitación de responsabilidad del artículo 17 del ROPP, pudiendo, entonces, el estructurador válidamente eximirse de responsabilidad amparado en investigaciones u opiniones de expertos, entre ellas las legales y contables, dentro del contexto de una oferta pública de valores.

IV. EL DUE DILIGENCE DEFENSE EN EL DERECHO AMERICANO

El caso americano principal que desarrolla el tema de la responsabilidad civil en las ofertas públicas

primarias de valores al amparo de la Sección 11(a) del Securities Exchange Act de 1933 es el caso *Escott v. BarChris Construction Co.*¹⁶. En este caso, los demandantes cuestionaron la veracidad de las cifras de los estados financieros contenidas en el prospecto informativo así como otra información material incorrecta u omitida. Así, la corte norteamericana distinguió la responsabilidad entre la administración de la sociedad emisora (los denominados *corporate insiders*) y las personas no vinculadas a la administración del emisor (*outsiders*). Dentro de estos últimos distinguió a aquellas personas que tienen un *expertise* particular, los denominados “expertos”, o los que están de alguna manera involucrados con la distribución de los valores y las otras personas no vinculadas a la administración del emisor. En este caso el análisis de la responsabilidad fue hecho sobre la base de lo que en la realidad podía esperarse de cada demandado. En esta resolución judicial se estableció que los funcionarios pertenecientes a la administración del emisor están sujetos a un mayor grado de responsabilidad que aquellos participantes periféricos. Estos últimos están sometidos a un escrutinio más favorable, aunque siguen teniendo la obligación de investigar de manera adecuada¹⁷.

Al comparar esta Sección 11(a) con los artículos 60 y 56 d) de la LMV, vemos que en el Perú la responsabilidad recae sobre el emisor, el principal funcionario administrativo, legal, contable y de finanzas del emisor, la entidad estructuradora o su representante, mientras que en los Estados Unidos de América el estructurador no necesariamente es responsable por la documentación que se presente con la solicitud de inscripción de los valores ante el Registro. Será sólo responsable en la medida que firme tal solicitud de inscripción, no estando obligado necesariamente a firmarla.

Esta diferencia es básica pues al existir responsabilidad para el estructurador será de suma importancia analizar si existen formas de cómo liberarse de tal responsabilidad, con el fin de evitar costos excesivos para las ofertas públicas en el Perú. Así, si no existiesen mecanismos para limitar la responsabilidad del estructurador, éste se vería en la necesidad de cobrar mayores honorarios por sus servicios como forma de compensar el riesgo asumido o, en todo caso, preferir no participar en una determinada oferta.

Juan Luis Hernández Gazzo
Gianina Gotuzzo Oliva

¹⁵ “Artículo 60.- Son solidariamente responsables con el emisor u ofertante, frente a los inversionistas, las personas a que se refiere el inciso d) del artículo 56, por las inexactitudes u omisiones del prospecto respecto al ámbito de su competencia profesional y/o funcional”.

¹⁶ 283 F. Supp. 643 (S.D.N.Y. 1968).

¹⁷ COX, James; Robert HILLMAN y Donald LANGEVOORT. “Securities Regulations. Cases and Materials”. Aspen Law & Business. p. 606.

En el caso americano, específicamente la Sección 11(b)(3)¹⁸ de la Securities Exchange Act, recoge la idea de que salvo por el emisor, las personas bajo la Sección 11(a) de la Securities Act de 1933 pueden liberarse de responsabilidad si prueban que su actuar fue diligente y que hicieron una adecuada investigación y que no tuvieron causas razonables para dudar que la información contenida en los documentos de inscripción de los valores fuera falsa o engañosa. Esto es lo que se denomina el *due diligence defense*.

Según Scott, cuando se demanda a una parte, distinta del emisor, bajo la Sección 11 la única defensa es el *due diligence defense* previsto en la Sección 11(b) de la Securities Act de 1933. Esta defensa es posible para las personas listadas en la sección 11(a) con excepción del emisor, quien no tiene defensa por las omisiones o la información incorrecta que se consigne en los documentos de inscripción del valor. La base conceptual de esta defensa se encuentra en la teoría de la responsabilidad por negligencia y le da al demandado la posibilidad de evadir la responsabilidad si prueba que, dadas las circunstancias, actuó de manera razonable bajo las circunstancias del caso y que por tanto creía que luego de una razonable investigación, los documentos de inscripción eran veraces y completos. Scott afirma que la razonabilidad es aquella requerida a un hombre prudente en el manejo de su propio negocio, sin embargo señala que dada la existencia de personas distintas que manejan sus negocios de manera diferente lo razonable para uno puede ser irracional para otro¹⁹, por lo que las cortes norteamericanas analizan el tema de la limitación de responsabilidad según las circunstancias del caso concreto. Adicionalmente, Candida²⁰ señala que las

cortes norteamericanas han interpretado este mecanismo de defensa requiriendo un razonable cuestionamiento e investigación respecto de las afirmaciones hechas por los emisores.

En el Perú es posible que el estructurador se exima de responsabilidad que le impone el artículo 60 de la LMV, a través de lo establecido en el artículo 17 del ROPP. A continuación analizamos los mecanismos como el estructurador puede liberarse de esta responsabilidad y qué es lo que tiene que hacer para ello.

V. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTRUCTURADOR EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA

Tal como hemos analizado en el punto III anterior, de acuerdo con la normativa actual es posible que el estructurador pueda eximirse de responsabilidad por las omisiones o inexactitudes contenidas en el prospecto sobre la base de lo prescrito por el artículo 17 del ROPP.

5.1. Cuestiones previas

Antes de pasar a analizar bajo qué condiciones es posible que el estructurador pueda limitar su responsabilidad en una oferta pública de valores, creemos importante destacar la finalidad del ROPP. Así, su objetivo está descrito en su artículo 2²¹ al establecer que la protección a los inversionistas se consigue por medio de la revelación, en forma veraz, suficiente, oportuna y clara, de toda aquella información que sea relevante a efectos de entender las implicancias positivas y negativas de las operaciones ofertadas,

¹⁸ “§ 11 (b) Persons exempt from liability upon proof of issues

Notwithstanding the provisions of subsection (a) of this section no person, other than the issuer, shall be liable as provided therein who shall sustain the burden of proof— (...)

that (A) as regards any part of the registration statement not purporting to be made on the authority of an expert, and not purporting to be a copy of or extract from a report or valuation of an expert, and not purporting to be made on the authority of a public official document or statement, he had, after reasonable investigation, reasonable ground to believe and did believe, at the time such part of the registration statement became effective, that the statements therein were true and that there was no omission to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading; and (B) as regards any part of the registration statement purporting to be made upon his authority as an expert or purporting to be a copy of or extract from a report or valuation of himself as an expert, (i) he had, after reasonable investigation, reasonable ground to believe and did believe, at the time such part of the registration statement became effective, that the statements therein were true and that there was no omission to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, or (ii) such part of the registration statement did not fairly represent his statement as an expert or was not a fair copy of or extract from his report or valuation as an expert; and (C) as regards any part of the registration statement purporting to be made on the authority of an expert (other than himself) or purporting to be a copy of or extract from a report or valuation of an expert (other than himself), he had no reasonable ground to believe and did not believe, at the time such part of the registration statement became effective, that the statements therein were true or that there was an omission to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, or that such part of the registration statement did not fairly represent the statement of the expert or was not a fair copy of or extract from the report or valuation of the expert; and (D) as regards any part of the registration statement purporting to be a statement made by an official person or purporting to be a copy of or extract from a public official document, he had no reasonable ground to believe and did not believe, at the time such part of the registration statement became effective, that the statements therein were untrue, or that there was an omission to state a material fact required to be stated therein or necessary to make the statements therein not misleading, or that such part of the registration statement did not fairly represent the statement made by the official person or was not a fair copy of or extract from the public official document”.

¹⁹ SCOTT, Helen. “Resurrecting Indemnification: Contribution Clauses in Underwriting Agreements”. En: New York University Law Review 61. Mayo 1996. p. 223.

²⁰ CANDIDA, José. Op. cit., p. 565.

²¹ “Artículo 2.- Es finalidad del presente Reglamento la tutela de los inversionistas en el mercado público de valores mobiliarios a través de la revelación, en forma veraz, suficiente, oportuna y clara, de toda aquella información que sea relevante a efectos de entender las implicancias positivas y negativas de las transacciones que les sean propuestas, con la finalidad de que se encuentren en condiciones de adoptar decisiones libres e informadas respecto de las mismas, y que dicha revelación se efectúe del modo más eficiente (...)”.

apuntando a que se encuentren en condiciones de adoptar decisiones libres e informadas.

De otro lado, el artículo 12 del ROPP establece los requisitos para el trámite de inscripción del prospecto informativo, señalando la obligación del emisor de presentar la información exigida por CONASEV, así como toda documentación e información que permita alcanzar una revelación de información de la manera descrita en el artículo 2 del ROPP, es decir, que la información sea veraz, suficiente, oportuna y clara, que permita a los inversionistas entender las implicancias de la transacción, de forma tal que pueda adoptar una decisión eficiente sobre si invertir o no en un determinado valor.

5.2. Mecanismos para limitar responsabilidad del estructurador

El artículo 17 del ROPP regula de manera específica el régimen de responsabilidad del estructurador y sus formas para limitarlo en el contexto de una oferta pública de valores.

En efecto, el citado artículo 17 del ROPP al igual que el artículo 60 de la LMV, establecen una responsabilidad solidaria del emisor, funcionario del emisor, ofertante, funcionario del ofertante y la entidad estructuradora por el incumplimiento de la obligación de revelación de información conforme al artículo 12 del ROPP. En el caso específico de la entidad estructuradora esta responsabilidad alcanza el ámbito de su competencia, el mismo que abarca la totalidad del contenido del prospecto, incluyendo la información contenida por referencia o contenida en el prospecto marco.

Empero, y a diferencia de lo que sucede con el emisor de los valores –que no podrá en ningún supuesto limitar su responsabilidad por el contenido del prospecto–, el estructurador sí podría eximirse de la responsabilidad que tiene por las inexactitudes u omisiones contenidas en el prospecto y en la información contenida por referencia en el prospecto, siempre que se cumplan ciertas condiciones prescritas en el propio artículo 17.

Los mecanismos por los cuales el estructurador puede limitar su responsabilidad, originada por un problema de revelación de información en el contexto de una oferta pública de valores, son los siguientes:

a) Adecuada investigación

Conforme con el inciso 1 del artículo 17 del ROPP, el estructurador está en capacidad de eximirse de responsabilidad ante el reclamo o demanda de algún inversionista por la falta de exactitud u omisiones

contenidas en el prospecto, siempre que pueda demostrar que efectuó de modo diligente una investigación apropiada (el mencionado *due diligence defense*) para el tipo de emisión que se trate, lo que le permitió considerar que la información revelada cumple lo prescrito en el artículo 12 del ROPP (información veraz, suficiente, oportuna y clara).

¿Qué es una investigación adecuada? Si bien no existe una definición legal de “investigación adecuada”, el propio artículo 17 establece un estándar de actuación para el estructurador, señalando que éste debe actuar: (i) de manera prudente, (ii) de la forma más conforme con los usos mercantiles, y (iii) con el cuidado puesto en la administración del propio negocio. Por ende, consideramos que estos estándares de actuación general deben regir la investigación adecuada del estructurador.

De este modo, para efectos de hacer una investigación adecuada se deberá tomar en consideración las características del emisor, el tamaño y condiciones de la emisión, entre otros elementos. Así, por ejemplo, creemos que el estructurador estará obligado a hacer una mayor investigación tratándose de emisores que realizan una oferta pública por primera vez de aquellos que tienen colocados en el mercado distintos programas de emisión de valores, por cuanto el mercado ya conoce la información propia de este último emisor que está constantemente obligado a informar sus hechos de importancia.

Por otro lado, la investigación realizada por el estructurador tiene que llevarlo a la conclusión que la información que se coloque en el prospecto o en los documentos que en él se refieran es toda la información relevante que necesita el inversionista para entender las implicancias positivas y negativas de la operación a fin de tomar decisiones libres e informadas acerca de la misma, tomando especialmente en cuenta que esa información debe ser veraz, suficiente, oportuna y clara. Para ello será importante que el prospecto informativo contenga de manera explícita las principales conclusiones de esta investigación.

En síntesis, en caso el estructurador haya realizado una investigación cumpliendo con lo señalado en los párrafos anteriores, tendrá una vía para eximirse de responsabilidad frente a los inversionistas.

b) Pronunciamiento de un experto

Según el inciso 2 del artículo 17 del ROPP, el estructurador también puede eximirse de responsabilidad por las inexactitudes u omisiones del prospecto o de los documentos ahí referidos cuando la información que contiene el prospecto o los

documentos a que se refiere el mismo han sido objeto del pronunciamiento de un experto en la materia o se derive de dicho pronunciamiento.

Para estos efectos, el estructurador, de acuerdo con las circunstancias, no debe tener motivos para:

- (i) Considerar que el pronunciamiento del experto vulnera lo dispuesto en el artículo 12 del ROPP, es decir, que la información no sea la exigida por este artículo o que no cumpla con el propósito de ser veraz, suficiente, oportuna y clara según los términos del artículo 2 del ROPP; y,
- (ii) Considerar que la información contenida en el prospecto y/o en los documentos ahí referidos no está de acuerdo con lo expresado en el pronunciamiento del experto.

Adicionalmente, el experto deberá haber prestado su consentimiento a que se señale que ha intervenido en la elaboración de la parte correspondiente del prospecto o efectuado el pronunciamiento sobre la base del cual aquella parte fue elaborada, según lo estipula el artículo 17 del ROPP.

Por otro lado, tal como lo hemos detallado en el punto anterior y conforme a lo dispuesto por el citado artículo 17, el actuar del estructurador debe ser prudente, conforme con los usos mercantiles y con el cuidado utilizado para su propio negocio.

Es decir, si por ejemplo, el estructurador solicita a los auditores externos del emisor los estados financieros auditados de los últimos dos ejercicios y los incorpora en el prospecto informativo conforme al artículo 56 inciso e) de la LMV, y resulta que la información contenida en los estados financieros auditados resulta ser incorrecta u omite información relevante, en caso el estructurador sea demandado por alguno de los inversionistas, dada su responsabilidad por el contenido del prospecto, conforme a lo dispuesto por el artículo 17 inciso 2, el estructurador podrá eximirse de responsabilidad siempre que no tenga motivos para considerar que tal información financiera vulneraba lo dispuesto por el artículo 12 y 2 del ROPP o si consideraba esta

información contradictoria con la demás información proporcionada por los mismos auditores externos²².

Para estos casos, ¿cómo podría el estructurador demostrar que no consideraba que el pronunciamiento del experto contravenía lo dispuesto por el artículo 12 y 2 del ROPP? ¿Cómo demuestra el estructurador que consideró que la información era acorde con el pronunciamiento del experto? A continuación algunos de los mecanismos de protección para el estructurador:

- (i) Contratando los servicios de un experto serio, de reconocida reputación en el mercado, que lo destaquen como conocedor del tema sobre el cual opinará.

De esta manera, el estructurador habría cumplido con el requisito de haber sido prudente, pues sólo una empresa prudente contrata a un experto de reconocido prestigio en el mercado; además de haber actuado según lo más adecuado de acuerdo con los usos mercantiles y se podría afirmar que en la propia conducción del negocio del estructurador, éste habría contratado a este experto para tal pronunciamiento.

- (ii) Contando con una declaración del experto, mediante la cual manifieste expresamente que la información revisada sobre la cual basa su opinión es, según su conocimiento de experto, una información veraz, suficiente, oportuna y clara según los términos establecidos en el artículo 2 del ROPP, sea por constatación propia o porque así se lo ha declarado por escrito la persona que le proporciona tal información.

En el caso específico de los expertos que suscriben el prospecto informativo –como son los auditores externos o los asesores legales externos, entre otros, de ser el caso– esa declaración de experto tendría que estar presente siempre en el prospecto informativo, según lo exigido por las Normas Comunes para la Determinación del Contenido de los Documentos Informativos, aprobadas mediante Resolución Gerencia General 211-98-EF/94.11. Esta

²² Otro ejemplo es el del estructurador que contrata a un estudio de abogados para que éste realice una auditoría legal (*due diligence* legal) a fin de determinar las principales contingencias legales del emisor de los valores a emitir. Asumamos que el estudio de abogados reporta la existencia de un solo proceso en trámite donde el emisor figura como demandado y además señala que este proceso no representa mayor contingencia para el emisor por el monto involucrado, incluyéndose todo ello en el prospecto informativo. En caso resulte que el proceso era por una suma sustancialmente mayor a la informada por el estudio de abogados o si aparece algún otro proceso contra el emisor no reportado por el estudio que lo afecta patrimonialmente, los inversionistas que, confiados en la información contenida en el prospecto informativo, adquirieron los valores en la oferta pública primaria podrían demandar no sólo al emisor sino también al estructurador. Sin embargo, en este caso el estructurador podría liberarse de responsabilidad al amparo del artículo 17 inciso 2 del ROPP, si demuestra que no tenía motivos para considerar que la auditoría legal y las conclusiones incluidas en el prospecto derivadas de tal auditoría vulneraban lo dispuesto en los artículos 2 y 12 del ROPP, ni consideraba esta información como contradictoria a la demás información proporcionada por el estudio de abogados.

norma exige en el punto (1120) que la cara interior del prospecto informativo debe contener la siguiente declaración de responsabilidad en negritas:

“Los firmantes declaran haber realizado una investigación, dentro del ámbito de su competencia y en el modo que resulta apropiado de acuerdo a las circunstancias, que los lleva a considerar que la información proporcionada por el emisor, o en su caso incorporada por referencia, cumple de manera razonable con lo exigido en las normas vigentes, es decir, que es revelada en forma veraz, suficiente, oportuna y clara; y, con respecto a las ocasiones en que dicha información es objeto del pronunciamiento de un experto en la materia, o se deriva de dicho pronunciamiento, que carecen de motivos para considerar que el referido pronunciamiento contraviene las exigencias mencionadas anteriormente, o que dicha información se encuentra en discordia con lo aquí expresado...”.

Así, para el caso de los expertos suscriptores del prospecto, la existencia de esta declaración sirve como mecanismo de liberación de responsabilidad del estructurador, en el ejemplo, en materias tales como la contable o la legal. Cabe resaltar que muchas veces los estudios de abogados y los auditores generan declaraciones o documentos adicionales para precisar su labor y, por ende, su responsabilidad²³.

Tratándose de expertos que no vayan a suscribir el prospecto informativo –como podría ser el caso de un experto ambiental o minero– es aconsejable, con el fin de liberar de responsabilidad al estructurador por la revelación de información generada por este experto o sobre la base del trabajo de este experto, que se le haga suscribir una declaración especial, conteniendo los requisitos centrales de los incisos 1 y 2 del artículo 17 del ROPP.

De esta manera, el estructurador no tendrá motivos para considerar que el pronunciamiento del experto, suscriptor o no del prospecto, vulnera lo dispuesto en el artículo 2 y 12 del ROPP, pues ha sido prudente en tomar las precauciones debidas para estos efectos.

Con estas declaraciones el estructurador está afirmando haber realizado una “investigación adecuada” que lo

lleva a creer que la información dada por el emisor es veraz, suficiente, oportuna y clara. Sin embargo, tal como hemos visto en el punto 5.2.a) anterior no sólo basta esta declaración sino haber efectuado verdaderamente una “investigación adecuada” según los criterios descritos en dicho punto.

Del mismo modo, en estas declaraciones se debe recoger lo expuesto en el literal b) precedente, en el sentido que a través de esta declaración el estructurador afirma que no tiene motivos para considerar que el pronunciamiento del experto no cumple con las normas vigentes y que la información o pronunciamiento dado no es suficiente, veraz, oportuno y claro, así como tampoco tiene motivos para considerar que dicho pronunciamiento colisiona con lo manifestado en el prospecto informativo.

Es importante destacar aquí el penúltimo párrafo del artículo 17 del ROPP, en el sentido de que el estructurador no podrá oponer a los inversionistas hechos o derechos que se deriven de auditorías o documentos no contenidos en el prospecto, por lo que el estructurador deberá incorporar al prospecto informativo las principales conclusiones y hechos contenidos en sus investigaciones, de modo tal, que si algún inversionista demanda por responsabilidad al estructurador éste pueda eximir su responsabilidad por las omisiones o inexactitudes contenidas en el prospecto informativo, por haber incorporado en el mismo los resultados de sus investigaciones llevadas a cabo de manera prudente, de la forma más conforme con los usos mercantiles y con el cuidado puesto en la administración del propio negocio.

VI. LA REGLA 10b-5 DEL DERECHO AMERICANO

En los Estados Unidos de América con el fin de liberar de responsabilidad por los efectos de la revelación de información sobre la base de opiniones de expertos, se suele requerir a los expertos (auditores o abogados, por ejemplo) una declaración bajo la regla 10b-5, dada al amparo del Securities Exchange Act de 1934, similar a la que citamos, en la parte pertinente, al pie de página²⁴. A continuación analizaremos rápidamente la conveniencia de utilizar una declaración similar a la citada en el Perú al amparo de las normas citadas de la LMV, con el fin de limitar la responsabilidad del estructurador.

Juan Luis Hernández Gazzo
Gianina Gotuzzo Oliva

²³ La declaración del experto, en caso sea un abogado o un estudio de abogados por tratarse de los aspectos legales de la emisión podrá ser dada a través de una opinión legal o declaración, la cual puede estar contenida en el informe de *due diligence* legal o en documento especial y distinto. En el caso de los auditores muchas veces se entregan las denominadas *comfort letter*.

²⁴ “Subject to the limitations set forth in the immediately preceding paragraph, we advise you that, on the basis of the information we gained in the course of performing the services referred to above, no facts came to our attention which gave us reason to believe that the Offering Memorandum (other than the financial statements and other financial or statistical data included therein or omitted therefrom, as to which we have not been requested to comment), as of its date or the date hereof, contained or contains an untrue statement of a material fact or omitted or omits to state a material fact necessary in order to make the statements therein, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading”.

La regla 10b-5²⁵, básicamente señala que es ilegal que una persona, directa o indirectamente:

- a) emplee cualquier mecanismo, esquema o artificio para defraudar;
- b) haga una declaración falsa de un hecho material u omita declarar un hecho material necesario para hacer las declaraciones efectuadas, a la luz de las circunstancias bajo las cuales fueron hechas; y,
- c) realice cualquier acto, práctica o negocio que opere u operaría como fraude o engaño a cualquier persona en relación con la compra o venta de valores mobiliarios.

Somos de la opinión que en el Perú no se requiere, bajo la legislación peruana y para efectos de liberar de responsabilidad al estructurador, una declaración del tipo 10b-5. Si bien una declaración en los términos de esta regla, tiene en común con el artículo 17 del ROPP la exigencia de que la información sea veraz y que no se omita información necesaria para que no sea engañosa o induzca a engaño, la regla 10b-5 va más allá.

Esta regla se refiere a la intencionalidad de defraudar o engañar, de utilizar artificios, mecanismos, prácticas que puedan defraudar o engañar a los inversionistas en la adquisición de valores mobiliarios, declaraciones éstas innecesarias para el contexto de liberación de responsabilidad, bajo la legislación peruana, planteado en este artículo.

En el Perú, no es necesario este pronunciamiento por lo siguiente:

- a) Mecanismo, esquema o artificio para defraudar

En el Perú no es necesario pronunciarse sobre si el experto tuvo o no la intención de defraudar o engañar, sino lo importante en nuestro país es que el estructurador carezca de motivos para considerar que el pronunciamiento contraviene el artículo 12 del ROPP y que, por tanto, carezca de motivos para creer que no se ha cumplido con los requisitos de inscripción y/o registro del prospecto y que no crea que falte información necesaria para alcanzar una revelación de información a los inversionistas de la forma establecida en el artículo 2 (es decir, una revelación de información de una manera veraz, suficiente, oportuna y clara de toda aquella información relevante que sea necesaria

para entender las implicancias positivas y negativas de las transacciones propuestas, con la finalidad que los inversionistas se encuentren en condiciones de adoptar decisiones libres e informadas respecto de las mismas).

- b) Declaración falsa de un hecho material u omitir una declaración de un hecho material

Como ya hemos visto, en el Perú el artículo 17 del ROPP exige para efectos de que el estructurador se libere de responsabilidad que éste carezca de motivos de acuerdo con las circunstancias para considerar que el pronunciamiento del experto contraviene lo establecido por el artículo 12, que a su vez requiere que la revelación de información sea de forma veraz, suficiente, oportuna y clara, tal como lo hemos mencionado en el punto anterior.

Por ello, es que este requisito contenido en la regla 10b-5 se cumple con las declaraciones comentadas, no siendo necesario un pronunciamiento tan amplio como el del 10b-5 para cumplir con lo dispuesto en la norma peruana que limite la responsabilidad del estructurador.

- c) Acto, práctica o negocio que opere u operaría como fraude o engaño a cualquier persona

Si bien en términos generales la propia LMV en su artículo 12 señala que está prohibido todo acto, omisión, práctica o conducta que atente contra la integridad o transparencia del mercado, de acuerdo con las normas citadas a lo largo de este artículo, no se requiere una declaración del experto en el sentido que declare que su actuar no constituye un fraude o acto de engaño para efectos de liberar de responsabilidad al estructurador por las omisiones o inexactitudes contenidas en el prospecto informativo.

En caso que el experto haya incurrido en un fraude o engaño le será aplicable las normas sobre responsabilidad civil por el pronunciamiento hecho así como las normas del mercado de valores por haber incumplido lo dispuesto en el artículo 12 de la LMV.

VII. CONCLUSIONES

1. Con la modificación introducida en el artículo 60 de la LMV, vigente desde marzo de 2002, legalmente se elimina la prohibición que tenía el

²⁵ "Rule 10b-5: Employment of Manipulative and Deceptive Devices.-

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange,

a) to employ any device, scheme, or artifice to defraud,

b) to make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading,

c) to engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security".

- estructurador de eximirse de responsabilidad por las inexactitudes u omisiones del prospecto informativo al amparo de investigaciones u opiniones de expertos.
2. El estructurador puede eximirse de responsabilidad por las inexactitudes u omisiones contenidas en el prospecto informativo siempre que pueda demostrar que hizo una investigación apropiada y de manera diligente para el tipo de emisión que se trate.
 3. Asimismo, el estructurador puede eximirse de responsabilidad por las inexactitudes u omisiones contenidas en el prospecto informativo cuando la información contenida en el prospecto o documentos a que se refiere el mismo hayan sido objeto del pronunciamiento de un experto.
 4. En el caso de expertos que suscriben el prospecto informativo la declaración del experto tendrá que estar presente en el prospecto.
 5. En el supuesto de expertos que no suscriben el prospecto es recomendable que suscriban una declaración especial.
 6. El estructurador debe incorporar al prospecto las principales conclusiones y hechos contenidos en sus investigaciones para poder oponerlas frente a los inversionistas en caso surja algún reclamo por parte de éstos.
 7. En el caso de opiniones de expertos, el estructurador debe carecer de motivos para considerar que (1) el pronunciamiento del experto contraviene el artículo 12 y, por ende, también el artículo 2 del ROPP (veracidad, oportunidad, suficiencia y claridad de la información); y (2) la información contenida en el prospecto se encuentra en discordancia con el pronunciamiento. Asimismo, éste debe haber actuado de forma prudente, de la forma más acorde con el uso mercantil y con el cuidado puesto en la administración de su propio negocio.
 8. Consideramos que bajo la legislación peruana no se requiere una declaración del tipo 10b-5 americana (Regla 10b-5 del Securities Exchange Act de 1934) por cuanto este tipo de declaración es más amplia, exigiendo que se haga además una declaración sobre la intencionalidad de no defraudar no exigida bajo la legislación peruana.

Juan Luis Hernández Gazzo
Gianina Gotuzzo Oliva

ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos J. Zelada* **

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde esa fecha el movimiento de derechos humanos se ha fortalecido cobrando mayor importancia y notoriedad. En el presente artículo el autor aborda uno de los temas que mayor discusión ha causado al interior del movimiento, ¿existen derechos humanos más importantes y urgentes que otros? ¿Cómo debemos entender el paradigma de indivisibilidad? ¿Es posible afirmar la existencia de un orden jerárquico? ¿Qué implica la existencia de un núcleo duro?

* Ex miembro de THEMIS. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Internacional en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** Este trabajo recoge algunas reflexiones de la disertación titulada "An Intangible Core of Human Rights? Exploring the Theory of a Hierarchical Order within Human Rights Norms", presentada por el autor en la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard bajo la supervisión del profesor Henry Steiner. El autor agradece de manera especial los comentarios de Arnulf Becker-Lorca, Pascale Fournier, Mugambi Kiai, David Kennedy, Ernest Lim, José Antonio Artíñano, Carlos Gouvea, Juliana Santos, Martín Serrano y Anisseh van Engeland, por los *tiempos* compartidos en torno a la viabilidad de este tema. Finalmente, el autor desea agradecer la valiosa colaboración Annette Demers, bibliotecaria de la Universidad de Harvard, a quien le debe cada segundo de la versión original de este trabajo. Por supuesto, todos los errores, imprecisiones y demás defectos de este ensayo son de entera responsabilidad del autor.

“All human rights are universal, indivisible, and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis”¹.

“Nous sommes en face d’une double exigence, l’une de cohérence, l’autre d’urgence pratique: d’une part les droits de l’homme doivent être perçus comme indivisibles pour tenir compte des diverses dimensions de la dignité humaine... cela signifie qu’une catégorie de droits ne peut pas être considérée comme prioritaire par rapport à une autre; d’autre part il faut reconnaître qu’il faut faire face à l’urgence: certains droits sont plus vitaux que d’autres, ou certains aspects d’un droit de l’homme sont fondamentaux alors que d’autres paraissent dérivés”².

I. INTRODUCCIÓN

La idea de categorías metafísicas para un orden sistema como el internacional que carece estructuralmente de una institucionalidad similar a la de los derechos internos –que dicho sea de paso, con frecuencia no resulta del todo eficiente– me parece, por decir lo menos, muy sugerente. La mayor parte de autores que han estudiado este tema está de acuerdo en que existe –o que debiera existir– “algo” que nos provea de un límite, un freno a los intereses de los actores del sistema, y que nos evoque la sensación de que ya no estamos ante la sociedad internacional de hace algunos años, que ésta ha evolucionado finalmente hacia una estructura de carácter diferenciado. El problema viene cuando intentamos justificar el por qué de esta nueva estructura y su coherencia con las demás piezas del rompecabezas de la comunidad internacional.

¿Existe un grupo de normas que por su jerarquía ocupa un lugar de privilegio en el derecho internacional? Si la respuesta a lo anterior es positiva, ¿cuáles son esas normas? ¿De dónde vienen? ¿Cuál es su fundamento? Orden público, *jus cogens*, moral internacional, normas inderogables, principios de humanidad, núcleo duro de los derechos humanos; todos son vocablos que encajan en esta categoría metafísica de normas que se entiende está más allá del deseo caprichoso de los estados y demás actores del sistema internacional. Y, ciertamente, el uso frecuente, vago e impreciso de algunas de estas expresiones ha contribuido a deteriorar los intentos –algunos vanos– por entender de qué estamos hablando cuando utilizamos este tipo de lenguaje en el derecho internacional. Precisamente,

si hay algo que puede comprobarse luego de revisar algunos de los trabajos sobre el tema, es que son pocos los que con certeza saben hacia dónde vamos o de dónde venimos cuando hablamos de estos asuntos.

Ahora bien, ¿existe un grupo de derechos humanos que sea más importante que los otros? Durante muchos años, defensores así como teóricos de los derechos humanos han mostrado temor en afirmar la existencia de una división jerárquica dentro del canon de las normas de derechos humanos. El temor es bastante razonable, ello puede significar poner en peligro los dogmas del paradigma de los derechos humanos expresados en el principio de indivisibilidad tantas veces proclamado, primero en Teherán en 1968, luego en Viena en 1993, y reafirmado en distintos documentos bajo el auspicio de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, “ONU”). En efecto, las voces que con frecuencia han proclamado la existencia de una división jerárquica al interior de los derechos humanos se “silencian” al ser contrapuestas con este principio.

A través de este trabajo deseo observar un poco al interior de esta cuestión, pero desde el mundo mismo de los derechos humanos. Quiero advertir al lector que intentaré mirar el problema con cierto escepticismo. Yo creo en los derechos humanos, en su poder emancipador y en las ventajas que ofrece su ideología para la comunidad internacional y los estados individualmente considerados. Pero también creo que el mirar críticamente el problema que planteo requiere –aunque sea por un momento– desvincularme en alguna forma de algunas de mis subjetividades humanistas para así no dejarme decantar por el lenguaje que los derechos humanos ofrecen. Espero lograr al menos tal objetivo a través de estas líneas.

En las páginas siguientes, este ensayo explora la naturaleza de esta controversia y sus orígenes, incluyendo algunos de los dilemas que plantea para los defensores de los derechos humanos –algunos menos entusiastas que otros en cuanto a las consecuencias prácticas de este concepto para el movimiento de derechos humanos. Este trabajo también, de alguna forma, evoca el marco general que genera esta discusión, esto es, el dilema sobre la existencia de un orden jerárquico dentro del derecho internacional. Animo entonces al lector a mirar todo esto más allá de los anteojos –muchas veces de distorsión– del derecho y del movimiento de derechos humanos.

¹ 1993 World Conference on Human Rights. “Vienna Declaration and programme of action on human rights”. § I par. 5, reproducido en: “Human rights in international law, collected texts”. Council of Europe Publishing. 2000. p. 201.

² MEYER-BISCH, Patrice (editor). “Le noyau intangible des droit del’homme 9”. 1991.

II. LAS DUDAS

De plano, la cuestión de la existencia de normas superiores dentro de los derechos humanos pareciera carecer de sentido. Total, como todos los derechos humanos son igual de importantes y urgentes, no cabe argumentar la existencia de un orden de prelación entre los mismos. La pregunta sin embargo retorna con frecuencia en algunos debates y conferencias: si los derechos humanos son lo que dicen ser, ¿acaso es que estos también tienen un lado oscuro, o por decir lo menos “débil” en su argumentación teórica? Al pretender abarcar tanto, los derechos humanos se tornan más sospechosos. En efecto, a mayores demandas, mayor responsabilidad. Con el paso del tiempo, los reclamos por una consistencia teórica en el marco de los derechos humanos se hacen intensos.

Como veremos en este ensayo, la idea de una división jerárquica dentro de los derechos humanos recoge una reacción a una visión ortodoxa del derecho internacional y del movimiento de los derechos humanos³. Tradicionalmente, el derecho internacional es concebido como un orden incólume de normas equivalentes y de enfoque concreto, de normas obligatorias para los estados y demás sujetos de derecho internacional. Dentro de esta visión, un sistema de normatividad gradual es considerado por algunos como un fenómeno patológico, un peligro potencial para “el futuro del derecho internacional como sistema normativo concebido para desarrollar determinadas funciones”⁴. Desafortunadamente, este peligro parece haber dejado de ser potencial. En los últimos años, el orden internacional parece ser parte de una transición normativa que viene transformando sus clásicas estructuras horizontales en complejas y variadas relaciones de naturaleza vertical. Para no desentonar, el movimiento de derechos humanos tampoco parece haber escapado a esta tendencia.

En cierto sentido, todos los derechos humanos pueden ser considerados de fundamental importancia. Sin embargo, el uso ambiguo de términos con connotación jerárquica dentro de la jurisprudencia y documentos internacionales crea varias dificultades para la interpretación y análisis de este tipo de normas. La

vigencia del paradigma de “indivisibilidad” se muestra dudosa al ser confrontada con un concepto de esta naturaleza. En los últimos años, muchas de las resoluciones y documentos de la ONU, así como decisiones de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”) y de otros tribunales regionales de derechos humanos han comenzado a hablar de “un número, quizás pequeño, de obligaciones internacionales, que por razón de la importancia de su temática para la comunidad internacional, son —a diferencia de otras— obligaciones en cuyo cumplimiento todos los estados tienen un interés jurídico”⁵.

No obstante ello, se ha señalado que una división de esta naturaleza al final legitimará la existencia de un grupo de derechos humanos “contingente”, “ordinario” o “soft”. Como resultado, se sostiene que los estados y otros actores del sistema dejarían de realizar sus mejores esfuerzos para “respetar y garantizar” aquellos derechos humanos de naturaleza inferior. El establecimiento de un orden jerárquico conlleva a la afirmación de la existencia de un grupo “ordinario” de derechos humanos: un subconjunto que responde a una especial importancia por su curiosa naturaleza. Estas normas, a menudo denominadas “superiores”, “básicas” o “fundamentales” han sido comúnmente referidas en la literatura reciente como el “núcleo duro” (*noyau intangible* o *intangible core*) de los derechos humanos.

Los defensores de una división jerárquica dentro de las normas internacionales, incluyendo las de derechos humanos, aseguran sin embargo que éste es un paso que garantiza “los intereses más fundamentales y supremos de la sociedad internacional”⁶, la expresión de “una convicción, aceptada por todos los sectores de la comunidad global, que toca el fondo de la conciencia de todas las naciones”⁷. Defendiendo específicamente la existencia de derechos humanos fundamentales como una categoría especial de normas, se ha señalado que estos derechos parecen gozar de un carácter “*supra* positivo”, siendo “válidas bajo toda circunstancia, no importando el tiempo o el lugar”⁸.

Los críticos de estas formulaciones han condenado tajantemente la viabilidad de este concepto

³ A los propósitos de este ensayo, el movimiento de derechos humanos se refiere al conjunto de normas, procesos e instituciones cuyo antecedente más inmediato se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, “DUDH”) de 1948.

⁴ WEIL, Prosper. “Towards relativity in international law?” En: American Journal of International Law 77. 1983. p. 413.

⁵ Yearbook of the International Law Commission 2. 1976. p. 99 (parte 2), UN Doc. A/CN.4/SER.A/1976 Add.1 (pt.2).

⁶ CHRISTENSON, Gordon. “Jus cogens: guarding interests fundamental to international society”. En: Virginia Journal of International Law 28. 1988. p. 587.

⁷ SCHEUNER, Ulrich. “Conflict of treaty provisions with a peremptory norm of general international law and its consequences”. 27 Zeitschrift Fur Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht. En: Heidelberg Journal of International Law. 1967. p. 524.

⁸ VAN BOVEN, Theodoor C. “Distinguishing criteria of human rights”. En: Karel Vasak (editor). The international dimensions of human rights 1. UNESCO. 1982. p.48. Bajo esta perspectiva, los primeros intentos para identificar el contenido de este tipo de normas se encuentran relacionados con la afirmación de la existencia de normas de *jus cogens*, de obligaciones *erga omnes* así como de cláusulas no derogables bajo los convenios de derechos humanos.

calificándolo como peligroso para el ideal de los derechos humanos: “la tentative d’identifier un noyau intangible aurait pour conséquence de saper la crédibilité du travail déjà accompli en vue d’établir des normes internationales en matière de droits de l’homme ainsi que des mécanismes de contrôle de leur mise en œuvre”⁹. ¿Pero qué implica la utilización de un lenguaje de naturaleza vertical? ¿Qué tipo de consecuencias trae para el movimiento de derechos humanos la existencia de un orden jerárquico dentro de estas normas? ¿Y cuáles son las “calificaciones” que un derecho humano debe tener para ser considerado como parte del núcleo duro? ¿Acaso la comunidad internacional ha colocado estas normas por encima de los “otros” derechos humanos? No ha existido una respuesta definitiva para alguna de estas posturas desde una perspectiva teórica. Si bien existen trabajos que se han enfocado en la explicación de ciertos aspectos del núcleo duro (básicamente en la identificación de su contenido) resulta más difícil encontrar estudios que analicen con profundidad la naturaleza y coherencia del concepto así como sus consecuencias para el movimiento de los derechos humanos. En cierta forma, este esfuerzo intenta colaborar en el llenado de este vacío.

Mi argumento es que la controversia sobre el núcleo duro de los derechos humanos es una manifestación del clásico problema del derecho internacional: el manejo adecuado de las relaciones entre los intereses de los actores del sistema y las demandas de un incipiente sistema de normas en el plano internacional. Como Kennedy observa, “las cosas podrían ser simplemente mejores si hubiese más “derecho” entre los estados... ello prueba la urgencia y el drama de la tarea, el reorientar la gobernabilidad del sistema de manera que el desierto de la política resurja con las flores del derecho, la razón y el orden... No importando lo difícil del proyecto, los especialistas del derecho internacional comparten esta orientación hacia un pasado de estados soberanos y a un futuro con el derecho internacional”¹⁰.

Muchos de los recientes volúmenes producidos sobre los derechos humanos, especialmente a partir de 1990, dedican varias de sus páginas a discutir si es que se ha producido una división jerárquica al interior de los derechos humanos, en especial para señalar si algunos de los derechos humanos han alcanzado el rango de normas de *jus cogens*. El clásico y controversial ensayo

de Theodor Meron titulado “On a Hierarchy of International Human Rights” dedica la mayor parte de sus páginas a este problema, señalando los desafíos que un orden de esta naturaleza presenta para el ideal de los derechos humanos¹¹. Desde una perspectiva más práctica, es un hecho que desde el surgimiento del movimiento de derechos humanos –en sus diversas facetas– el tema del núcleo duro se ha venido convirtiendo en uno de vital importancia para la práctica estatal, para la jurisprudencia internacional y como luego veremos, para el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

A pesar de la importancia del concepto, teórica y prácticamente, el núcleo duro permanece, en gran medida, como un concepto sumamente misterioso. Nos presenta variadas perspectivas en la medida que intenta identificar criterios para conocer qué derechos humanos pertenecen a este orden superior (en la ausencia de ejemplos claros por parte de la jurisprudencia internacional) y sobre todo entender qué tipo de consecuencias se generan en caso de su violación. No todos estos aspectos serán cubiertos aquí. Aunque este trabajo es acerca del núcleo de derechos humanos como tal, no intentaré proveer de una lista oficial de los mismos (asumiendo que tal esfuerzo sea viable), al contrario, el estudio discute algunos criterios que nos permitirían ponderar sus implicaciones para el movimiento de derechos humanos intentando dibujar posibles caminos para llegar –de ser posible– a una adecuada conceptualización del núcleo duro. Por ello, he realizado un esfuerzo deliberado por enfocar el tema desde la práctica estatal, la jurisprudencia internacional y el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos. Nuestras divagaciones teóricas se presentarán cuando lo que estas fuentes nos presenten sea ambiguo. Este trabajo además restringe su enfoque además a aquellos corolarios del núcleo duro que sean relevantes para nuestro enfoque, por ello dejaré de lado algunos temas que, aunque controversiales para la literatura de derechos humanos, son y serán por largo tiempo muy atractivos pero no relevantes para este estudio¹². Por ello, el núcleo duro será examinado aquí como un tópico de estudio válido, pero en sus propios méritos.

III. ANTECEDENTES Y CONTEXTO ACTUAL

El término “núcleo duro” de los derechos humanos apareció oficialmente en el escenario internacional durante la década de los años ochenta y fue

⁹ SAMSON, Klaus. “Le noyau intangible des droit de l’homme: notion utile ou illusion simpliste?”. En: Patrice Meyer-Bisch (editor). *Le noyau intangible des droit de l’homme*. 1991. p. 46.

¹⁰ KENNEDY, David. “When renewal repeats: thinking against the box”. En: *New York University Journal of International Law and Politics* 32. 2000. p. 347.

¹¹ MERON, Theodor. “On a hierarchy of international human rights”. En: *American Journal of International Law* 80. 1986. pp. 1-23.

¹² Por ejemplo, la discusión en torno a la universalidad y fundamentos filosóficos de los derechos humanos.

desarrollado por los estudiosos de entonces como evidencia de aquellos “fundamentos morales de la comunidad internacional” reflejados en el ideal de derechos humanos así como la expresión de un “catálogo mínimo de derechos humanos fundamentales o elementales” presentes en las distintas culturas del globo¹³. Sin embargo, como veremos posteriormente, la idea de un núcleo duro para los derechos humanos ha venido adoptando diferentes rostros a través de los años precedentes y posteriores. Sin duda alguna, la más publicitada de estas facetas se dio en el contexto del desafío al carácter universal de los derechos humanos, interrogante que ha sido fuente de debate en el movimiento de derechos humanos desde sus inicios.

Importantes desarrollos normativos han ocurrido en los años precedentes a la aparición de una noción “oficial” del núcleo duro de los derechos humanos. Existen algunos momentos clave que me gustaría referir, y en los que se ha reflejado la idea de un núcleo duro para los derechos humanos. Me refiero a la afirmación de la presencia de las normas de *jus cogens* y, de las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional público, la formulación de las cláusulas de no derogación en los tratados de derechos humanos, la redacción del “famoso” artículo 19 del proyecto de responsabilidad internacional propuesta por Roberto Ago (que distinguía entre crímenes y delitos internacionales), así como la afirmación de la responsabilidad penal del individuo en el derecho internacional. Estos antecedentes nos ofrecen importantes ejemplos de categorías articuladas para desarrollar una estructura de normatividad superior dentro del orden internacional. No me detendré a analizar estas categorías, pero quisiera destacar que algunas de estas cuestiones serán puntualizadas en cuanto a algunas de estas nociones, en especial las normas de *jus cogens* y las cláusulas de no derogación en los tratados de derechos humanos.

A. Ubicando el núcleo duro: contradicciones

En cierta forma, el mensaje que los derechos humanos nos transmiten parece simplemente irresistible. A menos de sesenta años de la adopción de la DUDH, los derechos humanos se han convertido en “el mayor dogma de fe de una cultura secular que teme creer en algo más... la *lingua franca* del pensamiento moral global”¹⁴.

De manera particular, en los últimos años hemos sido testigos de una serie de eventos sin precedentes que han marcado interesantes desarrollos para los derechos humanos. Entre estos podemos mencionar el nacimiento y entrada en vigor de la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI”), el proceso en contra de Milosevic en el Tribunal Especial para la Ex Yugoslavia, la intervención de la OTAN en Kosovo, la solicitud de extradición en contra de Pinochet, así como el reciente florecimiento de los mecanismos de justicia transicional en Sudáfrica y Perú. Al comparar el rápido devenir de estos acontecimientos con el ritmo habitual de los procesos de cambio en el orden internacional, los eventos antes mencionados parecen haber ocurrido casi simultáneamente. En efecto, la cronología de estos eventos no es para nada casual. Por un lado, estos eventos recientes han venido a revelar el rol crucial del movimiento de derechos humanos –para bien y para mal– en el orden internacional. De otro lado, sin embargo, estos acontecimientos muestran que estos se han suscitado con un claro enfoque en un pequeño grupo de derechos humanos. ¿Acaso los derechos humanos no debieran cubrir un espectro más amplio? Cuestionamientos de esta naturaleza fueron lanzados por vez primera durante las décadas del sesenta y setenta, precisamente al estudiar las relaciones entre las denominadas primera y segunda generaciones de derechos humanos. A pesar de la importancia teórica y práctica de la cuestión, el asunto de una presunta división jerárquica entre los derechos humanos ha sido un problema “que tout un courant doctrinal esquive par principe”¹⁵.

Las razones para este silencio pueden encontrarse en el desgano de muchos activistas de derechos humanos por discutir estos asuntos. Tal como Ignatieff señala “el silencio pragmático en las preguntas decisivas hace más sencillo que una cultura global de derechos humanos emerja”¹⁶. Ciertamente, estos son los tipos de preguntas que hacen que ciertos activistas pierdan los estribos.

Considero que la cuestión de un ordenamiento jerárquico dentro de los derechos humanos –y sus distintas facetas– puede caracterizarse a través de tres tendencias en constante tensión dentro del movimiento de derechos humanos: (a) indivisibilidad, (b) selectividad y (c) ambigüedad. Precisamente, a través de estos elementos intentaré exponer el escenario de este asunto.

¹³ VAN BOVEN. Op. cit., p. 46.

¹⁴ IGNATIEFF, Michael. “Human Rights as Politics and Idolatry”. 2001. p. 53.

¹⁵ SUDRE, Frédéric. “Droit International et Européen des Droit de l’Homme”. Quinta edición. 2001. p. 170.

¹⁶ IGNATIEFF. Op. cit., p. 78.

(a) Indivisibilidad

En cierto sentido, la pregunta acerca de un orden jerárquico dentro de los derechos humanos parece haberse clarificado de modo definitivo luego de la proclamación oficial de la doctrina de la indivisibilidad de los derechos humanos por la ONU. Sin embargo, muchos intelectuales no se mostraron demasiado convencidos con este esquema. De modo paralelo se continuaron produciendo una serie de documentos y resoluciones en la misma ONU que reflejaban el claro uso de un lenguaje jerárquico. En efecto, muchos estudiosos consideraron que las referencias contradictorias en estos documentos reflejaban una “*duplicité du discours onusien*”¹⁷.

Un intenso debate teórico continuó en los años siguientes. La DUDH y ambos preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, “PIDCP”) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “PIDESC”) contienen referencias que evocan un ideal de “unidad” entre la primera y segunda generaciones de derechos humanos¹⁸. Tal como Steiner y Alston observan, el principio de indivisibilidad expresa “el intento de la comunidad internacional para resolver en el contexto de las discusiones en torno a los derechos humanos el interminable debate acerca de la relación entre libertad e igualdad. Pero ello no ha impedido la aparición regular de reclamos que señalan que un grupo de derechos deba ser puesto en prioridad”¹⁹.

Un serio intento de reconciliación ocurrió unos veinte años después de la adopción de la DUDH, en la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos. La Declaración de Teherán de 1968²⁰ proclamaba solemnemente que:

“Since human rights and fundamental freedoms are indivisible, the full realization of civil and political rights without the enjoyment of economic, social and cultural rights is impossible. The achievement of lasting progress in the implementation of human rights is dependant upon sound and effective national

and international policies of economic and social development.”

(b) Selectividad

Desde otra perspectiva resulta claro también que no todas las normas del paquete de derechos humanos han sido promovidas con igual fuerza. Por el contrario, los actores internacionales han establecido prioridades y preferencias para la selectiva implementación y realización de ciertos derechos humanos. Podemos ilustrar esta tendencia volviendo sobre algunos de los ejemplos mencionados al inicio de esta sección²¹.

El Estatuto de Roma²² que crea la CPI ha limitado su campo de acción para actos de genocidio, agresión²³, crímenes contra la humanidad y un número limitado de crímenes de guerra. Para este caso, las delegaciones estatales decidieron mantener exclusiva jurisdicción penal sobre un amplio rango de las violaciones especificadas en los convenios en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario así como en la costumbre internacional. Como resultado, solamente algunas particulares violaciones a los derechos humanos han sido consideradas como parte de la jurisdicción penal de la CPI. Del mismo modo, esta tendencia fue manifiesta cuando España intentó ejercer jurisdicción universal al requerir de Gran Bretaña la extradición de Pinochet por actos de tortura, aún cuando existían muchas otras violaciones de derechos humanos vinculadas a su régimen²⁴. Bajo esta misma perspectiva, la postura de la OTAN con relación a la crisis humanitaria en Kosovo estuvo basada en los continuos asesinatos masivos y la política de limpieza étnica practicados por Serbia. Ciertamente, la OTAN no hubiera intentado justificar su intervención militar en Kosovo invocando la protección de derechos vinculados a la educación, la salud o la cultura, aun cuando estos derechos también eran violados bajo el régimen serbio.

El mismo fenómeno ocurre al observar las preocupaciones de las más importantes

¹⁷ SUDRE. Op. cit., p. 172.

¹⁸ El preámbulo del PIDCP reconoce lo siguiente: “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”. En el mismo sentido, el preámbulo del PIDESC señala que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

¹⁹ STEINER, Henry J. y Philip ALSTON. “International human rights in context: law, politics, morals”. Segunda edición. 2000. p. 268.

²⁰ Disponible en http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/b_tehern.htm

²¹ Algunos de estos ejemplos han sido tomados de SEIDERMAN, Ian. “Hierarchy in international law: the human rights dimension”. 2001. pp. 1-3.

²² Reimpreso en: International legal materials 37. 1998. p. 999.

²³ El crimen de agresión no ha sido definido en el Estatuto de Roma.

²⁴ Como es bien conocido, la jurisdicción universal ha sido tradicionalmente asociada con los más serios crímenes bajo el derecho internacional, tales como la esclavitud, el genocidio, la tortura, así como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Ver: STEINER, Henry J. “Three cheers for universal jurisdiction – or it is only two?”. En: Theoretical Inquiries in Law 5. 2004. pp. 204-206.

Organizaciones No Gubernamentales (en adelante, “ONGs”) alrededor del mundo. El movimiento de comisiones de la verdad es un excelente ejemplo de esta tendencia –estos mecanismos se han centrado principalmente en la investigación de violaciones a los derechos humanos en el pasado relacionadas con actos de genocidio, tortura, desapariciones así como otras atrocidades de carácter masivo. Nuevamente observamos el mismo patrón de violaciones graves en el que identificamos un enfoque directo solamente en algunas áreas. En este sentido, algunos autores sostienen que “mientras que las privaciones arbitrarias del derecho a la vida, la tortura y las prácticas genocidas, los crímenes de lesa humanidad y de guerra han merecido el más agudo escrutinio los derechos económicos, sociales y culturales y algunos de los derechos de ‘tercera generación’ –tales como el derecho al desarrollo, que han recibido una creciente atención dentro de los organismos de derechos humanos y que son prioritarios entre los países en desarrollo y para muchas ONGs– reflejan esfuerzos hacia una implementación que permanecen bastante lentos”²⁵.

(c) Ambigüedad

Existe además un creciente uso de terminología confusa en el movimiento de derechos humanos que sugiere –al menos de nombre– diferencias jerárquicas entre los mismos. Algunos años atrás el examen de varios documentos de la ONU “ha revelado que los términos ‘derechos humanos’, ‘libertades’, ‘derechos fundamentales’, ‘libertades fundamentales’, ‘derechos y libertades’, y en especial la frase ‘derechos humanos y libertades fundamentales’ parecen ser utilizados generalmente de forma intercambiable”²⁶. Adicionalmente, la presencia de distintas “generaciones” de derechos humanos ha venido a reforzar la idea de que algún tipo de división existe basada en la idea de parámetros jerárquicos²⁷.

B. Entendiendo el núcleo duro: tres escenas

La historia del núcleo duro de los derechos humanos puede presentarse a través de ciertos eventos que se enmarcan bajo tres momentos clave para los mismos. Cada uno de estos momentos responde a proyectos y líneas de tiempo particulares dentro de la historia del movimiento de derechos humanos. Ninguna de las escenas finaliza al iniciarse la otra. En ese sentido, es posible argumentar que existe una continua

interacción entre cada una de ellas en el marco del movimiento de derechos humanos. Por supuesto, estas escenas revelan mis propias percepciones sobre el núcleo duro. Su propósito es pues simplemente intentar explicar didácticamente la evolución del concepto en el tiempo.

(a) Escena uno: súper normas

Nuestra primera escena nos presenta un movimiento de derechos humanos en sus primeros años de desarrollo. Aún poco preparado para cambiar el mundo, el movimiento de derechos humanos es solamente un niño (o niña): indefenso, ingenuo, bastante idealista. Y como todos los niños (y niñas), requería de especial protección de parte de alguien fuerte. En esta parte de la historia, me permito comparar al movimiento de derechos humanos con aquel niño o niña que sueña en ser un superhéroe.

Esta escena representa los momentos iniciales del movimiento de derechos humanos por intentar obligar a los estados en la ausencia de un principio consensual. Tradicionalmente se afirmaba que los estados solamente pueden obligarse en el orden internacional a través del principio de consentimiento. Esta visión positivista radical fue adoptada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Lotus: “The rules of law binding upon states (...) emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law”²⁸. Esto causó mucha controversia, especialmente durante los años anteriores a la década del sesenta.

A través de esta escena es posible identificar tres momentos decisivos: (a) la introducción de la noción de *jus cogens* en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, (b) la introducción de la noción de obligaciones *erga omnes* mediante el caso Barcelona Traction, y (c) la publicación del ensayo de van Boven titulado “Distinguishing Criteria of Human Rights”.

Durante los años previos a 1969, importantes sectores en la doctrina se encontraron particularmente interesados en etiquetar ciertas normas de derechos humanos como expresión de principios superiores que gobernaban las relaciones entre los estados en el sistema internacional. El resultado de esta controversia llevó a la inclusión final

²⁵ SEIDERMAN. Op. cit., p. 5.

²⁶ MERON. Op. cit., p. 5.

²⁷ Ibid., p. 2.

²⁸ 1927 PCIJ, Ser. A, No. 10. p. 18.

de las nociones de normas de *jus cogens* y de obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional. Mientras tanto, el movimiento de derechos humanos realizaba sus primeros intentos por incorporar este lenguaje como parte de su discurso. En 1978, la colección de ensayos titulada "Les dimensions internationales des droits de l'homme"²⁹ publicada por la UNESCO incluyó un breve ensayo de Theodoor van Boven titulado "Distinguishing Criteria of Human Rights"³⁰. Este ensayo hizo explícita por primera vez la existencia de una dicotomía normativa dentro del movimiento de derechos humanos. La primera sección de este ensayo, que se subtitula "Fundamental human rights - other human rights", se inicia anunciando que:

"Existe un riesgo al clasificar a los derechos humanos en base a su peso o importancia relativa... Tal distinción puede implicar que existe una jerarquía entre los distintos derechos humanos de acuerdo a su carácter fundamental. Sin embargo, en la teoría moderna de los derechos humanos es más extendido considerar la indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, de alguna forma, un paquete integral que no puede ser clasificado en una escala jerárquica... sin embargo, existen todavía algunos argumentos de peso que militan a favor de la distinción entre ciertos derechos humanos fundamentales y otros derechos humanos"³¹.

Van Boven no utiliza el término "núcleo duro" para referirse a estos derechos humanos "fundamentales". El autor se refiere a estos derechos como "elementales" o "*supra* positivos", definiéndolos como aquellos derechos "cuya validez no depende en su aceptación por parte de los sujetos de derecho pues estos se encuentran en el fundamento de la comunidad internacional"³². Luego el autor argumenta que estos derechos humanos "crean obligaciones para los estados, aún en la ausencia de obligaciones convencionales o de consentimiento expreso... tales derechos fundamentales son considerados válidos bajo toda circunstancia, sin importar el tiempo o lugar, y su derogación no es permitida"³³. En el resto de la sección van Boven intenta demostrar que su enfoque no sólo no es peligroso sino que el mismo además se encuentra fundamentado en

los orígenes mismos del movimiento de derechos humanos. En su opinión, ésta es una necesaria distinción que revela que ciertos derechos humanos siempre han sido parte de una especial categoría en función a su carácter fundamental. Siempre pendiente del principio de indivisibilidad, van Boven considera que la existencia de derechos humanos "*supra* positivos" no pone en peligro los dogmas de fe del movimiento de derechos humanos. Tal como Meron observa, el uso de términos jerárquicos solamente constituiría "una señal de advertencia de que la comunidad internacional no aceptará violación alguna de tales derechos"³⁴.

El argumento de van Boven puede considerarse como un esfuerzo para brindar legitimidad al concepto de *jus cogens* en términos de derechos humanos. El carácter no derogable referido por el autor en su definición de derechos humanos "fundamentales" crea un interesante vínculo que luego estudiaremos. El autor considera inclusive que las organizaciones internacionales "están autorizadas a tomar acción donde exista *prima facie* evidencia de serias violaciones a tales derechos"³⁵.

Desde aquel día, el movimiento de derechos humanos no ha vuelto a ser el mismo. La aproximación propuesta por van Boven introdujo la dimensión "imperativa" dentro del canon de los derechos humanos. Las continuas –y hoy comunes– referencias a los derechos humanos como evidencia del *jus cogens* dentro del orden internacional pareciera que han puesto fin a la disputa jerárquica.

(b) Escena dos: universalidad

A diferencia de la anterior, la segunda escena se desarrolla totalmente con elementos propios del movimiento de derechos humanos. En esta escena el movimiento de derechos humanos ya deja de ser un menor. Ahora, el movimiento de derechos humanos tiene la fuerza y autoridad para defender por sí mismo sus ideales. La trama de esta escena se mueve en la definición de los derechos humanos bajo un discurso de corte universal. Bajo esta perspectiva, los derechos humanos son considerados como representativos de una moral universal, una "indiscutible" expresión de derechos superiores universalmente reconocidos y

²⁹ Publicados en Inglés en 1982 bajo el título "The International Dimensions of Human Rights". El prefacio del libro define la obra como un esfuerzo para facilitar "the understanding and comprehension, study and teaching of human rights at university levels" tomando en consideración "the principle legal systems of the world".

³⁰ VAN BOVEN, Op. cit., p. 43.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

³³ Ibid., p. 48. Este lenguaje parece identificar estos derechos "*supra* positivos" con el *jus cogens*, las normas no derogables y la costumbre internacional.

³⁴ MERON, Op. cit., p. 22.

³⁵ VAN BOVEN, Op. cit., p. 48. A través del ensayo van Boven señala algunos ejemplos de esta caracterización.

aceptados como estándares comunes para toda la humanidad. El movimiento de derechos humanos – ahora un joven adulto– ya no se encuentra indefenso contra los ataques de sus enemigos.

Pero como en toda historia interesante, aquí también existe un personaje que como nuestro protagonista desea conquistar el mundo. El “chico malo” de esta historia es tan influyente, popular y persistente como el propio movimiento de derechos humanos. Presentemos al relativismo cultural: un esquema filosófico que –en síntesis– sostiene que las normas e instituciones –incluyendo los derechos humanos– son evidencia de variables culturales e históricas³⁶. A través de los años, la confrontación entre estas tendencias ha sido intensa y cruel, con victorias y derrotas para ambos lados. Pero como la *kriptónita*, el relativismo cultural ha venido debilitando progresivamente a su enemigo.

En esta escena tenemos tres momentos decisivos: (a) la introducción del término “núcleo duro”, (b) los primeros intentos para delimitar su contenido, y (c) la declaración y Programa de Acción en Derechos Humanos de Viena en 1993.

Tal como Cassin observa, los derechos humanos presentan sus postulados como “universelle par son inspiration, par son expression, par son contenu, par son champ d’application, par son potentiel, et elle proclame directement les droit de l’être humain au regard de tous autres, à quelques groupes sociaux auxquels ils appartiennent les uns et les autres”³⁷. En efecto, la DUDH nos presenta una ambigua agenda que se considera en sí misma como “universal”, como un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”³⁸. De la misma forma, nada en el PIDCP o en PIDESC parece revelar un carácter de corte minimalista.

Si nuestra primera escena introdujo la noción jerárquica, la segunda nos brinda un nuevo espacio: esta nos presenta algunos criterios para determinar cuáles son esas normas *supra* positivas. La meta es pues determinar un “catálogo de derechos fundamentales” que pueda utilizarse como evidencia de que los derechos humanos poseen raíces de corte “intercultural”, de valores comunes universalmente aceptados³⁹.

¿Pero acaso la idea de derechos humanos es verdaderamente universal? El desafío de la universalidad es sin duda uno de los obstáculos más difíciles que el movimiento de derechos humanos haya enfrentado, precisamente porque las bases metafísicas de los derechos humanos son un concepto bastante controversial. ¿De dónde vienen estos derechos? Los tratados y otros documentos de derechos humanos nos enuncian estos derechos pero no nos explican por qué las personas los poseen⁴⁰. El escepticismo intelectual acerca de la coherencia de esta retórica es comprensible. Así, las sospechas en cuanto a la validez de esta aspiración permanecen presentes hasta nuestros días.

La expresión “núcleo duro” (*noyau dur, hard core o intangible core*) de los derechos humanos aparece durante este período. Aunque no existe un documento oficial proclamando el uso de este término, la frase se tornó frecuente en muy poco tiempo, en especial durante los años ochenta entre estudiosos activistas de los derechos humanos en Europa. El lenguaje de la frase nos trae a la mente la idea de un estándar mínimo, de un grupo de derechos que deben respetarse bajo toda circunstancia: “Il s’agit la des normes fondamentales bénéficiant a tous et partout, en toutes circonstances”⁴¹. La expresión que originalmente fue traducida al inglés como “núcleo duro” (*hard core*) sin embargo fue considerada algo ambigua por lo que progresivamente fue cambiada por el término “núcleo intangible” (*intangible core*) hacia finales de los años ochenta⁴².

³⁶ Versiones más progresistas de esta controversia consideran que el relativismo y la universalidad son expresiones de una necesaria tensión que puede resolverse a través de un consenso intercultural.

³⁷ SUDRE, Op. cit., p. 41.

³⁸ Ver el preámbulo de la DUDH.

³⁹ Tal como Kissinger expresa, “[t]here will always be differences of view as to the precise extent of the obligations of government... there are standards below which no government can fall without offending fundamental values, such as genocide, officially tolerated torture, mass imprisonment or murder, or the comprehensive denial of basic rights to racial, religious, political, or ethnic groups. Any government engaging in such practices must face adverse international judgment”. Ver Department of State Bulletin 75. 1976. p. 3. Declaración del ex Secretario de Estado de los Estados Unidos Henry Kissinger ante la Asamblea General de la OEA.

⁴⁰ Se ha señalado que: “[i]nstead of a substantive set of justifications explaining why human rights are universal, instead of reasons that go back to first principles... the Universal Declaration of Human Rights simply takes the existence of rights for granted and proceeds to their elaboration”. IGNATIEFF. Op. cit., p. 78.

⁴¹ SUDRE. Op. cit., p. 171.

⁴² Sin embargo, la expresión “núcleo duro” persiste entre los estudiosos en idioma español. Ver Antonio Marzal (editor). “El núcleo duro de los derechos humanos”. 2001. Y CARRILLO-SALCEDO, Juan Antonio. “Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo”. Segunda edición. 2001. pp. 141-158.

En cuanto a la razón del cambio terminológico, ver MEYER-BISCH, Patrice. “Le problème des delimitations du noyau intangible des droits et d’un droit de l’homme”. En: Patrice Meyer-Bisch (editor). “Le noyau intangible des droit de l’homme”. 1991. p. 98. “L’expression fréquemment employée est celle de ‘noyau dur’, celle-ci est très ambiguë. En premier lieu, l’expression n’est pas claire, dans la mesure ou elle indique exclusivement une qualité sensible, qui risque de nous laisser au niveau de la harangue politique. On lui préfère ici celle de ‘noyau intangible’, car elle a l’avantage d’indiquer une qualité objective. Mais il n’est pas sur que le deux notions se superposent. La première désigne une sorte de minimum consensuel qu’il faut tenir, la seconde signifie la substance des droits ou d’un droit. La première indique une urgence sensible, la seconde une qualité objective”.

En sus orígenes, la expresión “núcleo duro” fue identificada como parte del lenguaje de las normas de *jus cogens*. En el contexto de los derechos humanos tenemos además una tendencia que equipara el concepto con el principio de no derogabilidad de algunos de los convenios de derechos humanos. Las primeras formulaciones de un catálogo de normas para el núcleo duro identificaba el concepto con aquellas obligaciones que no pueden ser derogadas o limitadas bajo ciertas circunstancias en los principales instrumentos de derechos humanos. En efecto, el PIDCP, el Convenio

Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “CEDH”) así como la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”), contienen provisiones para los estados parte con relación a sus obligaciones en materia de derechos humanos durante los estados de excepción. Adicionalmente, estos instrumentos señalan que un grupo de los derechos humanos en ellos enumerados no pueden ser derogados, aun en situaciones de esa naturaleza⁴³. El cuadro siguiente ilustra el contenido de las cláusulas de no derogación en estos instrumentos:

Derechos humanos no derogables	PIDCP Artículo 4.2	CEDH Artículo 15.2	CADH Artículo 27.2
Derecho a la vida	6	2	4
Prohibición de la tortura y de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes	7	3	5.1, 5.2
Prohibición de la esclavitud y la servidumbre	8.1, 8.2	4.1	6
No retroactividad de la ley penal	15	7	9
Non bis in idem	-	4 (Prot. 7)	-
Derecho a la personalidad jurídica	16	-	3
Libertad religiosa	18	-	12
Prohibición de la prisión por deudas	11	-	-
Derechos de la familia	-	-	17
Derecho al nombre	-	-	18
Derechos de la niñez	-	-	19
Derecho a la nacionalidad	-	-	20
Derechos políticos	-	-	23

Luego de comparar las cláusulas de no derogación en el PIDCP, el CEDH y la CADH se observa que existe coincidencia en cuatro derechos: (a) derecho a la vida, (b) prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, (c) prohibición de la esclavitud y la servidumbre, y (d) no retroactividad de la ley penal. Estos cuatro derechos a menudo son referidos como expresiones de un núcleo duro de normas, la esencia del ideal de los derechos humanos: “Ces quatre droits, communs aux trois grand textes de proclamation, forment le standard minimum des droit de l’homme, expression de l’irréductible humaine (...) Ce sont les droits intangible stricto sensu”⁴⁴. ¿Cuál es la naturaleza

de esta noción? ¿Acaso significa que solamente los derechos enumerados en esta lista deben garantizarse en los estados de excepción excluyendo a los otros derechos humanos? Es común malentender las cláusulas de no derogación de estos tratados. Tal como Svensson señala, la confusión se ve ampliada por el uso de términos ambiguos en la doctrina de derechos humanos para describir las provisiones de no derogación “que están referidas a los derechos que constituyen un ‘núcleo duro’ o ‘núcleo intangible’ de los derechos humanos”⁴⁵. Para otros autores, la dicotomía derogable-no derogable constituye la evidencia de la existencia de un núcleo duro en los derechos humanos⁴⁶. En cierta forma, la

⁴³ Una tercera convención regional, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, carece de referencia alguna a derechos no derogables.

⁴⁴ SUDRE. Op. cit., pp. 171-172.

⁴⁵ SVENSSON-MCCARTHY, Anna-Lena. “The international law of human rights and states of exception”. 1998. p. 373.

⁴⁶ De acuerdo a van Boven, “[t]he fact that in a number of comprehensive human rights instruments at the worldwide and regional level, certain rights are specifically safeguarded and are intended to retain their full strength and validity notably in serious emergency situations, is a strong argument in favor of the contention that there is at least a minimum catalogue of fundamental elementary human rights.” VAN BOVEN. Op. cit., p. 43.

idea de un núcleo duro de derechos humanos tiende a generar confusión en cuanto a la realidad jurídica de las provisiones no derogables en estos tratados.

El término “no derogable” parece enfatizar una especial protección para aquellos derechos humanos que a menudo son violados en situaciones de emergencia. Estas provisiones sin embargo, no han sido concebidas para otorgar a los gobiernos *carte blanche* para restringir aquellos derechos humanos excluidos de las cláusulas de no derogación. Los estados se encuentran en la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos bajo toda circunstancia. En momentos de emergencia, el núcleo duro de aquellos derechos –su parte esencial– permanece plenamente vigente⁴⁷.

Dos consecuencias pueden dibujarse a partir de esta perspectiva. Por un lado, el núcleo duro se presenta como un concepto bastante reducido. Observemos que el enfoque se refiere principalmente a ciertos derechos individuales relacionados con la integridad física y psicológica, así como la libertad de movimiento. De otro lado, la dicotomía entre lo derogable y lo no derogable se hace equivalente a la distinción entre normas fundamentales y no fundamentales en el canon de los derechos humanos. La última distinción va un paso más allá inclusive: la mayor parte de los derechos humanos, aquellos fuera del núcleo duro, terminan adquiriendo un carácter “condicional” y “ordinario”. En efecto, para algunos estos “otros” derechos humanos son “*bénéficient d’une protection relative... Leur exercice est donc plus ou moins aléatoire selon l’ampleur des atteintes subies et la rigueur du contrôle exercé*”⁴⁸. Como veremos en la sección siguiente, esta dicotomía no es del todo exacta. Algunos de estos “otros” derechos humanos se encuentran implícitos en el concepto del núcleo duro fuera del contexto de no derogabilidad.

Esta escena encuentra su punto más álgido en la Conferencia de Derechos Humanos de Viena en 1993 que proclamara que:

“The universal nature of these rights and freedoms is beyond question... While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of all States, regardless of their

political, economic and cultural system, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms”⁴⁹.

Pareciera que luego de la Declaración de Viena el “enemigo” de la escena fue derrotado. Ciertamente, la mayor parte de voces contrarias fueron silenciadas; sin embargo, tal como Mutua señala: “Lo que resulta interesante es la incapacidad de esta fe universal en el lenguaje de los derechos humanos para crear un acuerdo en cuanto al enfoque, contenido y bases filosóficas del cuerpo de derechos humanos. Las batallas intelectuales y políticas se han enfocado en su relevancia cultural, su orientación ideológica y política, y en su contingencia temática”⁵⁰.

(c) Escena tres: minimalismo

Nuestra tercera escena nos trae a un invitado especial. El movimiento de derechos humanos ha madurado para convertirse en un adulto que ahora paga las consecuencias de algunas decisiones irresponsables de su juventud. El movimiento de derechos humanos requiere ahora, sin embargo, de la ayuda de algunos de sus viejos amigos. Siempre fiel, el derecho internacional humanitario acude en su auxilio.

En sus cincuentas, el movimiento de los derechos humanos es acusado de “inflación normativa”. La extraordinaria proliferación de los instrumentos de derechos humanos en las últimas décadas se había convertido en una amenaza para la legitimidad del movimiento de derechos humanos, en especial cuando se hacía referencia a la existencia de “nuevos” derechos humanos en el espectro.

Tres momentos cruciales definen esta escena: (a) la alianza entre el movimiento de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, (b) la creación de los tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como de la CPI, y (c) el proyecto de “estándares fundamentales de humanidad” de la Comisión de Derechos Humanos.

En esta escena la trama es bastante simple: “el mayor asunto a considerar... es la necesidad y deseo de identificar principios o estándares para una mejor protección de la persona humana en situaciones de violencia interna”⁵¹. El mundo vive ahora un escenario *post* Guerra Fría que nos presenta una serie de

⁴⁷ Como Svensson-McCarthy señala, las cláusulas de no derogación “are constantly used on the clear understanding that what can possibly, but not necessarily, be derogated from is... the guarantee of their full enjoyment for certain period of time. It is therefore closer to the legal reality of derogations under international law of human rights to refer to extraordinary restrictions on the enjoyment of human rights, since these rights *per se* cannot be suspended or taken away even in public emergencies.” SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit. p. 375.

⁴⁸ *Ibid.* pp. 175-176.

⁴⁹ World Conference on Human Rights. Op. cit., §I par.1 y par. 5.

⁵⁰ MUTUA, Makau. “The ideology of human rights”. En: Virginia Journal of International Law 36. 1996. pp. 590-591.

⁵¹ Commission on Human Rights. “Report of the sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: Minimum Humanitarian Standards”. Enero, 1998. par. 13, E/CN.4/1998/87.

conflictos armados motivados por consideraciones de corte nacionalista, étnico y religioso”⁵².

Este modelo propone una aproximación cooperativa entre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. La alianza intenta identificar estándares “mínimos” o “fundamentales” de humanidad dentro del derecho internacional. El núcleo duro se nos vuelve a presentar como un conjunto de prioridades pero esta vez con un especial énfasis en la tolerancia y la supervivencia. Esta historia se desarrolla además en un momento de la historia donde las voces de autocrítica al interior del propio movimiento empiezan a explorar los límites, errores y lados oscuros de los derechos humanos. En cierta forma, aquí el movimiento de derechos humanos comienza a tomar conciencia de sus propias limitaciones. Los denominados “estándares fundamentales de humanidad” son concebidos como herramientas que permitirán compensar la indefensión de las personas en situaciones de violencia dentro de cuatro áreas “grises”: (a) cuando los estados no son parte de ciertos instrumentos internacionales, (b) cuando las obligaciones en materia de derechos humanos han sido derogadas o suspendidas, (c) cuando el derecho internacional humanitario no resulta aplicable, y (d) cuando los actores no estatales del sistema no se encuentran obligados por normas bajo el derecho internacional⁵³.

Esta tendencia no es una reacción contra el relativismo en la forma del segundo modelo. Tal como la Comisión de Derechos Humanos refiere, este grupo de principios intenta asegurar “la protección efectiva de los seres humanos en todo tipo de circunstancias, especialmente

durante situaciones de violencia interna, cuando algunas de las más terribles atrocidades son cometidas... con un devastador impacto en millones de individuos”⁵⁴. En la tercera escena, encontramos además un énfasis en el pluralismo. Como resultado nos quedamos con un minimalismo en los derechos humanos⁵⁵.

El derecho internacional humanitario nos presenta un principio análogo al de no derogabilidad de las normas de derechos humanos y al *jus cogens*. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, aunque no refiere el término “no derogación” *per se*, nos provee implícitamente de la misma idea: estas provisiones no están sujetas a ningún tipo de suspensión. El artículo 3 común declara ser aplicable en todo tiempo, bajo toda circunstancia, no importando el carácter internacional o no del conflicto. Una nueva evocación de la naturaleza *supra* normativa. Es más, podemos considerar que éste posee un carácter más fundamental que las propias cláusulas de no derogación⁵⁶. El hecho que los Convenios de Ginebra de 1949 –a diferencia de muchas de las normas de derechos humanos– hayan ganado una aceptación casi universal, refuerza esta idea.

Se ha sostenido que las coincidencias de estas provisiones con los derechos humanos no derogables representan un “núcleo indestructible de la dignidad humana”. Este grupo de normas consiste en “la prohibición de la tortura, la esclavitud, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, las privaciones arbitrarias del derecho a la vida, y la discriminación adversa así como el respeto de las garantías judiciales indispensables”⁵⁷.

⁵² *Ibid.*, par. 18.

⁵³ VIGNY, Jean-Daniel y Cecilia THOMPSON. “Standards fondamentaux d’Humanité: quel avenir?”. En: *International Review of the Red Cross* 840. 2000. p. 917.

⁵⁴ Commission on Human Rights. “Promotion and Protection of Human Rights: Fundamental Standards of Humanity”. Diciembre, 1998. par. 25, E/CN.4/1999/92.

⁵⁵ Tal como se afirma, “[t]he universal commitments implied by human rights can be compatible with a wide variety of ways of living only if the universalism implied is self-consciously minimalist. Human rights can command universal assent only as a decidedly ‘thin’ theory of what is right, a definition of the minimum conditions for any kind of life at all.” IGNATIEFF. *Op. cit.*, p. 56.

⁵⁶ El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 señala lo siguiente:

Artículo 3. En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida o detención o por cualquier otra causa serán tratadas en todas las circunstancias con humanidad, sin distinguir alguno de carácter desfavorable, basado en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas arriba indicadas:

a) los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados a la dignidad de la persona, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio por un tribunal regularmente constituido y dotado de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes cualquier organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja. Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, algunas o todas las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no producirá efecto jurídico alguno sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes.

⁵⁷ MARKS, Stephen P. “Principles and norms of human rights applicable in emergency situations: underdevelopment, catastrophes and armed conflict”. En: Karel Vasak (editora). *The international dimensions of human rights 1*. UNESCO. 1982. p. 203.

Algunos métodos han sido sugeridos para identificar el contenido de estos “estándares fundamentales de humanidad”. Estos son los siguientes: (a) la lista de crímenes contenidos en el estatuto de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, (b) la lista de crímenes contenidos en el estatuto de la CPI, (c) los estudios temáticos de la Comisión de Derechos Humanos, (d) las cláusulas no derogables del PIDCP, (e) el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, (f) los principios guía sobre los desplazados internacionalmente, y (g) la cláusula Martens. Sin embargo, no se ha referido una respuesta definitiva al asunto. Ver *Commission on Human Rights*. “Promotion and protection of human rights: fundamental standards of humanity”. Diciembre, 1999. par. 14-22, E/CN.4/2000/94.

Un reporte reciente de la Comisión de Derechos Humanos indica que los estados, órganos de la ONU y distintas ONGs han venido proveyendo de importantes comentarios que han dado algunas indicaciones del contenido de estos estándares. Los derechos incluidos son los siguientes: (a) el derecho a la vida, (b) el derecho a las garantías judiciales, incluyendo el debido proceso, (c) el derecho a la salud, (d) el derecho a la alimentación, (e) el derecho a la educación, (f) la protección natural del medio ambiente y del patrimonio cultural, (g) el derecho a recibir e impartir información, así como las libertades de opinión e información, y (h) el derecho a participar en la vida cultural, así como a beneficiarse de los avances tecnológicos y progresos científicos⁵⁸. La lista propuesta, aunque controversial, no ha recibido todavía un estudio final.

Este escenario trasciende las formulaciones tradicionales del núcleo duro inspiradas en la idea de derechos humanos vinculados a la seguridad corporal, incluyendo "otros" derechos. Una visión más conservadora de la alianza con el derecho internacional humanitario, sin embargo, parece revalidar una concepción de corte más restrictivo.

IV. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL NÚCLEO DURO

Con el propósito de facilitar el desarrollo de esta sección quisiera plantear al lector el desarrollo de las siguientes preguntas con relación al núcleo duro: ¿cuál es la relación entre las normas no derogables y el núcleo duro? ¿Qué hace a ciertos derechos humanos más importantes que otros? ¿Qué tipo de obligaciones genera el núcleo duro de los derechos humanos? ¿Pueden otros derechos civiles y políticos, así como algunos derechos económicos, sociales y culturales, ser incluidos en el núcleo duro?

A. Una crítica a la no derogabilidad

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la dicotomía derogable-no derogable? Una cuestión preliminar nos plantea saber si las no derogables poseen naturaleza *supra* positiva, tal como van Boven planteaba. Al parecer, la noción de no derogabilidad nunca fue diseñada para reflejar una división de corte jerárquico. Mi argumento en esta sección plantea que el considerar las normas no derogables como postulados superiores no es adecuado. Tal como el Comité de Derechos Humanos señaló en su Comentario General 29:

"La enumeración de provisiones no derogables... se relaciona, pero no es idéntica, con la cuestión acerca de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos comparten la naturaleza de normas perentorias en el derecho internacional. La proclamación de ciertas provisiones del PIDCP como de naturaleza no derogable... debe ser considerada parcialmente como el reconocimiento de la naturaleza perentoria de ciertos derechos fundamentales... Sin embargo, parece ser que algunas otras provisiones del PIDCP fueron incluidas en la lista de derechos no derogables porque nunca se volvería necesario derogar tales derechos durante un estado de emergencia (por ejemplo, artículos 11 y 18). Además, la categoría de normas perentorias se extiende más allá de la lista de provisiones no derogables mencionada en el artículo 4, párrafo 2."⁵⁹

Para explicar este razonamiento desarrollaremos tres proposiciones relacionadas con esta dicotomía: (a) Existe una disparidad funcional entre las normas derogables y no derogables, (b) Existen formas alternativas para determinar cuáles son los derechos humanos no derogables, y (c) Existen otros derechos humanos implícitamente no derogables.

(a) Disparidad funcional

La distancia entre las normas "no derogables" y "derogables" en derechos humanos no es tan amplia como a primera vista parece. En efecto, sería bastante simplista el considerar lo derogable y no derogable como categorías de polaridad. Los derechos humanos, derogables o no, son en términos generales bastante elásticos en enfoque y contenido.

1. Cláusulas de limitación

Consideremos por un momento las provisiones del PIDCP bajo el artículo 18 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión). Considerado como un derecho no derogable, el artículo 18 es objeto sin embargo de una cláusula de limitación de acuerdo a su tercer párrafo:

"La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás"⁶⁰.

¿Es acaso ésta una contradicción interna al interior del PIDCP? No lo considero así en tanto cualquier derecho

⁵⁸ Commission on Human Rights. Nota 54 *supra*. Anexo, par. 7.

⁵⁹ Human Rights Committee. "General comment 29: States of Emergency (Article 4)". Agosto, 2001. par. 11, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11.

⁶⁰ Ver SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., p. 448.

humano puede ser restringido utilizando limitaciones de esta naturaleza. Tal como el Comité de Derechos Humanos señala “la permisibilidad en las restricciones es independiente del asunto de la no derogabilidad”⁶¹. Los términos derogable y no derogable son consistentemente utilizados “en el claro entendimiento de que no es posible, ni necesario, derogar la sustancia de... tales derechos, sino ‘meramente’ la garantía de su pleno disfrute bajo cierto período de tiempo. Es por tanto más cercano a la realidad jurídica de las derogaciones bajo el derecho internacional el referirse a restricciones extraordinarias en el disfrute de los derechos humanos, en la medida que los derechos humanos *per se* no pueden suspenderse o eliminarse aun en caso de emergencia pública”⁶².

Por tanto, el uso de términos tales como derogable y no derogable no implica derechos “absolutos” en modo alguno. Por ejemplo, el derecho a la vida –una provisión de indudable naturaleza no derogable– no incluye una prohibición general en contra de la pena de muerte⁶³. Aunque la tendencia general contemporánea favorece un régimen abolicionista de la pena de muerte, el estándar actual sólo brinda protección en contra de las restricciones “arbitrarias” del derecho a la vida. El alcance de cada derecho humano resulta entonces contingente en cuanto a su interpretación. Aun los derechos humanos no derogables se encuentran sujetos a limitaciones.

En realidad, resulta poco útil referir categorías tales como “derogable” y “no derogable” para hablar de estos derechos en tanto ambos términos no son encontrados como tales en alguna de las convenciones a las que hemos hecho referencia, las mismas que en realidad “prevén derogaciones de las *obligaciones legales* asumidas bajo el respectivo tratado”⁶⁴.

2. Otras restricciones

Puede parecer entonces que un derecho humano derogable puede ser limitado, tanto en su periferia, así como en su contenido esencial. Tal como Sudre señala, estos derechos son beneficiarios “d’une protection relative... Leur exercice est donc plus ou moins aléatoire

selon l’ampleur des atteintes subies et la rigueur du contrôle exercé”⁶⁵. Sin embargo, aun en momentos de emergencia el contenido esencial de cada derecho humano derogable debe permanecer operativo. Como Seiderman destaca, “dentro de sus márgenes los derechos son susceptibles de limitaciones... mientras que en su núcleo estos permanecen... estables”⁶⁶. Sería un error suponer que la mera invocación de un estado de emergencia abre la puerta para autorizar a los estados la realización de restricciones ilimitadas de aquellos derechos humanos excluidos en las cláusulas de derogación. Como Svensson-McCarthy distingue, la provisión de derogación “nunca fue pensada como un medio para proveer a los estados parte de una total libertad de acción cuando combaten situaciones de emergencia. Por tanto, puede afirmarse que más que contener una filosofía que favorezca una limitación de derechos, ésta explicita el principio opuesto, es decir, que todos los derechos deben ser plenamente garantizados y respetados a menos que muy especiales circunstancias justifiquen la eliminación del ejercicio de algunos de ellos, y que algunos derechos nunca deben ser limitados no importando la severidad de la emergencia”⁶⁷.

Condiciones esenciales deben producirse para que se autorice la derogación de algunas obligaciones en materia de derechos humanos. Las restricciones durante los estados de emergencia no deben modificar el contenido de un derecho humano al punto de volverlo inexistente. En ese sentido, todas las limitaciones aplicables a los derechos derogables bajo estas circunstancias deben ser compatibles con los principios de necesidad y estricta proporcionalidad. Es más, estas restricciones no deben fundarse en términos discriminatorios o consideraciones de raza, color, sexo, lenguaje, religión y origen social. Adicionalmente, estas medidas deben ser oficialmente proclamadas y debidamente notificadas a los otros estados parte en el convenio respectivo. Como regla, todas las medidas de emergencia tomadas por los estados no deben ser inconsistentes con sus otras obligaciones bajo el derecho internacional⁶⁸.

Por lo tanto, los derechos humanos sujetos a derogación pueden ser limitados solamente de manera

⁶¹ Human Rights Committee. Nota 54 *supra*. par. 7.

⁶² SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., p. 375.

⁶³ El PIDCP (artículo 6) garantiza el derecho al perdón y conmutación de la sentencia capital. También indica que la pena de muerte debe imponerse solamente para crímenes más serios y que no debe aplicarse a menores y mujeres embarazadas. La CADH (artículo 4) prohíbe la pena de muerte por ofensas políticas. También prohíbe la reintroducción de la pena de muerte luego de su abolición, así como la imposición de la misma para personas mayores de 70 años. Por el Protocolo 6, el CEDH ha abolido la pena de muerte. Sin embargo, el artículo 2 del CEDH permitía originalmente su aplicación.

⁶⁴ SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., pp. 374-375.

⁶⁵ *Ibid.* Op. cit., pp. 175-176.

⁶⁶ SEIDERMAN. Op. cit., p. 72.

⁶⁷ SVENSSON-MCCARTHY, Anna-Lena. “Minimum humanitarian standards—from Cape Town towards the future”. En: *International Commission of Jurists Review* 58-59. 1997. pp. 9-11.

⁶⁸ Ver ORAÁ. Jaime. “Human Rights in States of Emergency in International Law”. 1992.

condicional. Una situación de emergencia no representa una *carte blanche* para los estados: todas las limitaciones aplicables a los derechos derogables deben ser estrictamente requeridas por las exigencias particulares de la situación. En la práctica, este régimen no resulta distante del aplicable a las normas no derogables. Los estados tienen una capacidad muy limitada para restringir estos derechos, no importando su formato de presentación.

(b) Caminos alternos

Hemos venido diciendo que la capacidad de los estados para limitar el alcance de ciertos derechos humanos no varía demasiado dependiendo si éste es en verdad derogable o no. Sin embargo, resulta interesante observar que los estados hayan escogido explícitamente un pequeño grupo de derechos bajo el PIDCP, el CEDH así como la CADH para conferirles un régimen de no derogabilidad. La lógica nos indica que debe existir algún tipo de diferencia entre ambos grupos. ¿Acaso ésta es la evidencia de una fuerza normativa inherente a los derechos no derogables? Desde un punto de vista formal y más estricto, los derechos humanos no derogables no tienen una correspondencia con lo que entendemos como derechos *supra* positivos. Ninguna de las provisiones bajo el PIDCP, el CEDH así como la CADH fueron creadas para desarrollar una jerarquía normativa al interior de los derechos humanos. Al contrario, la racionalidad de las cláusulas de no derogación parece responder casi exclusivamente a consideraciones de tipo fáctico. Lo no derogable es de esta forma nada más que un grupo de derechos a menudo violentados durante las situaciones de emergencia. Tal como Svensson-McCarthy puntualiza, “al enfatizar los derechos no derogables dándoles equivocados o inadecuados epítetos, corremos el serio riesgo de sobre-enfatizar estos derechos en detrimento de aquellos cuyo disfrute puede en principio ser restringido en emergencias públicas”⁶⁹.

Observamos que el PIDCP considera que la prohibición de la prisión por deudas (artículo 11) es no derogable. ¿Acaso no resulta “sospechosa” la naturaleza jurídicamente superior de esta provisión? Desde una perspectiva jerárquica, la selección de ciertos derechos humanos como no derogables no guarda una relación necesaria con las situaciones de emergencia. ¿Acaso estos derechos son susceptibles de una mayor protección en función a un estado de excepción?

Resulta difícil imaginar una situación de emergencia en la que un estado requiera restringirlos. Aunque, claro está, la imaginación de los perpetradores casi nunca experimenta límites sensibles. La propia CADH tiene su propia lista “exclusiva” de derechos no derogables: protección de la familia (artículo 17), derecho al nombre (artículo 18), derechos del niño (artículo 19), derecho a la nacionalidad (artículo 20), derecho a la participación política (artículo 23) y prohibición de la suspensión de las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos no derogables (artículo 27.2). Así como sucede con algunas de las provisiones bajo el PIDCP, resulta difícil dibujar conexiones claras entre algunos de estos derechos y las situaciones de emergencia.

Algunos han criticado conceptualizaciones tan amplias de las cláusulas no derogables. En efecto, autores como Oraá observan que una lista más concisa de derechos no derogables –siguiendo el ejemplo del CEDH– contribuye a crear un efecto psicológico en los estados para respetar estos derechos en la práctica. El autor considera que las cláusulas de no derogación deben restringirse solamente para aquellos derechos fundamentales que son susceptibles de violación bajo una situación de emergencia⁷⁰. En el mismo sentido, Hartman nota que esta tendencia “puede poner en serio riesgo... la fuerza moral de una corta pero solemne lista de derechos absolutamente inalienables”⁷¹. Ambos autores, sin embargo, confunden la dicotomía derogable-no derogable pues equiparan –erróneamente– la no derogabilidad con lo *supra* positivo.

Por supuesto, algunos de estos derechos no derogables poseen una indudable calidad jerárquica superior, pero esta calificación no se debe a su carácter no derogable. Al contrario, esta categoría superior responde a consideraciones básicas de supervivencia y seguridad física y psicológica. El derecho a la vida y la prohibición de la tortura son buenos ejemplos de derechos no derogables que responden a esta naturaleza. En el mismo sentido, la cláusula de no derogación del CEDH (que contiene solamente cuatro derechos⁷²) parece reflejar también un origen normativo superior.

Una razón adicional para evitar equiparar lo no derogable con lo jerárquicamente superior radica en que además del PIDCP, el CEDH y la CADH, ninguno de los demás instrumentos temáticos de derechos humanos o la Carta Africana de los Derechos Humanos y los Pueblos

⁶⁹ SVENSSON-MCCARTHY. Nota 45 *supra*. p. 374.

⁷⁰ ORAA. Op. cit., p. 98.

⁷¹ HARTMAN, J. “Working paper for the committee of experts on the article 4 derogation provision”. Hum. Rts. Q. 7. 1985. p. 113. Hartman considera los cuatro derechos no derogables como una expresión de las normas de *jus cogens*.

⁷² El artículo 15.2 del CEHR menciona el derecho a la vida (artículo 2), la prohibición de la tortura (artículo 3), la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 4) y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (artículo 7).

contienen provisiones relativas a derechos no derogables durante los estados de emergencia. Por supuesto, esto no significa que todos los derechos humanos bajo estas otras convenciones sean derogables, o mucho menos, que gocen de una protección relativa. Muchos de los derechos contenidos en estos instrumentos tampoco pueden ser limitados bajo circunstancias específicas.

(c) Derechos no derogables implícitos

Hemos referido que el cuerpo de cláusulas no derogables incluye ciertos derechos que de algún modo no están directamente relacionados con las situaciones de excepción. En contra de esta perspectiva tan generosa, muchos estudiosos han considerado que es mejor hablar de una versión resumida de estos derechos. Comparan así las cláusulas no derogables del PIDCP, del CEDH y de la CADH, quedándose solamente con aquellos cuatro derechos considerados como la expresión primaria de la no derogabilidad, y por supuesto del núcleo duro. Una lista restrictiva de la no derogabilidad en estos términos es sin embargo contraproducente. Existen muchos otros derechos que pueden ser entendidos como no derogables por implicación. Tal como Svensson-McCarthy propone, un número de los denominados derechos derogables son en realidad no derogables, "en particular, aunque no exclusivamente, en tanto estos son instrumentales para la efectiva protección de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser derogados"⁷³.

En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos considera que la imposición de la pena de muerte bajo el artículo 6 del PIDCP debe leerse en conjunto con el artículo 14 del mismo texto, el mismo que requiere la presencia de una judicatura imparcial e independiente⁷⁴. Del mismo modo, el Comité señala que el disfrute adecuado del artículo 18 no solamente implica la libertad de expresión sino que además las libertades de asamblea y asociación⁷⁵. El Comité ha notado además que el artículo 10 (que prescribe que todas las personas privadas de su libertad deben ser tratadas con humanidad y respeto⁷⁶) y el artículo 20 (prohibiendo toda propaganda a favor de la guerra así como la promoción del odio nacional, racial o religioso) expresan normas de derecho internacional general no sujetas a derogación⁷⁷. Como estos derechos son indispensables para un adecuado y efectivo disfrute de aquellos derechos denominados no derogables, ellos resultan en cierta forma no derogables por implicación.

En consecuencia, aunque las cláusulas de no derogación nos proveen de criterios significativos para conocer cuáles derechos son derogables o no bajo el PIDCP, el CEDH y la CADH, estos son solamente iniciales y no pueden ser utilizados como base exclusiva para la determinación del núcleo duro.

B. Los argumentos para un núcleo duro

Tal como hemos observado, la justificación para la existencia de un núcleo duro puede rastrearse en la historia del movimiento de derechos humanos, en la búsqueda de principios generadores de obligaciones para los estados más allá de su consentimiento. Como fue descrito en la primera escena, ambos fueron procesos paralelos. Al parecer, cuando el núcleo duro fue introducido, sus creadores intentaron darle un contenido más cierto al relacionarlo con las normas imperativas. El lenguaje del *dictum* en el caso Barcelona Traction revela el mismo tipo de preocupación. Aunque el *jus cogens* fue introducido un año antes de ese caso, para ese entonces todavía no existía evidencia fáctica que demuestre la existencia de una dimensión jerárquica en el derecho internacional. ¿Cuáles fueron los ejemplos citados por la CIJ? Como es conocido, los ejemplos provistos estaban relacionados con las normas de derechos humanos. Bajo esta perspectiva, el núcleo duro jugaba un rol hermenéutico. Su carácter era pues simplemente instrumental a otros conceptos. Este rol es menos frecuente en estos días, considerando el estado actual de la doctrina del *jus cogens* en el derecho internacional y la frecuente mención de la existencia de normas imperativas y obligaciones *erga omnes* en la jurisprudencia. A pesar de ello, la noción de *jus cogens* todavía permanece bastante imprecisa. Aunque el concepto ha mostrado una gran aceptación en las distintas áreas del derecho internacional, la mayor parte de ejemplos conocidos describen su contenido solamente en términos de derechos humanos.

Hoy sin embargo, el núcleo duro como concepto parece disfrutar de una vida propia e independiente al *jus cogens*, con un impacto directo en el movimiento de derechos humanos. En efecto, luego de cincuenta años de la DUDH, el movimiento de derechos humanos ya no es una estructura monolítica. El movimiento –para bien o mal– ha estructurado sus prioridades. Todo el régimen de la ONU a través de sus comités de monitoreo, grupos de trabajo y relatorías especiales está basado en un nivel de preferencias. En nuestros

⁷³ SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., p. 448.

⁷⁴ Human Rights Committee. "General Comment No. 6: Right to life (Article 6)". 1982. par. 7. En: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?OpenDocument)

⁷⁵ SVENSSON-MCCARTHY. Op. cit., pp. 448-449.

⁷⁶ Human Rights Committee. "General Comment No. 21: Human Treatment of Persons Deprived of Liberty (Article 10)". 1992. En: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?OpenDocument)

⁷⁷ Human Rights Committee. Nota 60 *supra*. par. 13.

días, el núcleo duro parece jugar un rol en la elaboración y desarrollo de estándares de normas básicas dentro del canon de derechos humanos. Por lo tanto, el núcleo duro le da un toque de “realismo” al movimiento.

Por otro lado, algunos argumentos en favor de un núcleo duro de los derechos humanos pueden encontrarse en perspectivas de corte más pragmático:

(a) Posibilidad

No percibimos a todos los derechos humanos con la misma fuerza normativa y alcance moral. De un lado, existen ciertos derechos humanos de “sospechosa” identidad. Por ejemplo, en el caso López Ostra, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que los malos olores producidos por una fábrica constituían una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar bajo el CEDH⁷⁸. ¿Existe un derecho a la protección del medio ambiente dentro del CEDH? ¿Es ésta una adecuada extensión del clásico derecho a la privacidad bajo el artículo 8 del CEDH? Aunque interesante, encuentro profundas dificultades teóricas bajo este tipo de razonamiento. ¿O es que en verdad existe una tercera generación de derechos humanos tal como algunos han argumentado? Por otro lado, ciertos derechos humanos aún cuando luzcan bastante “reales” –en la práctica se muestran bastante difíciles de realizar. Para dar un ejemplo, demandas por una adecuada alimentación, vestido y vivienda parecen ser hoy una utopía. En el mismo sentido, el carácter idealista de ciertos derechos civiles y políticos se muestra bastante dudoso.

(b) Urgencia

Resulta lógico comprender que ciertos derechos humanos requieren una respuesta urgente. Sin duda alguna, ciertos sucesos en el mundo vinculados a la violación de ciertos derechos humanos resultan más chocantes a nuestra conciencia. El enfoque privilegiado sobre cierto tipo de violaciones –genocidio, tortura y limpieza étnica– por ciertas ONGs alrededor del globo nos revela esta dimensión. La reciente creación de la CPI revela la misma preocupación. ¿Podemos imaginarnos a la CPI teniendo jurisdicción sobre las violaciones de otros derechos civiles y políticos? ¿Por qué los derechos económicos y sociales aún no poseen mecanismos adecuados para un mejor monitoreo?

De manera general, los actores internacionales se resisten a establecer sanciones cuando estos “otros” derechos humanos no han sido adecuadamente protegidos. Violaciones a los derechos a la alimentación, vivienda o a servicios adecuados de salud no se encuentran en el catálogo de los abusos y atrocidades más urgentes del catálogo de derechos humanos. De alguna forma, existe un mayor nivel de tolerancia cuando estos derechos humanos son puestos en peligro. Para emplear el lenguaje del caso Barcelona Traction, aquí no existe “comunidad internacional en su conjunto” reaccionando frente al incumplimiento de obligaciones programáticas⁷⁹.

(c) Supervivencia

Finalmente, los seres humanos tendemos a asociar los derechos humanos con ideas minimalistas relacionadas a la supervivencia. ¿Cuáles son las violaciones a los derechos humanos que más nos aterrorizan? Genocidio, tortura, esclavitud y discriminación racial, son las respuestas más frecuentes a este tipo de pregunta. ¿Qué tipo de derechos humanos son nuestra última esperanza en ausencia de todos los otros? El resultado tampoco es demasiado distinto. En esta ocasión, el ideal de derechos humanos se limita a elementos tales como la vida, la libertad de movimiento, la libertad de conciencia, pensamiento y religión, así como a preocupaciones relacionadas a la alimentación, educación básica y vivienda. Nuevamente, ¿qué de los “otros” derechos humanos? ¿Acaso no son tan importantes, universales, indivisibles e interdependientes como estos otros? ¿Acaso el movimiento de derechos humanos ha sobreestimado su capacidad para dar solución a este tipo de violaciones en el mundo?

Todos estos argumentos sustentan la idea de la existencia de un grupo de preferencias al interior de los derechos humanos. ¿Puede el discurso oficial del movimiento de derechos humanos negar este hecho? En nuestros días, la idea de un núcleo duro juega un rol decisivo en el esfuerzo común para elaborar y desarrollar normas básicas relacionadas a un esquema preferente dentro del canon de derechos humanos. Esfuerzos recientes en la Comisión de Derechos Humanos muestran una aproximación minimalista para la identificación de “estándares fundamentales de humanidad”, concepto que refuerza la idea de una estructura de corte jerárquico. ¿Acaso es ésta una

⁷⁸ Reclamos relacionados a un derecho a un medio ambiente limpio, un derecho al desarrollo y a la paz, están asociados con esta línea de argumentación. Ver ALSTON, Philip. “Conjuring up new human rights: a proposal for quality control”. En: *American Journal of International Law* 78. 1984. pp. 611-614.

⁷⁹ Tal como O’Neill presenta, “[u]nfortunately much writing and rhetoric on rights heedlessly proclaims universal rights to goods and services, and in particular ‘welfare rights’, as well as to other social, economic and cultural rights that are prominent in international Charters and Declarations, without showing what connects each presumed right-holder to some obligation-bearer(s), which leaves the content of these supposed rights wholly obscure... Some advocates of universal economic, social and cultural rights go no further than to emphasize that they can be institutionalized, which is true. But the point of difference is that they must be institutionalized: if they are not there is no right”. O’NEILL, Onora. “Toward justice and virtue”. 1996. pp. 131-132.

contradicción? Ciertamente los estados y ONGs actúan movidos consideraciones preferenciales. ¿Es esto bueno? ¿Qué del principio de indivisibilidad? Quizás el núcleo duro es lo mejor que podemos esperar de los derechos humanos. El movimiento de derechos humanos se muestra así como la historia de progresivas preferencias. Quizás sea tiempo de admitir que no todos los derechos humanos tienen la misma fuerza jurídica y moral como se nos ha hecho pensar. O lo que es peor, que no todo lo que se nos dice es un derecho “humano”, sea en realidad tal.

C. Algunas preocupaciones en torno al núcleo duro

El ideal de los derechos humanos implica por sí mismo una propuesta jerárquica. En efecto, los derechos humanos son concebidos esencialmente como algo “distinto” a los demás derechos. El diseño de los derechos humanos trasciende la dimensión jurídica: estos son derechos que no se conciben como privilegios concedidos por los estados. En ese sentido, los derechos humanos están enmarcados como demandas éticas de carácter pre legislativo derivadas de lo que se ha denominado “dignidad inherente de la persona humana”. En consecuencia, los derechos humanos prevalecen cuando son confrontados con “otros” derechos. En cierta forma, la idea de los derechos humanos cumple una función de *pedigree* en el orden jurídico. Solamente estas provisiones – tan críticas para el desarrollo de estándares adecuados para todos los individuos– podrán convertirse finalmente en derechos humanos.

¿Será posible extraer entonces un estándar mínimo al interior de los propios derechos humanos? ¿Tiene ello sentido? ¿Cuáles son las implicancias de reconocer que un derecho humano es parte del núcleo duro? Los estados y ONGs *de facto* han asignado ciertas prioridades en favor de ciertos derechos humanos, haciendo ver a algunos virtualmente “invisibles” –y no indivisibles– frente a los otros. La propia ONU se centra en un grupo de estos derechos. ¿Acaso el principio de indivisibilidad debe ser reformulado y suavizado? Quizás. Sin embargo, en el estado actual de la cuestión, cualquier proposición para establecer un esquema formal de jerarquía a través de la ONU resulta políticamente improbable.

¿Y qué es lo que queremos decir cuando nos referimos al núcleo duro de los derechos humanos? El hecho de

que ciertos derechos humanos sean de vital importancia es algo que hoy creo ya es indiscutible. Pero, ¿cómo reconciliar esto con el principio de indivisibilidad? Ciertamente, todas las categorías de jerarquías a las que nos hemos referido en este ensayo se encuentran vinculadas a derechos humanos de corte civil y político o al derecho internacional humanitario. Bajo esta perspectiva el núcleo duro se encuentra básicamente ligado a intereses de supervivencia. Pero, ¿por qué algunos derechos humanos son considerados tan vitales? Para efectos metodológicos utilizaré el término “condiciones previas o de entrada” (“*threshold conditions*”) empleado por Amartya Sen en una reciente presentación pero sobre el carácter universal de los derechos humanos⁸⁰. Mi argumento es que deben existir ciertas “condiciones previas” de (a) importancia (significado), y (b) influencia social para que un derecho humano figure como parte del núcleo duro⁸¹. Por un lado, estas condiciones previas tienen un carácter negativo que impide que ciertos derechos humanos ingresen al núcleo duro. De otro lado, ellos implican una dimensión positiva, en la medida que estos criterios indicarán si ciertos derechos humanos reúnen las condiciones para su inclusión entre los derechos en los que el núcleo debe privilegiar su enfoque. ¿Debe el núcleo duro extenderse para incluir derechos que no figuran en las cláusulas de no derogación en los convenios de derechos humanos? ¿Debemos movernos más allá de consideraciones vinculadas a la seguridad personal? En mi opinión, una adecuada conceptualización del núcleo duro debe extender su agenda hacia otros grupos de derechos humanos, incluyendo otros derechos civiles y políticos así como a los derechos económicos, sociales y culturales.

Consideremos ahora cuatro derechos humanos y apliquemos el modelo de “condiciones previas” del que hemos venido hablando. ¿Cuáles de estos cuatro derechos humanos es un mejor candidato para el núcleo duro? Cada uno de estos derechos tiene, como veremos, una particular importancia en función a contextos particulares: (a) Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁸². (b) El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de su existencia⁸³. (c) El derecho al descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la

⁸⁰ SEN, Amartya. “Elements of a theory of human rights”. Abril, 2004. p. 23 (manuscrito inédito, ubicado en los archivos del autor).

⁸¹ SEN emplea la metodología descrita para determinar si un caso específico reúne las condiciones para ser aceptado dentro del canon de derechos humanos.

⁸² PIDCP, artículo 7.

⁸³ PIDESC, artículo 11.1.

remuneración de los días festivos⁸⁴. (d) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni de ataques ilegales a su honra y reputación⁸⁵.

Aun cuando cada uno de estos derechos humanos es de importancia de uno u otro modo, no resulta ilógico pensar que (a) y (b) son los mejores candidatos para el núcleo duro. Observemos que tanto (a) como (b) son derechos humanos relacionados con la idea de supervivencia. Es razonable considerar que (c) no es – en términos generales– lo suficientemente importante como para cruzar el umbral de significación social que lo calificaría como parte del núcleo duro. En el caso de (d), aun cuando éste puede ser de extrema importancia a nivel individual, el mismo aparece demasiado introspectivo para ser materia del núcleo duro. Tanto (c) como (d) no parecen ser derechos humanos necesarios para asegurar nuestra existencia.

Podemos extraer algunas lecciones de estos ejemplos. Ellos nos revelan que el contenido del núcleo duro no coincide necesariamente con la aproximación de no derogabilidad (el derecho considerado en (b) no es considerado “no derogable” bajo lista alguna). Adicionalmente, estos nos señalan que la noción del núcleo duro puede reflejar derechos humanos más allá de la tradición liberalista. En ese sentido, estos derechos refuerzan el argumento de que la esencia de este concepto se encuentra fuertemente vinculada a la idea de supervivencia, una noción que incluye no solamente otros derechos civiles y políticos, sino además a los derechos económicos, sociales y culturales.

Tradicionalmente, el núcleo duro ha sido definido bajo una perspectiva no derogable. Como resultado, solamente cuatro derechos humanos: derecho a la vida, prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud y la servidumbre y no retroactividad de la ley penal, así como las provisiones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, han sido considerados como elementos del núcleo duro de derechos humanos. Con un lenguaje similar, Rawls expresó que los derechos humanos, “en contraste, expresan una clase de derechos *urgentes*, tales como las libertades que condenan la esclavitud y promueven la autodeterminación, la libertad... de conciencia, y la seguridad de los grupos étnicos con relación a los asesinatos masivos y prácticas genocidas”⁸⁶. ¿Es esta perspectiva adecuada? ¿Qué otros derechos humanos

se encuentran envueltos en las nociones más básicas de supervivencia? No existe un modo simple para identificar qué derechos humanos han adquirido esa categoría. Claramente, sería imposible –y quizás poco útil– intentar delimitar una lista definitiva de aquellos derechos humanos que forman parte del núcleo duro. Todo esfuerzo de esta naturaleza, aunque tentador, representa solamente un momento en el tiempo, que fácilmente puede variar con el paso de los años. Los derechos económicos, sociales y culturales, sin mencionar los denominados derechos de “tercera generación” son virtualmente invisibles para las estructuras tradicionales de jerarquía de los tratados de derechos humanos. Pero el sentido común nos indica que al menos algunos de estos derechos humanos son tan esenciales que deben formar parte del núcleo duro. Sin embargo, los estados no siempre se encuentran dispuestos a admitir que estos constituyen “verdaderas” obligaciones que deban tomarse seriamente. Esto ha deslegitimado tremendamente la posibilidad de que algunas de estas normas pueden ser consideradas como candidatas para esta categoría.

Una perspectiva amplia del núcleo duro, sin embargo, nos presenta un campo fértil para la discusión en cuanto al contenido de la noción. ¿Podrá ello deslegitimar el concepto del núcleo duro con el tiempo? Conviene recordar lo que Waldron señala: “podemos estar en desacuerdo acerca de los derechos, y es razonable que esto sea así. No debemos temer ni sentirnos avergonzados de tal desacuerdo... Debemos, por el contrario, darle cabida. Tal desacuerdo es una señal... de que las personas están tomando los derechos seriamente”⁸⁷. En todo caso, una perspectiva minimalista –el intento de que los derechos humanos establezcan parámetros de tolerancia– no es la única ruta para determinar el contenido del núcleo duro. En efecto, las divergencias en este campo no constituyen un necesario signo de debilidad. Por el contrario, podemos entenderlas como desarrollos que buscan clarificar y más bien finalizar con el desacuerdo. En ese sentido, podemos concebir al núcleo duro como un “terreno de deliberación”⁸⁸ acerca de los estándares mínimos que podemos esperar de las sociedades estatales. Bajo esta perspectiva, siempre existirá un constante movimiento en el ideal de derechos humanos, y por tanto, también dentro del grupo más esencial de los mismos.

Esta concepción del núcleo duro no se encuentra restringida a la enumeración de una lista de derechos.

⁸⁴ PIDESC, artículo 7.d.

⁸⁵ PIDCP, artículo 17.

⁸⁶ RAWLS, John. “The law of peoples”. 1999. pp. 78-79.

⁸⁷ WALDRON, Jeremy. “Law and disagreement”. 2001. p. 311.

⁸⁸ COHEN, Joshua. “Minimalism about human rights: the most we can hope for?”. Abril, 2004. pp. 7-8 (manuscrito inédito, ubicado en los archivos del autor).

Alternativamente, la dimensión jerárquica se encuentra formulada en términos de estándares urgentes para el individuo en el medio social. La importancia de esta visión es que no se encuentra restringida a las demandas básicas de humanidad, tal como la tercera escena propone. Aquí el núcleo duro funciona como un barómetro que mide el adecuado nivel de los estándares de derechos humanos en la sociedad. Bajo esta perspectiva, el núcleo duro se convierte en una herramienta para identificar aquellos bienes de importancia social así como una plataforma para la realización progresiva de “otros” derechos humanos.

Ésta parece ser una perspectiva adecuada, en la medida que va más allá del criterio de no derogabilidad, concibiendo el núcleo duro como una noción en constante evolución, no restringida a términos de lugar, tiempo o circunstancias particulares. Esta visión tampoco se enfoca en la búsqueda de puntos para un acuerdo *de facto*. En ese sentido, los derechos identificados en los principales instrumentos de derechos humanos representan solamente referencias provisionales para la reflexión en la naturaleza y contenido de la noción del núcleo duro.

Sin embargo, esta concepción no resuelve el dilema acerca de la determinación del contenido del núcleo duro. Pero como en todo asunto normativo complejo podemos estar en constante desacuerdo, ello no debe mirarse de modo fatalista. Este es el mismo problema de las normas de *jus cogens* y de las obligaciones *erga omnes*. Quizás es que los estándares bajo los que el núcleo duro debe medirse requieren ser menos demandantes que los estándares de justicia que el movimiento de derechos humanos oficialmente proclama. ¿Acaso es ésta una forma de relativismo dentro del núcleo duro? Recordemos que ésta más que una noción “dura” es una noción de carácter “intangibles”. El objetivo debe ser la creación de una concepción razonable del núcleo duro de los derechos humanos, no la de reglas para la determinación de derechos. En todo caso, esta opción no se fundamenta en la creencia de que el núcleo duro se asemeja a las estrellas en el cielo que esperan ser descubiertas. Al menos, esta visión nos brinda cierto nivel de acuerdo en las bases siguientes: (a) El núcleo duro representa un conjunto de estándares urgentes (no mínimos), (b) El criterio de no derogabilidad es ineficiente en tanto se restrinja a la determinación del contenido del núcleo duro, y (c) Otros tipos de delimitación conceptual requieren ser explorados.

V. HACIA UNA CONCEPCIÓN ALTERNATIVA DEL NÚCLEO DURO

Hemos visto que las formulaciones iniciales del núcleo duro se encuentran vinculadas a posturas que privilegian

la seguridad corporal como criterio de determinación. En efecto, parte de esta confusión se origina en los esfuerzos por darle al núcleo duro un contenido específico a través de las nociones de *jus cogens* y de normas no derogables. También hemos referido la poca utilidad de proposiciones de corte minimalista proponiendo listas “oficiales” de su contenido. En esta última parte de nuestro estudio, sin embargo, intentaremos postular una concepción alternativa del núcleo duro. Haremos así referencia a la posición contraria a la extensión de la noción hacia otros derechos civiles y políticos, así como a los derechos económicos y sociales.

En primer lugar, debemos reconocer que muchos de los derechos económicos y sociales que consideraremos no aparecen en las presentaciones clásicas del núcleo duro o en las primeras formulaciones de lo que se conoce como “derechos naturales”. Esto ya se constituye en un gran obstáculo. Sin embargo, no entraremos a considerar las discusiones acerca de la naturaleza de los derechos económicos y sociales. Así, me internaré más bien en la noción de “viabilidad” que rodea a estas críticas. Luego de un diagnóstico empírico del movimiento de derechos humanos parece ser que aun con el mayor esfuerzo, la realización de estos derechos es poco viable. ¿Pero cuáles de los derechos humanos son plenamente realizables? Entender el núcleo duro como un grupo de estándares urgentes sugiere la necesidad de pensar y trabajar pragmáticamente, por ejemplo en el desarrollo de nuevas instituciones que mejoren la situación de estos derechos. ¿Acaso la tortura ha cesado porque es considerada una norma indiscutible del *jus cogens*? Ciertamente no. El posicionamiento de un derecho humano como parte del núcleo duro parece más la confirmación de que las instituciones y órganos de monitoreo son todavía perfectibles. Tal como Sen se pregunta, “¿por qué la completa viabilidad debe ser una condición para los derechos humanos cuando el objetivo es trabajar para conseguir su viabilidad?”⁸⁹. Bajo una perspectiva más interactiva, otros derechos humanos tales como el derecho a la educación, el de atención médica, o el derecho a la alimentación podrían ser incluidos en el núcleo duro. Muchos otros de los derechos civiles y políticos, tal como la prohibición de la discriminación por causa de género o el derecho a la intimidad pueden encontrar un legítimo espacio en el núcleo duro dentro de esta visión. ¿Acaso las sociedades en vías de desarrollo del planeta se sentirían incómodas con este enfoque?

El valor de una posición como la anterior radica en que supera ampliamente una formulación “oficial” del núcleo duro. Esperamos así que nunca se produzca

una lista definitiva de derechos. Asumiendo que tal empresa sea viable, ¿quién tendrá la legitimidad para proclamarla? Otra ventaja de esta posición es que convierte al núcleo duro en un concepto pragmático y realista. Por supuesto, la no derogabilidad es un primer elemento a considerar pero también debemos estar atentos a sus limitaciones para la determinación de categorías de corte *supra* positivo. Otros criterios también pueden ser tomados en cuenta.

Al hablar del núcleo duro yo preferiría que pensemos acerca de prioridades más que en derechos superiores. Aunque ésta es solamente una observación de corte semántico, ella refuerza la idea de una noción que se encuentra en constante evolución. En ese sentido, todas las categorías de derechos humanos –los civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y aun los colectivos– pueden llegar a ser parte del “terreno de deliberación” que el núcleo duro configura. Quizás allí radique el mayor error de las primeras formulaciones del núcleo duro. El acercar la noción a las cláusulas de no derogación o a listas oficiales, ha contribuido a reforzar la idea un conjunto de principios pétreos listos para ser descubiertos a través de una fórmula de intersección normativa.

Algunos autores han sugerido que una aproximación más efectiva consiste en la identificación del núcleo duro de cada derecho humano, en el entendido de que tal intento será útil a la determinación de la esencia de cada uno así como a una progresiva realización de las distintas categorías de derechos humanos⁹⁰. Esta aproximación puede ser útil a fin de entender de mejor manera la dicotomía derogable-no derogable. En todo caso, son las cortes internacionales y los órganos de supervisión los que tendrán un interesante rol hermenéutico en este sector. Sin embargo, a pesar de lo atractivo del postulado, ello parece importar un alto grado de dificultad. En nuestros días, la jurisprudencia y los comentarios generales del Comité de Derechos Humanos también se han visto restringidos a considerar solamente un grupo de preferencias dentro de los derechos humanos.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Permítanme dar algunos comentarios finales acerca del núcleo duro. Como ha sido señalado en este ensayo, creo que la noción tendrá un mejor desenvolvimiento si es considerada como un terreno de constante deliberación. Estamos convencidos de que otros derechos humanos tales como los económicos y sociales tienen la legitimidad suficiente para ser considerados como parte del núcleo duro

dentro de esta perspectiva. En el futuro, quizás otras dimensiones –hoy impensables– de los derechos humanos podrán ser consideradas como parte del mismo. Quizás pronto cuestiones referidas al medio ambiente o al género podrán formar parte de la noción. El punto es simplemente dejar la puerta abierta para un debate permanente que enriquezca el concepto. ¿Acaso ésta es una ilusión simplista? Me doy cuenta que quizás soy bastante optimista al postular una visión de este corte para el núcleo duro. Pero también creo que este concepto –como los propios derechos humanos– se refiere a la mejora de las condiciones de vida en el planeta más que a las eternas disputas teóricas sobre sus contenidos y límites en frente de una torre de libros. En ese sentido, siempre podremos pensar en cómo recrear la noción de derechos humanos para hacerla más eficiente. Total, nada es último, ni siquiera los mismos derechos humanos. Es por ello que la noción del núcleo duro propuesta requiere estar en constante evolución. Las discusiones acerca de cómo dirigir el concepto hacia una concepción más eficiente son hoy imperativas. Solamente espero que las futuras discusiones puedan resistir la tentación de pensar en los derechos humanos como si fuesen el último escalón del desarrollo humano.

Sobre la base del análisis de este ensayo podemos sugerir dos consideraciones. La primera consideración es de corte pragmático. El núcleo duro es la *kriptónica* del principio de indivisibilidad. Su propósito, sin embargo, no es el de debilitar al movimiento de derechos humanos. Al contrario, intenta hacerlo más conciente de sus propios límites. Es la evidencia de una natural tendencia de los seres humanos para preferir ciertos derechos sobre otros. En cierta forma, ello nos dibuja un cuadro más adecuado del movimiento de derechos humanos, llenando el vacío entre teoría y realidad a veces tan ausente en los derechos humanos. La segunda consideración es de corte teórico. No resulta claro que el núcleo duro implique siempre una dimensión *supra* positiva. ¿Es el núcleo duro la expresión de una jerarquía dentro de los derechos humanos? La noción no coincide siempre con el *jus cogens*. Ciertamente, tanto el *jus cogens* como las cláusulas no derogables nos proveen de un primer criterio de determinación. Sin embargo, también creo que el núcleo duro se encuentra mejor delimitado como un conjunto de prioridades basados en la interacción social. En nuestros días, ciertos derechos humanos son vistos como algo urgente, algunos de ellos implicando una dimensión imperativa, otros no. En todo caso, el núcleo duro no se agota en una u otra noción determinista.

⁹⁰ MEYER-BISCH. Nota 41 *supra*. pp. 109-113.

Para terminar retomando lo dicho al inicio de estas páginas, este ensayo no ha buscado descifrar el camino correcto para entender el núcleo duro. Mi propósito ha sido solamente el capturar las visiones de cómo el núcleo duro ha sido considerado a través de la historia del movimiento de derechos humanos, tratando de ofrecer una postura alternativa. Los activistas de derechos humanos deben poner atención a estos enfoques alternativos. Creo en la riqueza de los enfoques pragmáticos, pero también considero que un

adecuado marco conceptual –tantas veces olvidado– beneficia sustancialmente el desarrollo de prácticas coherentes, incluyendo el adecuado monitoreo de los derechos económicos y sociales. Los activistas, así como los estudiosos del fenómeno necesitan una constante re-evaluación de sus visiones sobre los derechos humanos. La claridad conceptual es vital para la práctica y viceversa. Total, la divergencia no es signo de debilidad. Por el contrario, nos permite refinar nuestras preguntas para una próxima conversación.

LIBERTAD Y POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE CULTURA

Andrés Roemer*

Disfrutar del arte en países como el nuestro, y en general en países del tercer mundo, es un lujo que pocos se pueden permitir.

Lo lamentable es que uno se termina olvidando que el ser humano no es sólo un animal pensante que requiere satisfacer necesidades básicas, sino también un ser capaz de sentir y expresar lo que siente. El arte es la expresión de los sentimientos más profundos del ser humano y es la más sublime manifestación de su libertad. Sin embargo, son pocas las instituciones que se encargan realmente de fomentar este aspecto humano, tan importante; surgen, entonces, las siguientes preguntas: ¿quién debe hacerse cargo? ¿Quién debe financiar el arte? ¿Qué función cumple el gobierno en este sentido?

El autor realiza en el presente artículo un interesante desarrollo de la problemática relacionada no sólo con quién debe fomentar la cultura en la sociedad, sino también sobre quién debe elegir qué arte es el que se debe promover. Si bien estas preguntas quedan siempre abiertas a debate, es importante buscar mantener la coherencia con un sistema democrático, para lo cual el autor nos proporciona herramientas muy importantes.

* Licenciado en Derecho en la Universidad Autónoma de México y Licenciado en Economía en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Master en la Universidad de Harvard, con especialización en Derecho y Economía. Doctorado en Políticas Públicas en la Universidad de Berkeley. Ex-Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía-ALACDE.

¿QUIÉN DEFINE?

“El verdadero artista no hace obras para el público; prefiere hacer público para sus obras”¹.

Supongamos los siguientes cinco escenarios para definir qué proyectos artísticos deben ser apoyados con recursos públicos.

- I) El gobierno, a través de ciertos criterios, define normas, principios y asignación de recursos.
- II) Un grupo de expertos (críticos de arte, investigadores) y/o creadores define qué apoyar y bajo qué condiciones.
- III) Los ciudadanos (a través de cupones, referéndums o estudios de mercado) definen sus preferencias y, por ende, cómo se deben reasignar los recursos.
- IV) El tercer sector o las organizaciones no lucrativas.
- V) La suerte.

El presente artículo analizará modalidades de los cuatro primeros escenarios, describiendo las fortalezas y directrices que cada uno de ellos conlleva. El quinto escenario es hipotético, pero sin lugar a dudas es un ejercicio de reflexión que cuenta con corolarios de utilidad en la implantación de los cuatro procesos previamente señalados.

Imaginemos que en lugar de tener un grupo de expertos o un comité selecto gubernamental, o una consulta ciudadana, se establecen criterios y requisitos según el/los proyectos a ser gestados, y todos aquellos que cumplan con los mismos, entran a un tipo de tómbola, donde la suerte elige a unos en lugar de otros. ¿Qué pasaría? ¿Qué tan diferente sería el resultado en relación con comités rotativos de expertos? ¿Por qué?

Es importante reiterar que este artículo *no* se refiere al papel del gobierno *versus* la sociedad, ya sea en la misión, gestación, formulación, implantación y evaluación de las políticas culturales en su conjunto. Este artículo sólo se refiere a la función que cada uno de estos grupos desempeña o debería desempeñar en materia de estímulos y apoyos en proyectos artísticos cuando utilizan recursos públicos.

EL GOBIERNO

“El gobierno menos malo es aquel que hace menos ostentación, que se hace sentir menos y que resulta menos caro”².

El 18 de mayo de 1989, el senador de Estados Unidos de Norteamérica Alfonso D’Amato destrozó una reproducción de Orina a Cristo (fotografía del artista Andrés Serrano) y tiró los pedazos al suelo en el Senado de los Estados Unidos. “Esta pieza que se hace llamar pieza de arte es una deplorable y despreciable exposición de vulgaridad”, exclamó frente a sus compañeros legisladores. D’Amato continuó quejándose de que este artista había recibido apoyo del Fondo Nacional para las Artes (FNA) (recursos de los contribuyentes) para realizar su trabajo. “Increíble, –gruñó–, qué desgracia”.

Ante dicho debate surgieron dos posiciones centrales. Los que estaban a favor de apoyar con *recursos públicos* proyectos que pudieran ser subversivos y provocadores –argumentando que cualquier intento de restringir y limitar el trabajo del Fondo Nacional para las Artes (FNA) violaría la Primera Reforma de Derechos de los Artistas. “La libertad de creación es una forma de libertad de expresión, la cual está protegida por la Primera Enmienda”, sostenía la Asociación Nacional de Organizaciones Artísticas, encabezando la defensa. “Aquellos que reciben fondos públicos merecen gozar de plena libertad para crear, independientemente de la posible interpretación de aquellos que califican su arte como desagradable u ofensivo”. “El Congreso” –decían– “no tiene derecho a interferir con el Fondo; el proceso de toma de decisiones del Fondo Nacional de las Artes (FNA) se basa en la revisión de expertos, es sólido y ha tenido un enorme éxito a través de los años”³.

Por otro lado, los que se encontraban en contra de que con recursos públicos se estimulen este tipo de proyectos definían el asunto en términos de patrocinio más que en términos de censura. Sostenían que el Congreso tenía la responsabilidad de gastar el presupuesto de manera conveniente y que el hecho de imponer ciertas restricciones al dinero del FNA era parte del sano ejercicio de esa responsabilidad. El arte provocativo, se decía, es un mal candidato para el presupuesto federal pues insulta a los contribuyentes. El Senador D’Amato defendió su argumento en forma terminante:

“Si es esto en lo que se ha hundido el arte contemporáneo y algunos quisieran consentirlo, está bien, pero no con el dinero de los contribuyentes. Si permitimos que este grupo de individuos que se hacen llamar *expertos en arte* se salgan con la suya, entonces no merecemos nuestro cargo”⁴.

William Bennett, Director del Fondo Nacional para las Humanidades, dijo al Comité de Apropiaciones que los

¹ Fray Toribio de Benavente

² Alfred de Vigny.

³ SCHWARTZ, David T. “Art, Education, and the Democratic Commitment: A Defense of State Support for the Arts”. 2000. p. 124.

⁴ Registro del Congreso de los Estados Unidos de América. 18 de mayo de 1989. p. 28.

fondos muchas veces apoyaron proyectos que “ridiculizaban, provocaban y contrariaban valores estadounidenses importantes” y que “el involucramiento del gobierno federal [en consolidar el arte y las humanidades] es innecesario, imprudente e inapropiado”⁵. Otros han acusado a las dependencias de ser “instituciones de beneficencia firmantes de cheques para las clases intelectuales”⁶ o “de gastar el dinero público en proyectos inmorales u ofensivos, triviales o frívolos”. De acuerdo con sus críticos, el Fondo Nacional de las Artes y el Fondo Nacional para las Humanidades merecen ser abolidos porque son insultos públicos, un desperdicio para el dinero de los contribuyentes o un gasto que la nación ya no puede permitirse”⁷.

En fin, en 1990 la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos estableció una enmienda en la que los jueces debían determinar qué *criterios* tomar a consideración “del *standard* general de decencia y respeto de las diversas creencias y valores del público norteamericano”.

El debate anterior no sólo es privativo de los Estados Unidos, en México, para citar un caso, la producción de películas como “El crimen del padre Amaro”, en la cual se utilizó recursos públicos, afectó los intereses de un segmento de la sociedad mexicana debido a sus contenidos religiosos; suscitó polémica. Sin duda, el problema que nos viene a la mente en cualquier discusión sobre la función del gobierno en la cultura, como benefactor o regulador, es el peligro de la censura⁸. La censura es incompatible con la democracia. Por ello, en los sistemas democráticos, la censura es una preocupación seria y recurrente que surge en distintos contextos.

Cuando el gobierno activamente apoya o financia proyectos artísticos, el tema de quién define lo que debe ser producido y apoyado asume un papel determinante en función de espacios y temporalidades. Anteriormente, algún artista cuyo trabajo no era de la satisfacción de un patrón podía buscar apoyo en otra parte, pero cuando el gobierno es el benefactor preponderante no hay otro

lugar al cual acudir. Frecuentemente, una negativa del gobierno para subsidiar un proyecto es equivalente a impedir su realización. ¿Consiste esto en *algún tipo* de censura? ¿Una vez que el gobierno ha adquirido una obra de arte, es censura el hecho de no exhibirla? ¿Tiene el gobierno la obligación de apoyar un arte de “mala calidad” con tal de evitar algún tipo de censura? ¿Qué es eso de “mala calidad” en el arte? ¿Es acaso un trabajo técnicamente deficiente? ¿Trabajo moralmente peligroso? ¿Obras que son vacuas estética o intelectualmente? ¿Quién es el indicado para decidir sobre estas cuestiones? Problemas complejos como los aquí señalados explican por qué, en muchos países, los ciudadanos han temido que el gobierno se convierta en un dominante abrumador, en tanto fuente del apoyo de las artes.

Al considerar la cuestión sobre la asignación de los fondos del gobierno para las artes, el mismo problema reaparece en formas distintas. Una es el equilibrio entre calidad y equidad. Por ejemplo ¿es mejor otorgar recursos a una orquesta de calidad mundial o apoyar cinco orquestas de las cuales ninguna será realmente grandiosa? ¿Quién debe decidir? Esta elección se relaciona estrechamente con el problema de la distribución geográfica. Cinco orquestas pueden encontrarse en cinco distintas ciudades. ¿Qué tanto peso debe darse a consideraciones geográficas, ya sea por su propio bien o por el bien del proceso constitutivo de la política?

¿Autoridades iconoclastas? El caso de Richard Serra

En 1979, por petición de la Administración de Servicios Generales de los Estados Unidos (GSA) y recomendado por el National Endowment for the Arts, el artista plástico Richard Serra fue comisionado para crear una escultura que sería instalada específicamente en la Plaza Federal de Nueva York. Tilted Arc consistió en una pared curvilínea de acero, de ocho pies de altura y 1.20 metros de largo, colocada justo a la mitad de la plaza. Richard

⁵ BENNETT, William J. “The Case for Abolishing the National Endowment for the Arts and the National Endowment of the Humanities”. Testimonio realizado ante el House of Appropriations Committee on Interior. 24 de enero de 1995.

⁶ KRAUTHAMMER, Charles. “The First 100 Days: A Hardball Agenda”. En: Washington Post. 2 de diciembre de 1994.

⁷ Ibidem.

⁸ Basados en la novela homónima escrita por José María Eça de Queiroz en 1875, Carlos Carrera, director, y Vicente Leñero, guionista, adaptaron la cinta “El crimen del padre Amaro” a la realidad mexicana del año 2002, apoyados económicamente con fondos del Estado a través del Instituto Mexicano de Cinematografía. La trama es la confrontación de la fe, el poder, la Iglesia y la pérdida de los votos de castidad de un joven que se inicia como sacerdote.

Grupos de la jerarquía eclesiástica y el Comité Nacional Provida, denunciaron que la cinta mostraba escenas que humillaban e insultaban profundamente sus creencias: sexo ante la imagen de la Virgen de Guadalupe, degradación del sacramento de la comunión y del manto sagrado, aborto, narcotráfico ligado a las autoridades de la Iglesia, etc. Incluso el dirigente de Provida, Jorge Serrano Limón, la acusó de “blasfema e insostenible” y presentó una demanda contra los funcionarios públicos y titulares de Gobernación que permitieron su financiamiento y rodaje.

La polémica y la crítica fueron los medios más efectivos de promoción. “El crimen del padre Amaro” ha sido la cinta con mayor éxito taquillero en la historia de México (5 millones de asistentes); fue nominada al Oscar y al Golden Globes Award como la mejor película extranjera y obtuvo nueve premios Ariel, máximo galardón que se otorga en México a la industria cinematográfica.

El Estado subsidió “El crimen del padre Amaro” por criterios artísticos, no por principios morales. La pregunta es cuál es la misión del arte y por ende la utilización de recursos públicos para el mismo.

Serra recibió una felicitación por parte del Presidente Jimmy Carter, por su contribución al patrimonio cultural de los Estados Unidos.

El concepto moderno e innovador de Tilted Arc causó una gran controversia en los siguientes años: fue criticada por ser antiestética y divisoria, obstruir la interacción social dentro de la plaza, impulsar el *graffiti* y crear problemas de inseguridad e higiene. Durante esta polémica, Serra rechazó una oferta de la GSA de reubicar la escultura, gratuitamente, en otro sitio. En 1985 se llevó a cabo una audiencia pública en la que 122 personas estuvieron a favor de conservar la escultura y 58 en contra. Sin embargo, la noche del 15 de marzo de 1989 la escultura de Serra fue destruida: el arco de acero fue cortado y desmontado, y la hendidura en el asfalto fue totalmente cubierta.

Cualquiera hubiese pensado que fue un acto de vandalismo iconoclasta, sin embargo, existen antecedentes de que fueron personas contratadas directamente por las autoridades del gobierno quienes realizaron tal acto, y fue llamado "vandalismo desde arriba", por haber sido el procedimiento más descarado y bárbaro de la política cultural norteamericana de los años ochenta.

La pregunta subsecuente es: después de que el Gobierno subsidia una obra de arte, ¿es válido prohibir su exhibición?

La polémica, como en la película de "El crimen del padre Amaro", radica en hacia dónde se deben dirigir los recursos del Estado destinados al arte, o bajo qué criterios se decide a quién otorgarlos.

Actualmente los restos de Tilted Arc se encuentran en una bodega del gobierno en Maryland.

Desde otra perspectiva, si hay formas artísticas que pueden considerarse "mejores" que otras (la ópera frente a la comedia musical, por ejemplo), ¿debe una política pública estimular la demanda de las actividades "mejores" o debe simplemente satisfacer las demandas de las mayorías, sean las que fueren? ¿Debe el gobierno estimular nuevas demandas para la cultura y las artes sin importar su definición?

En cada rama artística, las decisiones deben tomarse buscando un equilibrio entre la preservación del patrimonio artístico y la estimulación a los nuevos esfuerzos creativos. La naturaleza propia del trabajo artístico supone el fracaso de la mayor parte de las nuevas producciones; al menos así ha sucedido con numerosas obras maestras del pasado. Por otro lado, una vida cultural que no permitiese espacio para el desarrollo de las artes sería una contradicción.

Otro gran problema del sistema público controlado por el sector gubernamental es que en muchas ocasiones los servidores públicos se ven presionados por los grupos que los apoyaron para llegar al poder⁹, por grupos de presión o por factores reales de poder para tomar ciertas decisiones que son a veces distantes de lo más conveniente en términos artísticos; pero que de alguna manera consisten en cierto alivio político para el sistema.

Escándalo con motivo de la Virgen de Guadalupe en el Museo de Arte Moderno

En noviembre de 1987 se suscitó en la Ciudad de México un escándalo de grandes proporciones debido a la presentación de la exposición Espacios Alternativos. En esta muestra colectiva llevada a cabo en el Museo de Arte Moderno, el pintor Rolando de la Rosa generó el descontento de gran parte de la población católica al incluir iconografía de esta religión en un contexto alternativo dentro de su instalación llamada El real templo real.

Entre las obras que presentó el artista se encontraba un collage conformado por una imagen de la Virgen de Guadalupe con el rostro de Marilyn Monroe, el pelo rubio y situada en medio de una cama. Asimismo, presentó un Cristo crucificado con el rostro y las manos de Pedro Infante. Otra de las obras representaba un Sagrado Corazón rodeado de telarañas en el pecho y portando una botella de vino; finalmente exhibió una Sagrada Familia, en la cual un balón de fútbol cubre la cara de Jesús.

Estas obras en particular provocaron numerosas protestas por parte de los feligreses, quienes se quejaron de haber recibido un atentado, directamente aprobado por la Secretaría de Educación Pública. Ante la profunda indignación de la comunidad católica, el

⁹ Finalmente, algunas políticas sobre arte han sido perseguidas por los líderes políticos o gubernamentales prominentes para obtener ventajas personales. El uso de las artes como estrategia política del príncipe tiene una larga historia, como puede apreciar cualquiera que esté familiarizado con los edificios de los Medici. Un ejemplo lo constituye el establecimiento del Fondo Nacional para las Artes en Estados Unidos. Richard Nixon apoyó dicha empresa como un modo poco costoso de mejorar su imagen ante grupos de interés que no lo apoyaban a él ni a sus políticas.

Comité Provida, dirigido por Jorge Serrano Limón, organizó una marcha el día 28 de febrero de 1988 desde el Zócalo capitalino hasta la Basílica de Guadalupe para manifestarse en contra de la exposición, tachándola como acto sacrílego y satánico. Cabe destacar que se congregaron alrededor de 250 mil personas en este movimiento, oficiando una misa el Cardenal Primado de México, Ernesto Corripio Ahumada. En Acapulco y en Puebla también se manifestaron cuantiosas personas contra esta exposición.

Ante esta situación, en 1988 el director en turno del museo, Jorge Alberto Manrique, renunció a la dirección de este recinto ya que parte de los manifestantes tomaron el museo y pedían el cierre del mismo. Muchos intelectuales, entre ellos Raquel Tibol y Teresa Del Conde, manifestaron su apoyo tanto al artista como a la institución museística y al personal de la misma.

Este caso es relevante en materia de política cultural. Por una parte, se defendían los intereses religiosos de una nación cuya mayoría de habitantes son católicos, por otra parte y tal como los intelectuales en turno manifestaron, se atentaba contra la libertad de expresión, ya que este tipo de manifestaciones artísticas son alternativas y lo que buscan es la apertura de espacios nuevos en donde presentar arte crítico. También es importante mencionar que a pesar de tal escándalo, la exposición cumplió funciones inherentes del arte: conmover y provocar.

¿Deben las autoridades artísticas y culturales con recursos públicos apoyar proyectos que agraden el sentir de alguno de sus ciudadanos?

Más allá de esto, los riesgos políticos que implica apoyar directamente algo que más tarde será un escándalo público hace muy poco atractiva la idea de ser responsable de este tipo de decisiones; algunos políticos, sin embargo, sí logran darse cuenta de que su conservadurismo opera en detrimento de las artes.

En suma, así como mencionamos que el mercado y/o el sector privado tienen fallas en la formulación integral de la política cultural y en la creación suficiente de bienes y servicios culturales, el sector público también

tiene sus propias limitaciones que no le permiten –en todo momento y para todos los segmentos de la sociedad– ser oportuno para inducir la creación de dicho bienestar cultural.

El sector público puede fallar por las siguientes razones: 1) las decisiones de producción de las empresas públicas pueden llegar a obedecer más a motivos políticos que a las necesidades ciudadanas; 2) porque no siempre tienen la cercanía, y por ende, la información requerida sobre las necesidades de un gran número de ciudadanos en materia de consumo y producción de bienes artísticos; 3) el sector público tiene como razón de ser el atender de manera prioritaria las demandas del promedio (la mayoría) de la sociedad y no de las particularidades de la misma (por ejemplo; públicos específicos: adultos mayores, gente con capacidad especial, reclusos, entre otros); 4) el sector público, al establecer prioridades, en ocasiones entra en contradicciones. Por ejemplo, puede suceder que la prioridad hacendaria afecte negativamente a la prioridad cultural, y 5) el sector público tiene incentivos inherentes a los intereses burocráticos, donde la misión de aumentar el gasto asignado o la necesidad de complacer al jefe, a veces puede superar las necesidades auténticas de la misión cultural.

Ante las fallas del sector público y privado para definir qué proyectos artísticos merecen apoyo, aparece un escenario distinto en la gestación de las políticas culturales encabezado principalmente por los creadores y/o expertos, –incluyendo entre éstos, en un lugar preponderantemente, a los críticos de arte– así como por intereses ciudadanos y del tercer sector (por ejemplo; fundaciones, instituciones de asistencia privada, asociaciones civiles)¹⁰. Como lo analizaremos, cada uno de estos grupos tiene sus bondades, así como sus fallas y limitaciones.

LOS EXPERTOS Y/O CREADORES

“Los artistas se equivocan siempre que, en lugar de hacer, meditan”¹¹.

¿Cómo distribuir recursos limitados entre actividades tan disímiles como el teatro, la literatura, las artes plásticas, el cine, el videoarte, la música, la danza o las distintas manifestaciones de la cultura indígena o popular?

Sin duda, hacer uso de recursos públicos para apoyar presentaciones de ópera o, en menor nivel, de música clásica, es debatible por razones de equidad, en la

¹⁰ Esto no quiere decir que el sector público no deba participar en la política cultural. Por supuesto que debe hacerlo. Tiene importantes misiones en el ámbito cultural que fueron descritas en las páginas anteriores y que serán reiteradas en los capítulos subsecuentes. Pero su función definitivamente no es la de definir el “buen *versus* el mal arte”.

¹¹ Alain Touraine.

medida en que (en promedio) los beneficiarios corresponden a los grupos con mayores recursos económicos. En términos generales, los criterios económicos no son suficientes para definir las prioridades en este campo y, en última instancia, lo que resulta determinante son las consideraciones políticas y culturales, es decir, preferencias ciudadanas manifiestas expresadas a través de mecanismos diferentes del mercado¹². Sin embargo, ello no significa que no se requieran criterios consensuados y arreglos institucionales eficaces para mitigar en lo posible los márgenes de arbitrariedad, clientelismo y/o favoritismo en la asignación de recursos para la actividad cultural.

Los grupos de expertos son una opción en la gestación de políticas públicas y en la obtención de información especializada para su proceso de creación, que ha sido utilizada durante años en la tradición de la política cultural. Un individuo al que se acusa de haber cometido un crimen goza de la garantía de ser escuchado por un jurado de individuos comunes o "iguales" a él. Los procesos de revisión y examen hechos por "iguales" (creadores o expertos en la materia en cuestión) han sido establecidos en actividades intelectuales (por ejemplo; ciencia, literatura, humanidades) y profesionales (por ejemplo; medicina, derecho, ingeniería) donde son usados como parte de su autonomía. El gobierno federal, al emprender actividades específicas que requieran experiencia y conocimiento en ciertas áreas, se ha visto en la necesidad de adoptar prácticas similares.

El sistema de revisión por expertos está pensado para ampliar la participación del público en la toma de decisiones del gobierno y ofrecer a los funcionarios públicos asesoría especializada respecto al otorgamiento de prestaciones públicas discrecionales. La calidad de miembros en los grupos de expertos es, por consiguiente, de suma importancia para la efectividad y la legitimidad del proceso; además de que deberá hacerse todo lo posible para mantener flexible el procedimiento de selección¹³.

Este modelo de toma de decisiones está basado en tres supuestos: 1) tus "iguales" son los individuos más capaces para juzgar las cualidades de tu trabajo; 2) las decisiones que tus "iguales" hacen en respuesta a tales cualidades reflejan del mejor modo el interés en el

financiamiento a las artes, y 3) en caso de que los expertos sean creadores de reconocido mérito, la legitimidad en las definiciones tendrán aun mayor validez.

El primero de estos supuestos es probablemente más ampliamente sostenido que el segundo y el tercero. De hecho, el segundo se ha discutido poco en los debates de política artística. Pero los tres son necesarios como justificación para un proceso confiable de toma de decisiones relativo a la asignación de recursos públicos por los grupos de "iguales".

Las controversias sobre el uso de expertos "iguales" en los procesos de creación y aplicación de las políticas públicas surgen en gran medida porque este sistema aparece como un mecanismo para asignar recursos escasos y, por otro lado, para buscarlos. En muchos campos de la política donde se pone en práctica la revisión por expertos, la asignación del presupuesto federal para financiamientos y becas tiene especial importancia no sólo desde el punto de vista financiero, sino en tanto indicador de la calidad y capacidad de quien los recibe, así como del mérito y significancia de su proyecto. Aunque comúnmente se dice que la revisión por expertos no sólo informa decisiones públicas específicas sino que también las aísla de tendencias partidistas o ideológicas, es un hecho que este sistema se enfrenta con un problema relativo a la política: quién obtiene qué, cómo y por qué.

El criterio principal para la selección de los integrantes del grupo es que tengan un conocimiento especializado en ciertas materias, sin embargo, también otros criterios son tomados en consideración. La diversidad y la representatividad, por ejemplo, suponen tomar en cuenta factores como el estilo artístico, la distribución geográfica, la participación de las minorías y la distribución por edad.

Por ello, establecer procesos rotativos que induzcan a la imparcialidad es una parte integral del proceso de revisión. Los conflictos de intereses suelen ser obvios respecto de la solicitud de becas; sin embargo, hay una considerable cantidad de arreglos institucionales que pueden mitigar problemas de parcialidad. Por ejemplo, el Fondo Nacional para la

¹² En lo posible, la decisión política y estética debe apoyarse en una información de los costos de cada actividad y en los distintos usos que podrían definirse a los recursos que se asignen a los subsidios culturales.

¹³ Debe observarse, sin embargo, que la delegación de autoridad a los expertos o a los creadores tiene sus propios peligros. En muchos aspectos simplemente nos regresa al punto de partida. Aparte del hecho de que los creadores y/o expertos sean más aptos que los políticos, servidores públicos o incluso el ciudadano medio para juzgar el mérito técnico (¿artístico?) de una obra de arte o una propuesta, el arte es mucho más que la simple técnica. ¿Quién está para decir que el gusto de los expertos es superior? ¿Quién decide quiénes son los expertos? Generalmente son otros creadores y esto puede llevarnos a una endogamia estética. Es probable que nos lleve a un viejo infantilismo en la toma de decisiones: un experimentador o un iconoclasta puede obtener más éxito ante un comité de burócratas que ante un consejo de artistas prestigiados, o directores de instituciones relevantes. De hecho, en ocasiones las decisiones formuladas por un consejo son potencialmente invalidables ya que sus miembros son artistas que se aprueban o se atacan uno al otro.

Cultura y las Artes (FONCA) en México, prevé rotación de jurados y el Fondo Nacional para las Humanidades en Estados Unidos prohíbe que la revisión sea llevada a cabo por la misma institución de la cual es miembro el solicitante o, incluso, por el mismo sistema universitario.

En primera instancia, los campos de actividad bajo revisión (artes, humanidades, ciencia y medicina) deben estar en constante cambio, lo cual obliga a que la composición del grupo se adapte con fluidez. En segunda instancia, el principio de representatividad es un principio democrático cardinal que debe ser incluido en todos los procesos públicos. Por estas razones, las dependencias públicas que utilizan la revisión por medio de expertos deben tener particular cuidado en reclutar y rotar a los miembros de los jurados frecuente y eficazmente.

Sin embargo, la revisión por expertos presenta un problema clásico de la democracia, el cual se ve complicado con el valor que en la vida pública democrática tiene la libertad de expresión¹⁴. Para ésta, los procesos de revisión de expertos deben generar decisiones públicas bien informadas y ampliamente participativas que al mismo tiempo sepan reconciliar la protección a la libertad intelectual y de creación de los solicitantes, con la prioridad que tiene el Estado de rendir cuentas a la población. Reconocer la legitimidad de ambas demandas es un punto crucial para dar solución a esta aparente paradoja.

En sentido más amplio, las controversias que rodean el uso del sistema de revisión de expertos no pueden ser resueltas en un solo sentido, apelando a la autoridad del experto o a la potestad del interés público. La posible solución debe ser capaz de pretender legitimidad en ambos sentidos. Esta solución inevitablemente asumirá un carácter político, equilibrando distintos principios y combinando tanto recursos públicos como privados para dirigir el interés cultural.

En esta situación, la inclusión de arreglos institucionales en las artes es fundamental. Los juicios deberán ser

ejecutados bajo reglas del juego certeras, transparentes, imparciales y oportunas, tanto en el terreno político como en el estético. La conducción de los programas gubernamentales para las artes, y los arreglos institucionales que induzcan a la imparcialidad de grupos de interés y de favoritismos ajenos al "mérito", son tan importantes como los problemas de justificación estética.

LOS CIUDADANOS

"Democracia significa gobierno por los sin educación, mientras que aristocracia significa gobierno por los mal educados"¹⁵.

El debate acerca del derecho que pueda tener un gobierno para influir en la ideología de los individuos a través del arte es añejo. John Stuart Mill decía lo siguiente: "Cuando se pretende moldear a las personas idénticamente entre ellas, y cuando el molde que se intenta aplicar satisface a la clase predominante en el gobierno, sea éste una monarquía, una aristocracia, o la mayoría de la generación existente, en la proporción que esto sea eficiente y exitoso, constituye un despotismo sobre la mente humana"¹⁶.

En el otro extremo de la toma de decisiones de los gobernantes y los expertos se encuentran los ciudadanos. Para ello, (idealmente) cada uno de ellos define lo que quiere, en su espacio y temporalidad.

En dicho sentido, la pregunta subsecuente y de enorme trascendencia en el ámbito de las políticas públicas es: ¿cómo lograr que los ciudadanos realmente sean partícipes en la definición de las políticas culturales? Ante ello surgen principalmente tres mecanismos: 1) el referéndum, 2) los cupones, y 3) los estudios de opinión.

El referéndum ha sido un mecanismo útil para dichos propósitos. Por ejemplo, en Suiza, los gastos importantes para las artes están sujetos a un referéndum público. Entre 1950 y 1983 hubo 108 referéndums en los municipios principales. De ellos, 82% fueron apoyados por los votantes¹⁷.

¹⁴ No sería difícil predecir una serie de críticas a la revisión de un grupo de expertos: "sistemas cerrados de amigos –'mafias'– que se dan becas entre ellos de acuerdo a valores que no son compartidos por la sociedad en general". En la mayor parte de los campos en los que participa el gobierno, tal situación estaría caracterizada como un caso de "captura regulatoria" –la dependencia creada para relacionarse, subsidiar, dar forma, regular o controlar un sector pensante y crítico de la sociedad.

¹⁵ Gilbert Chesterton.

¹⁶ STUART MILL, John; citado por ARONS, Stephen. "Compelling Belief: The Culture of American Schooling". Nueva York: Mc Graw Hill. 1983. p. 195.

¹⁷ Las pinturas de Picasso, "Les deux frères" y "Arlequi assis", fueron puestas en venta por 8.4 millones de francos suizos. Estas pinturas ya estaban en préstamo en la colección del Basle Art Gallery y el gobierno de la ciudad de Basilea decidió que gastaría 6.4 millones si lograran conseguir 2 millones adicionales de fondos privados, y los 6.4 millones estuvieron sujetos a un referéndum. En octubre de 1967 se dio un debate acerca del arte y la comunidad en el papel del arte moderno. Al final, 53.9% de las personas votaron a favor. Picasso estuvo tan encantado que donó dos pinturas más y dos dibujos al museo. FREY, Bruno S. y Werner W. POMMERHNE. "Muses and Markets: Explorations in the Economics of the Arts". Oxford: Blackwell. 1989.

El referéndum: caso Tacoma

En abril de 1982, el artista “neón” Stephen Antonakos propuso la realización de una escultura en el techo del Domo de la ciudad de Tacoma, Estados Unidos. Los miembros del consejo de la ciudad rechazaron en un principio el proyecto, sin embargo, más tarde algunos miembros de la comisión de artes lo apoyaron y en noviembre del mismo año votaron a favor de la contratación del artista para la realización de un proyecto que no incluyera el techo del Domo.

Casi un año después de presentar dos proyectos preliminares, Antonakos fue a la Comisión de Artes el 16 de enero de 1984 con una descripción final, por escrito del proyecto. El artista propuso una escultura bi-dimensional montada en dos paneles fijos cada uno de tres y medio metros de alto y casi treinta metros de largo, los cuales serían colocados uno junto al otro al final del escenario del Domo.

Esta nueva propuesta fue recibida con entusiasmo por parte de la Comisión de Artes, la cual estaba impaciente por realizar el proyecto después de más de dos años de retraso, tiempo en el cual, el Domo ya había abierto sus puertas. Al día siguiente, después de revisar la propuesta con Antonakos, el jurado del Domo emitió su aprobación. Antonakos presentó el proyecto al consejo municipal y describió los paneles, su ubicación dentro del Domo, los métodos de construcción, mantenimiento y costos, los cuales sumarían un total de 272,000 dólares, incluyendo una comisión de 135,000 dólares.

Al día siguiente, la comisión de artes sostuvo una audiencia pública sobre la nueva propuesta. Sólo 26 personas asistieron a la audiencia. Después de la presentación del proyecto se recibieron comentarios; poco más de la mitad de los asistentes se opusieron al proyecto y el resto estuvo a favor de éste. Algunos de los que se opusieron argumentaron que los 272,000 dólares constituían una cuantiosa suma para gastarse en arte, mientras que el resto de los opositores coincidían con Maude Norton, quien testificó que la escultura era inapropiada para Tacoma, ya que no reflejaba la historia e identidad de la ciudad.

Posteriormente críticos del consejo municipal cuestionaron la anticipación con la que se habían llevado a cabo las audiencias. El principal argumento era que el consejo no había realizado las audiencias con el tiempo suficiente para incorporar en el proyecto las observaciones y opiniones del público.

Una semana después, el consejo aprobó la recomendación de la Comisión de Artes y otorgó el contrato a Antonakos el 21 de febrero de 1983. Como reacción contra el artista, un grupo de ciudadanos formó el grupo “Neón No”, bajo el liderazgo de Don Newman, artista local. Este grupo buscaba prevenir al consejo de la ciudad de firmar un contrato con Antonakos y lograron que tres miembros quisieran reconsiderar la decisión de contratar al artista debido a la creciente oposición.

Después de perder la batalla para evitar que el consejo firmara el contrato con el escultor, el comité del grupo “Neón No” comenzó una campaña, a principios de abril, para recaudar 4,200 firmas con el fin de convocar a un referéndum. A mediados de mayo el grupo contaba con 8,000 firmas. Por lo que, el consejo de la ciudad tomó la decisión de convocar a un referéndum el 18 de septiembre para decidir el futuro de la obra que ya había sido contratada y que el escultor entregaría a la ciudad a finales de julio.

El referéndum se llevó a cabo y votaron 25,000 personas de las 80,000 registradas en el padrón electoral de la ciudad. Los resultados indicaron que 75% de los ciudadanos que votaron no estaba de acuerdo en que la escultura de neón se exhibiera en el Domo apoyando con esto la remoción de la obra. Debido a estos resultados, el consejo de la ciudad realizó un análisis de la remoción de la escultura y se dio cuenta que implicaba nuevos costos.

Por tal motivo, el consejo convocó a una audiencia pública con el fin de plantear el problema y con esto disuadir a la población de que la escultura se quedara en su lugar. La audiencia se llevó a cabo el 6 de diciembre y tuvo una asistencia de 600 personas, ambos bandos, los “Neón No” y la gente de la comisión de arte que apoyaba la obra, trataron de persuadir a los asistentes a la audiencia.

En lugar de crear un consenso, la votación realizada en la audiencia aumentó la confusión creada alrededor de la controversia, ya que 68% de los asistentes estuvo a favor de mantener la obra en el Domo, una cifra similar a los resultados del referéndum llevado a cabo en septiembre. Finalmente, la decisión recayó en el consejo, el cual tuvo que decidir finalmente tomando en cuenta tanto los resultados del referéndum como los de la audiencia.

¿Es legítimo retirar una obra de arte por petición de un grupo de ciudadanos?

Otro mecanismo *democrático revolucionario* en la gestación de las políticas públicas utilizado por los ciudadanos, es el sistema de cupones.

El sistema de cupones es un sistema de subsidio a la producción o consumo de bienes y servicios culturales mediante el cual se destina un monto específico de dinero a cada grupo específico (estudiantes, niños, discapacitados, adultos mayores, etc.) en la forma de un cupón que se entrega para ser utilizado como pago de eventos artísticos. La institución en cuestión, por su parte, intercambia dicho cupón por dinero en la oficina pública, o mediante la forma que se destine para tales efectos.

Gendt lo define como: “El cupón es un título con un poder de compra predeterminado, endosado directamente a un individuo con la finalidad de fortalecer la efectividad de las preferencias del ciudadano”¹⁸.

Un sistema de este tipo puede tener diversas variantes según su diseño. Las diferencias más importantes factibles de encontrar entre los mecanismos dependen básicamente de los siguientes aspectos: a) el monto económico del cupón; b) el tipo de evento/proyecto que se considere, o los requerimientos mínimos para que una institución artística sea o no aprobada para ingresar al sistema; c) la regulación que acompañe a un sistema de esta naturaleza; d) los sistemas de información que se implementen para dar igualdad de oportunidades y generar incentivos de competencia y bienestar social¹⁹; y e) las ayudas económicas complementarias que se otorguen a los ciudadanos de bajos recursos, así como a públicos específicos.

Como puede observarse, la información es un factor primordial para el buen funcionamiento de un sistema de elección por cupones. La eficacia con la que se transmite información acerca de las diferentes alternativas para escoger, así como las características de cada una de ellas, es fundamental para, de manera efectiva, maximizar las preferencias del ciudadano.

Por eso, cada vez que se hable de un sistema de subsidio en la política pública (por ejemplo, cupones)

es necesario conocer al detalle todas sus características para así juzgarlo correctamente. Sin embargo, en general se puede mencionar un elemento común: un sistema de cupones relegaría una parte de la producción artística y cultural a las fuerzas del mercado, en el cual los proyectos y producciones artísticas competirían por los públicos existentes. El Estado continuaría utilizando recursos públicos para cumplir aquellas misiones que le corresponden y que las preferencias ciudadanas no atenderían (por ejemplo, preservación, normatividad, bienes públicos).

Todo ello no significa la abdicación por parte del Estado de sus responsabilidades como rector, preservador, promotor y gestor de los bienes y servicios culturales; sólo significa el imperativo de reconocer el papel de los ciudadanos, de las comunidades y de los procedimientos democráticos en la formulación de la política cultural.

Es importante recalcar que las características financieras que tendría un sistema de cupones se regularían según los criterios a ponderar. Por ejemplo, se puede establecer que el monto económico del cupón varíe de acuerdo a la situación económica del individuo²⁰.

Como es posible observar, a pesar de que el sistema de cupones es un cambio de paradigma del modo como opera hoy la política pública en la materia; caso en que los subsidios se ejerzan principalmente a través de instituciones gubernamentales y no directamente a los individuos sensibles, a los bienes y servicios culturales; los cupones también tienen sus propios cuestionamientos: si la gente prefiere usar sus recursos para promover espectáculos de Big Brother *versus* conciertos de música clásica, ¿nos olvidamos de la música clásica? Si los recursos no se usan para preservar nuestra memoria histórica, ¿qué pasaría con la misma? Aquí es donde el Estado asume un papel preponderante en la regulación y uso de los cupones; principalmente a través de la herramienta más valiosa en la afectación de la demanda por bienes y servicios culturales.

Otra modalidad, además del referéndum y de los cupones, para reconocer las preferencias de los ciudadanos y con ello definir la asignación de recursos

¹⁸ Como antecedente, podemos mencionar que este sistema de cupones fue en primera instancia concebido en los años sesenta para el sistema educativo por el economista Milton Friedman, quien consideraba que: “Los gobiernos deben financiar la educación otorgando a los padres cupones que establezcan una suma de dinero por año y por niño, que se pueda gastar en una escuela que haya sido aprobada”. De esta manera los padres podían gastar la suma de dinero adicional deseada para que sus hijos asistan a la escuela aprobada de su elección. El papel del gobierno sería únicamente asegurar que se cumplan los requerimientos mínimos de calidad educativa, con el establecimiento de un mínimo de conocimientos comunes en todas las escuelas, de la misma manera que hoy inspecciona que los restaurantes mantengan un mínimo nivel de sanidad. CATTERAL, James Stanley. “Education Vouchers”. Bloomington: Phi Delta Kappa Educational Foundation. 1984.

¹⁹ Por otro lado, es importante mencionar que un sistema de cupones incentivaría la especialización entre las fundaciones. En un mercado de competencia, cada una buscaría encontrar su nicho de mercado donde poder ejercer su liderazgo y posicionarse como la mejor. Esto, siempre y cuando se les otorgue la autonomía necesaria para que sean ágiles en la toma de decisiones.

²⁰ No es el objetivo de este trabajo determinar cuál es el monto requerido de un cupón en nuestra sociedad, así como tampoco es materia de este análisis concluir si debe éste ser uniforme o debe ser variable. Sin embargo, dadas las desigualdades sociales que existen en sociedades como las nuestras, pareciera que escalar el monto del cupón cumpliría más cabalmente con el objetivo de brindar equidad.

públicos a proyectos artísticos, es a través de estudios cualitativos y cuantitativos de opinión o estudios de mercado.

Por supuesto que los estudios de mercado (como los referendums y los cupones) tienen ventajas y desventajas. Hay que ser cauteloso para vislumbrar en cual contexto sirven y para qué.

Por ejemplo, los estudios de mercado pueden llegar a pronosticar confiablemente qué tan bien una nueva barra de chocolate llegará a venderse, dando a una parte de la población un mordisco del dulce, y preguntándoles qué tipo de etiqueta prefieren. Sin embargo, no se puede abrir un portafolio e interpretar “una muestra” de una nueva sinfonía y predecir la reacción del público amén de cuál será la demanda o qué tan bien será recibida (de entrada, probablemente el hecho de que guste a la mayoría no exprese mucho acerca de la implicación de la política pública de la música o de la excelencia de la misma). Cada pieza de arte es en cierto grado única, y si una composición especial agrada o desagrada al público será en forma más compleja que aquellas barras de chocolate. Aunado a ello, y de mayor trascendencia, es debatible determinar si un proyecto de arte está hecho para *impactar socialmente* al ciudadano.

Los procesos, el instrumental y la interpretación cuantificable del ámbito cultural tiene modalidades distintas a las de otros sectores de interés público; por ello, debe saberse con claridad lo que se busca, antes de definir mecanismos sobre las preferencias ciudadanas²¹.

EL TERCER SECTOR

“Si miras siempre al cielo terminarás por tener alas”²².

Una modalidad representativa de la organización ciudadana, y que cada vez cobra mayor importancia en el quehacer de la política pública, son las organizaciones no gubernamentales o lo que se denomina como el tercer sector.

Seguramente, estimado lector, le surja la pregunta siguiente: ¿por qué el tercer sector puede funcionar eficientemente para aumentar la oferta, diversidad y

calidad de los bienes y servicios culturales? La respuesta radica básicamente en la descentralización de las decisiones. El supuesto detrás de la legitimidad del tercer sector es que el sistema de gobierno está manejado por una burocracia que ejerce el poder público. En su lugar, el tercer sector se descentraliza hacia aquellos que participan directamente en las decisiones: los ciudadanos. En resumen, el sistema del sector filantrópico está construido alrededor de la descentralización.

Con base en lo anterior, se dictamina que el tercer sector cuenta con importantes ventajas en la producción de *determinados* bienes y servicios culturales *vis a vis* el sector público y privado, que justifican su énfasis: 1) promueven la eficiencia económica²³; 2) reducen el tamaño excesivo del gobierno; 3) reducen la carga presupuestaria del gobierno; 4) generan recursos públicos a través de la venta o concesión de la provisión de estos bienes; y 5) permiten a las empresas públicas otras fuentes de financiamiento.

Al mismo tiempo, es importante reiterar que de ninguna manera es justificable que el subsidio a las instituciones públicas desaparezca, ya que es una de las formas sociales más justas para el acceso, la oportunidad, la preservación de nuestro patrimonio, y la redistribución del mismo; mas éste debe ser de tal manera que fundaciones de carácter civil y/o social también puedan elegir dónde gastar su subsidio y no necesariamente que sea el gobierno quien elija por ellos.

En el tercer sector, las organizaciones dependen de los recursos generados a través de las donaciones. Aunque también pueden recibir subsidios del gobierno o vender bienes y servicios en el mercado. Se distinguen de las empresas privadas en que no tienen fines de lucro. Es decir, su finalidad no es acumular beneficios sino lograr un objetivo social.

Una ventaja adicional del tercer sector sobre el sector público propuesta por Holtmann (1976) es que los criterios de racionalización del bien, utilizados por el gobierno pueden no ser satisfactorios para muchos sectores sociales. En cambio, el tercer sector ofrece mayor variedad de criterios, por lo que aumenta sus

²¹ Como es factible observar, la definición de quién define debe reconocer la centralidad de los intereses de a quién se quiere beneficiar e inducir la participación de los ciudadanos compartiendo responsabilidades; creando mecanismos de reflexión, de análisis, de crítica y de gestión pública.

²² Gustave Flaubert

²³ La característica fundamental del tercer sector es que sus organizaciones (pueden ser empresas de asistencia privada o asociaciones civiles) dependen de recursos en forma de donaciones. Puesto que estas organizaciones no tienen fines lucrativos, pueden perseguir los siguientes objetivos: incrementar la calidad de los bienes o servicios que ofrecen, el número de demandantes o el presupuesto en forma de donaciones o de subsidios públicos. De igual manera, dicho sector se constituye principalmente por empresas intensivas en mano de obra. Como la mayoría de sus trabajadores están en calidad de voluntarios, sus costos de mano de obra son muy bajos, por lo que tienden a utilizar relativamente más trabajadores *versus* capital, que los sectores público y privado.

posibilidades de ser aceptado por la sociedad en su conjunto. Además, la aceptación aumenta ya que los objetivos de estas empresas son aprovechar el excedente del consumidor por encima del excedente del productor. En un argumento similar, Tryloff (1989)²⁴ coincide en que el tercer sector presenta ventajas de información sobre los sectores público y privado para conocer y atender las necesidades de comunidades locales.

Sin embargo, es importante hacer notar que el tercer sector, así como el sector público y el panel de expertos, también puede conllevar fallas implícitas en su estructura. Por ejemplo, pueden existir fundaciones que conlleven misiones particulares no coincidentes con las misiones sociales del ámbito artístico.

Por ejemplo, algunas organizaciones son susceptibles de padecer el «síndrome del fundador», que se manifiesta como una fuerte resistencia a los cambios. Ello les impide regenerarse a través de la innovación y el desarrollo de nuevas formas operativas²⁵. De igual manera, puede haber temor a lo innovador, crítico y retante; también puede haber una agenda moralizante de valores ajena al bienestar artístico.

También existen presiones políticas en la toma de decisiones. Esto se debe, en parte, a la existencia de fines corporativos en determinadas fundaciones pertenecientes o asociadas a empresas privadas y sujetas a presiones de accionistas.

Desde otro punto de vista, deben enfrentarse a un dilema fundamental: la consecución de los objetivos sociales, dadas las restricciones financieras. En muchas ocasiones, las fuentes adicionales de recursos ponen en peligro o distorsionan estos objetivos. Es decir, pueden existir conflictos entre los objetivos de la empresa y los medios financieros para conseguir los objetivos en cuestión. De este problema surge la necesidad legal de permitir la recaudación de fondos por donaciones²⁶. La raíz de este problema es que el tercer sector puede no ser autosustentable y poner en riesgo proyectos artísticos que son del gusto de algún donador, por razones financieras o políticas.

Aunado a lo anterior, la gestión de una política liderada *únicamente* por la visión del tercer sector tiene que

responder otros cuestionamientos significativos: primero, uno se pregunta sobre la misión de las distintas compañías y sus fundaciones respectivas ¿imponer determinadas preferencias, valores y gustos? ¿Imponer alguna marca? ¿Apoyar lo que un grupo selecto de “accionistas” o “personalidades distinguidas” decidan apoyar? Segundo, este modelo viola el principio de restricción: una dependencia gubernamental que simplemente ratifica las decisiones de financiamiento del sector no gubernamental, podría carecer de una gran cantidad de electores en el sector artístico o en el poder legislativo y probablemente dejaría de existir. Tercero: la generación de iniciativas del sector civil podría rebasar la capacidad del gobierno de financiar todos los requerimientos sociales.

Sobre la base de lo anterior, es importante ver que ninguno de estos grupos (gobierno, expertos, creadores, ciudadanos) puede solucionar todos los problemas. Todos tienen beneficios que aportar, así como fallas ontológicas y operativas²⁷. Por ello, como hemos señalado, una política *de Estado* cultural, antes que nada, tiene la obligación de definir su visión y misión, por ejemplo, qué busca y qué pretende en el corto, mediano y largo plazo; sus principios y valores, por ejemplo, dónde queda la crítica y la subversión, las minorías y los diferentes, los unos y los otros; sus competencias, por ejemplo, cuál es y cuál debería ser el papel y las reglas de operación de cada uno de los sectores involucrados; sus intereses, por ejemplo, financieros, institucionales y de participación ciudadana; y sus prioridades en las políticas sustantivas a desarrollar, por ejemplo, acceso, excelencia, democratización, preservación, pluriculturalismo; y con ello reconocer, que cada sector tiene aportaciones, fallas, derechos, responsabilidades y contrapesos para el logro de un óptimo bienestar cultural.

En suma, son los creadores (talentos) los que en la práctica de la política cultural definen el gusto y la trascendencia estética. ¿Quién mejor que Bergman para visualizar a un joven (prominente) director de cine en potencia? Por supuesto, el principio de incertidumbre y restricción se encuentra presente en esta modalidad: ¿qué pasa si para Bergman el proyecto de *Juan Cinéfilo* es genial, pero para Fellini no lo es? Es decir, si rotamos en los jurados a “talentos consagrados” o compiten

²⁴ TRYLOFF, Robin S. “The Role of State Arts Agencies in the Promotion and Development of the Arts on the Plains”. *Great Plains Quarterly*. Volumen I. Número 2. 1989. pp. 119-124.

²⁵ WYSZOMIRSKI, Margaret. «America’s Commitment to Culture: Government and the Arts». Westview Press. 1995.

²⁶ WEISBROD, Burton A. “To Profit or Not to Profit? The Commercial Transformation of the Nonprofit Sector”. Nueva York: Cambridge University Press. 1998.

²⁷ TUCKMAN, Howard P. “Competition, Commercialization, and the Evolution of Nonprofit Organizational Structure”. En: “To Profit or Not to Profit”. Nueva York: Cambridge University Press, 1998. Tuckman analiza la sinergia del tercer sector con los otros sectores y distingue tres casos. El primero se da cuando las empresas no lucrativas compiten con las lucrativas. En el segundo, compiten con las empresas públicas. El tercero surge cuando las empresas sin fines de lucro compiten entre ellas (principalmente por donaciones. El mecanismo más frecuente de competencia es la calidad del bien o servicio para generar prestigio y buena reputación). La conclusión a la que llega es que la definición eficiente de derechos de propiedad, competencias y obligaciones es condición necesaria para el sano desarrollo del arte y la cultura.

entre sí, ¿si existen filias o fobias? ¿Los resultados difieren? ¿Por mucho? ¿Por poco? ¿Cambian las definiciones del buen arte entre generaciones? ¿Entre contextos? ¿Entre pares de “genios”?

Por otro lado, el sector público debe inducir procesos imparciales, desregular cotos de poder, garantizar acceso equitativo, rendir cuentas claras en la convocatoria, inducir la participación ciudadana en las políticas públicas y establecer reglas transparentes y certeras.

Por último, son los ciudadanos, quienes deben definir el mejor uso de sus recursos; por ejemplo, el decidir si prefieren utilizar sus asignaciones presupuestarias para restaurar su iglesia o construir una cineteca en su localidad. Son los ciudadanos los que deben ser partícipes activos en las políticas públicas culturales: la cultura es de ellos, debe ser para ellos el beneficio de la misma.

De igual manera, son los creadores los que deben definir qué crear y encontrar los elementos y apoyos institucionales para que su desarrollo sea pleno y eficaz.

En conclusión, es importante enfatizar que en el debate filosófico de la gestión de la política pública en referencia a quién define lo que debe ser apoyado como arte, se encuentran: 1) el político que tiene recursos para apoyar a sus allegados y convertir en famosos y de moda a sus artistas predilectos; 2) el empresario y el crítico de arte, quienes sin duda influyen en las opiniones de artistas y consumidores, que con ánimo de lucro “inflan”, “sobreestiman”, “subestiman”, “compran”, “re-venden”, “hacen y reinventan” el mercado (y el valor de lo artístico); 3) El pueblo (*sic*), que con sus recursos y tiempos “consume” lo que le gusta y desecha lo que no, e influye en lo que se crea y se ofrece; 4) el talento, el “genio” que es reconocido meritoriamente por su creación, y quien sin duda es el que mayor peso tiene en la balanza para definir el “buen arte” *versus* “el malo”; y 5) el artista, que debe conllevar un espíritu emprendedor para que, sin condiciones de ultraje o censura y bajo arreglos institucionales favorables, desarrolle sistémicamente el mercado dominante creativo de la comunidad.

¿QUIÉN PAGA?

“Todo dinero tiene un pecado original. El único modo de redimirse de él es gastarlo”²⁸.

Una vez analizados los diferentes escenarios de quién define, surge el problema de quién paga, cómo, por qué, y para quién. Ante esto surgen nuevas

interrogantes: ¿cuál es la naturaleza de la relación entre las dependencias que financian las artes y quienes reciben los fondos? ¿Es un regalo? ¿Es un derecho? ¿Es un premio? ¿O, es un acuerdo para intercambiar recursos públicos por actividades que son consideradas de interés público? Aunado a lo anterior, dos cuestiones prácticas: ¿dónde podemos encontrar más dinero? Y ¿cómo podemos encontrar el dinero apropiado en mayor cantidad?

A continuación describiremos las que consideramos las tendencias más significativas en la recaudación de ingresos en el sector de las artes (y con ello aclarar quién paga, quién se beneficia, cómo y por qué). Algunos programas se han concentrado en incrementar los ingresos públicos, con características distintas a las de los ingresos generales provenientes de impuestos.

Loterías estatales: un instrumento en el financiamiento de las artes es el uso de ingresos provenientes de loterías administradas o concesionadas por el gobierno. Este enfoque se ha hecho más común, particularmente en los países anglo parlantes con una tradición de consejos de arte como *art's lenght*. Los ingresos derivados de la lotería son (o han sido) destinados a las artes a nivel estatal en Estados Unidos, a nivel provincial en Canadá y Australia, y a nivel nacional en Nueva Zelanda, Finlandia y el Reino Unido. Las loterías locales y estatales también son utilizadas en Alemania para financiar las artes. Hay que notar que mientras las loterías locales pueden proveer de mayores recursos a la cultura y las artes, representan un problema interesante por sí mismas cuando se considera la incidencia de los pagos y los beneficios.

Loterías Estatales. Viejo mecanismo en la Academia de San Carlos

La Academia de San Carlos es considerada como un ícono urbano en la actualidad. La Academia abrió sus puertas el 4 de noviembre de 1781 con el nombre de Academia de las Tres Nobles Artes de San Carlos y fue formalmente fundada el 5 de noviembre de 1785 con estatutos reales, bajo el nombre de Academia de San Carlos de la Nueva España, teniendo como sede la Casa de Moneda.

Para el Rey Carlos III la Academia fue el medio para regular la producción plástica y artesanal. A partir de entonces, la historia de la institución ha sido trascendente, es el lugar donde se crearon un número significativo de los artistas más importantes del país. Sus maestros y

alumnos han permitido documentar de manera visual gran parte de los acontecimientos de México, por lo que se ha convertido en un testigo permanente de la vida cultural, social y política del país.

En 1810, en plena Guerra de Independencia, la carencia de recursos produjo una crisis de varios años, por lo que la Academia de San Carlos se encontró al borde de desaparecer. Sin embargo, en 1843, por un decreto del 16 de diciembre, la renta de la Lotería quedó a cargo de la Academia de San Carlos, denominándose a partir de entonces Lotería de San Carlos. Los ingresos de la Lotería de San Carlos se destinaron a cubrir los gastos de la Academia. Gracias a la Lotería, la Academia continuó operando, convirtiéndose en la Academia de México Independiente, a cargo de don Francisco Javier Echeverría (posteriormente presidente de la República). De esta manera, la Lotería cumplió con la función de preservar la Academia, que de otro modo hubiera desaparecido por la falta de recursos. El 23 de mayo de 1861 se fundó la Lotería Nacional y quedaron suprimidas las loterías de San Carlos y la del Santuario y Colegiata de Guadalupe. Por Ley del 28 de junio de 1867 se prohibieron las rifas y sorteos y fue en este mismo año cuando se restableció la Academia con el nombre de Escuela Nacional de Bellas Artes.

En la actualidad, la Academia de San Carlos alberga la División de Estudios de Posgrado de la Escuela Nacional de Bellas Artes, integrada a la Universidad Nacional Autónoma de México.

¿Convendría retomar agencias similares a la Lotería de San Carlos que financien las artes para así poder cubrir los gastos de las actividades artísticas y culturales de interés público? ¿Quién ganó y quién perdió con la Lotería de San Carlos?

Hay una cantidad importante de preguntas de política pública que uno debe hacerse acerca del financiamiento por medio de las loterías. El dinero destinado a las artes, ¿termina sustituyendo el gasto público en lugar de aumentarlo? ¿Cuáles son las implicancias de quitar de este modo a las dependencias que financian las artes del presupuesto? Esta tendencia,

¿significa que la cultura y las artes están siendo vistas de manera creciente como parte de la “industria del entretenimiento”, y que está operando un nuevo principio indicativo que cualquier subsidio cruzado debe estar en una industria? ¿Es posible realizar distintos mecanismos de toma de decisiones poniendo en práctica las loterías? De ser así, ¿cuáles son las implicancias del financiamiento de las artes? ¿Son “los soñadores” y la clase baja los que terminan pagando por los servicios y bienes culturales? Por ejemplo, la prensa británica ha insistido en puntualizar que la clase trabajadora pobre es la que está pagando, entre otras cosas, la renovación, expansión y sustento de la Royal Opera House²⁹.

Impuestos específicos: en muchas partes del orbe se han aplicado una variedad de impuestos específicos con el objetivo de definir quién paga y quién se beneficia con la cultura y las artes: impuestos a los hoteles, impuestos a los boletos de admisión, impuestos sobre entretenimiento, impuestos a los boletos de cine, impuestos distritales especiales, por mencionar algunos. En la región de seis condados que rodean Denver, Colorado, por ejemplo, una décima parte del incremento en el impuesto general a las ventas se dedica a instalaciones de artes y ciencia. En Argentina y en México, se cobra un derecho en los boletos de las salas cinematográficas. Ocasionalmente, se implantan impuestos, derechos o aprovechamientos especiales para crear autofinanciamiento en un sector en particular. Generalmente, este impuesto se reembolsa si los ingresos se gastan en ese sector. Veamos, por ejemplo, la industria filmica francesa: se recauda un impuesto complementario en los boletos de las películas francesas, que puede reutilizar el productor, pero sólo si lo reinvierte en una nueva película francesa. Esta política puede ser un instrumento idóneo para alinear de mejor modo a los que pagan por un bien con los que se benefician por el consumo del mismo.

Estímulos fiscales a la producción de películas en México: un anhelo de la comunidad cinematográfica

La industria cinematográfica nacional, por su sentido social, es una actividad cultural de primer orden para los mexicanos y es asimismo una actividad industrial que produce un importante efecto económico al país, al ser una fuente significativa generadora de empleos directos e indirectos.

²⁹ Para mayores detalles de las loterías estatales véase SCHUSTER, J. Mark. “Funding the Arts and Culture through Dedicated State Lotteries –Part I: The Twin Issues of Additionality and Substitution”. En: European Journal of Cultural Policy 1. 1994. y SCHUSTER, J. Mark. “Funding the Arts and Culture through Dedicated State Lotteries –Part II: Opening the Way for Alternative Decision Making and Funding Structures”. En: European Journal of Cultural Policy 2. 1994.

El Instituto Mexicano de Cinematografía (Imcine), organismo público descentralizado coordinado por el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (Conaculta), ha realizado esfuerzos para impulsar, fortalecer, promover y coordinar la actividad cinematográfica nacional en el contexto de una realidad económica difícil y de una ardua competencia frente al cine extranjero, que no ha sido favorable para el país.

La industria cinematográfica nacional, y en particular el campo de la producción, enfrenta en la actualidad una grave crisis de carácter económico, debido entre otros factores, a la insuficiencia de recursos financieros, a la falta de inversión productiva y a ciertas inequidades del mercado, que han propiciado una desigual distribución de los ingresos derivados de esa industria.

Actualmente el otorgamiento de apoyos e incentivos fiscales es una práctica común a nivel internacional que ha producido buenos resultados, por lo que su aplicación en México resulta necesaria a fin de lograr un equilibrio competitivo frente a dichos países.

En este sentido y con el objeto primordial de estimular la inversión de personas físicas o morales en la producción cinematográfica nacional, la comunidad cinematográfica de México ha impulsado una iniciativa de Decreto por el que se otorga un estímulo fiscal, en el Impuesto sobre la Renta, a los contribuyentes que inviertan en películas cinematográficas nacionales.

Esta iniciativa plantea otorgar un estímulo fiscal, por un plazo indefinido, a los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta, ya sean personas físicas o morales, con independencia de la actividad que desempeñen, por los proyectos de inversión productiva que realicen en el ejercicio fiscal correspondiente, consistente en aplicar una deducción del 100% en relación con los gastos e inversiones en la producción cinematográfica nacional. Esta deducción no podrá exceder del 3% contra el total del Impuesto sobre la Renta a su cargo en la declaración del ejercicio correspondiente.

Asimismo, se plantea, para aplicación del estímulo referido, la creación de un Comité Interinstitucional encargado de la autorización de los proyectos de inversión productiva en la

producción cinematográfica nacional conformado por un representante del Imcine, uno del Conaculta, uno de la Secretaría de Educación Pública y uno más de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

¿Considera que esta iniciativa, de ser aprobada, podría representar un gran impulso en la producción de películas mexicanas –que aunado a los esfuerzos que se han realizado en la presente administración de la cultura en México– lograría elevar la producción de películas mexicanas y retomar la posición de calidad del cine mexicano a nivel internacional?

Es decir: ¿la política pública en materia de cultura sale ganado con acciones como la anterior? ¿Qué opinarían los deportistas o los dentistas ante una medida como ésta? ¿Los distribuidores y los exhibidores de películas? ¿Quién gana y quién pierde con estas medidas?

Gastos obligatorios: bajo esta modalidad se pretende que empresas lucrativas o contribuyentes privados paguen por los servicios y bienes culturales. Por ejemplo, en España se requiere que los bancos de ahorro reinviertan una porción de sus utilidades en sus comunidades. Algunos, como el Caixa en Barcelona han apoyado programas artísticos y culturales. En Suecia, el modo en que las compañías fueron “alentadas” a participar en el apoyo a las artes se logró pidiéndoles que consideraran los eventos artísticos como parte de los programas de prestaciones para sus empleados.

Otro ejemplo importante ha sido la legislación “porcentaje a las artes”. Típicamente, a través de estas leyes, el gobierno se obliga a que un porcentaje del costo de producción de una nueva obra sea gastado en arte público relacionado con dicha construcción. Tales leyes han sido utilizadas también para solicitar gasto privado en obras de arte. En algunos lugares (como San Francisco) se requiere que los contratistas contribuyan a ciertos fondos de vinculación para mejorar el efecto de sus proyectos arquitectónicos de gran escala. Estos fondos de vinculación pueden incluir fondos para actividades artísticas y culturales. Estas legislaciones promueven la creatividad de los artistas contemporáneos y le dan un lugar fundamental al urbanismo estético y a la apreciación del arte.

Incentivos: los contribuyentes son los principales financiadores del arte y la cultura. Unos pagan por otros. Unos gozan más, otros menos. Sin duda alguna, el área de los incentivos ha abierto un campo fértil para la innovación en el financiamiento a las artes. En el caso de la mayoría de los incentivos, algunos recursos

del gobierno pueden ser aportados en proporción al incremento en la recaudación de recursos por parte del sector privado, para el sector de la cultura y las artes. Quizá los incentivos más frecuentes y ampliamente utilizados sean los incentivos fiscales³⁰.

Equiparamiento [match] de fondos o apoyos: el equiparamiento de fondos es otra innovación de la política pública que ha empezado a ser muy utilizado en los paquetes de financiamiento a las artes en varios países. Con un apoyo equiparado se hace una promesa a una institución: por cada cantidad adicional X que esté dispuesta a incrementar, la dependencia que financia dará una cantidad Y. De este modo, quien recibe el apoyo está motivado por la dependencia que lo financia a incrementar la base de su apoyo. También se ha visto que el gasto obligatorio sucede entre los diversos niveles de gobierno. Por ejemplo, en Rusia una ley obliga a los municipios a gastar un porcentaje específico de sus presupuestos en la cultura y las artes³¹.

Un caso ejemplar de cofinanciamiento: el programa mexicano de apoyo a la infraestructura cultural de los Estados (PAICE)

El Programa de Apoyo a la Infraestructura Cultural de los Estados (PAICE) se crea en 1996 por el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. Desde entonces ha apoyado la rehabilitación, remodelación y equipamiento de numerosos centros culturales, museos, teatros, centros de enseñanza artística y casas de cultura por mencionar sólo algunos.

El PAICE tiene como objetivo contribuir, junto con los gobiernos estatales, municipales, y la sociedad civil organizada, a la optimización de los inmuebles que dan cabida a las múltiples y diversas expresiones artísticas y culturales de México, los cuales requieren, por sus propias características, de espacios que de manera natural originen procesos de crecimiento económico y social y den lugar a procesos de desarrollo social al ser elementos que contribuyan al mejoramiento de la calidad de vida de las comunidades.

El PAICE ha logrado incidir –siempre bajo la premisa del cofinanciamiento– desde su creación en el mejoramiento de 212 espacios.

De manera conjunta se ha invertido en ellos más de 350 millones de pesos; de este total, 102 millones de pesos corresponden a recursos financieros de la federación.

El PAICE parte de criterios de franca cooperación y federalización, a 7 años de su puesta en marcha, el programa ha incidido de manera determinante en la política cultural nacional de México, a través de una notable estrategia de cooperación y concertación con las entidades federativas y, de manera destacada, con los municipios y la sociedad civil organizada, favoreciendo nuevas acciones, además de la aportación de más recursos y la descentralización de las acciones.

El probado mecanismo del PAICE para atender sistemáticamente las necesidades de rehabilitación y equipamiento de los recintos culturales ha permitido también que las instituciones culturales de los estados de la federación cuenten con elementos adicionales para incorporar en el trabajo cultural a otras instancias de los gobiernos locales. Con el PAICE se ha atendido un campo nunca antes visualizado de manera sistemática en la administración de la cultura en México: la participación política y la reunión de los esfuerzos de todos los sectores de la sociedad en la preservación y mejoramiento de los recintos culturales receptores y difusores de los artistas y creadores.

Algo de mayor innovación en este sentido es lo que he llamado los “fondos equiparados revertidos” (*reverse matching grants*). Estos fondos, en lugar de considerar a ciertas instituciones artísticas, ofrecen una promesa donde, hasta ciertos límites, cualquier institución artística que sea capaz de atraer mayores apoyos privados podrá calificar, automáticamente, para obtener recursos del gobierno. Lo más importante acerca de estos fondos es que se basan en que el dinero público está antes que las decisiones monetarias privadas y no al contrario.

Como podemos observar, en general, los beneficiarios de las inversiones públicas en arte y cultura son los afectados directamente por la asignación de dichos recursos. Sin embargo, podemos decir que los beneficios indirectos reclamados por las artes parecen

³⁰ Para una discusión extraordinaria acerca de incentivos fiscales en la cultura y las artes véase SCHUSTER J. Mark. “The Other Side of the Subsidized Muse: Indirect Aid Revisited”. En: *Journal of Cultural Economics* 23. 1999, pp. 51-70; así como la obra de FELD, Alan L., O’HARE, Michael y J. Mark SCHUSTER. “Patrons Despite Themselves: Taxpayers and Arts Policy”. Nueva York: New York University Press. 1983.

³¹ De manera similar, la ley británica ha sido revisada para autorizar de manera explícita (aunque no obligatoria) que las autoridades locales realicen gastos en el campo de la cultura y las artes. México tiene programas innovadores en la materia, véase el capítulo primero del Programa Nacional de Cultura 2001-2006.

estar distribuidos en formas muy similares a los beneficios directos. Esto es, la mayoría de los supuestos beneficios indirectos son disfrutados por los consumidores y productores potenciales, personas cuyas características socio-económicas debieran ser muy parecidas a las de los consumidores y productores existentes. Por ejemplo, los beneficios indirectos involucran el disfrute de generaciones posteriores de lo que usualmente se llama "preservación del legado cultural"; es decir, la transmisión de la herencia de una generación a la siguiente. Algunos consumidores actuales de bienes y servicios culturales estarían más que dispuestos a pagar precios más altos que los del mercado para asegurar que sus hijos y nietos puedan disfrutar también dichos bienes y servicios. Pero otras personas de las siguientes generaciones no tienen representantes que aboguen por sus intereses entre

los ciudadanos de hoy y por esto son consumidores indirectos.

Por supuesto que en este rubro podemos mencionar muchos más beneficios (y beneficiarios) que ofrecen el arte y la cultura. El punto radica en reforzar la idea de que muchas veces los que debieran ser beneficiados no lo son. Muchas son las razones: barreras socio-económicas, educativas, regionales, lingüísticas, psicológicas o antropológicas. Por ello, las políticas deliberadas de Estado para atender a públicos específicos y la constitución de la obligatoriedad de vincular educación con arte y cultura, es un imperativo a la equidad y eficiencia en materia de política cultural. La pregunta es: ¿cómo lograr dichas políticas? Y ¿cómo *implantar* eficazmente lo formulado por las políticas públicas?

“CUANTO MÁS GLOBALIZACIÓN TENGAMOS MÁS IMPORTANTE SERÁ EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO”*

Entrevista a George L. Priest**

En el mes de setiembre pasado el profesor George Priest visitó Lima invitado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas para participar en un seminario sobre el Código Civil peruano en el que se debatió sobre la vejez prematura del Código. En las líneas que siguen ofrecemos la entrevista que el reconocido profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale concediera a THEMIS-Revista de Derecho. En ella se abordan, entre otros, temas vinculados al análisis económico del Derecho descubriéndose la especial relación que une al distinguido académico a esta perspectiva del Derecho.

* La presente entrevista fue realizada –sobre la base de las preguntas preparadas por la Comisión de Contenido de THEMIS– por Oscar Súmar Albújar, miembro de la Comisión de Contenido; Augusto Townsend Klinge, Director de la Comisión de Actualidad Jurídica; y Javier de Belaunde de Cárdenas, Director de la Comisión de Contenido, quien tuvo a su cargo la traducción. Agradecemos al doctor Fernando Cantuarias Salaverry, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC, por la colaboración brindada para la realización de la presente entrevista.

** Miembro del Comité Consultivo de THEMIS-Revista de Derecho. Profesor John M. Olin de análisis económico del Derecho en la Universidad de Yale. Director del John M. Olin Center for Law, Economics, and Public Policy.

1. Un conocido abogado estadounidense, Douglas Baird, cuenta que su interés por la abogacía nació debido a que cada caso plantea una historia diferente y que para él ir a la universidad a estudiar Derecho era más emocionante que leer a Dickens. ¿Cómo surgió su interés por el Derecho?

Bueno, es una buena pregunta y una buena historia. Mi padre era juez y madre trabajaba como secretaria de un abogado, así que mientras crecía participé de muchas discusiones sobre temas legales en la mesa. Sin embargo, no tenía intención alguna en convertirme en un abogado. Cuando estaba en la universidad tampoco tuve interés alguno en el Derecho, pero dado que no tenía idea sobre lo que quería hacer y, en realidad, esperaba ser reclutado para ir a Vietnam tomé la prueba para ir a la escuela de Derecho. Ésta se llama LSAT¹, no sé si en Perú tendrán algo por el estilo, es una prueba que se rinde para ingresar a la facultad de Derecho –en los Estados Unidos se pasa cuatro años en la Universidad y luego se postula a la facultad de Derecho. Así, tomé esta prueba y me di cuenta que en realidad la había disfrutado, era el primer examen que rendía en la universidad que de verdad disfrutaba. Las preguntas fueron muy interesantes, requerían de una forma de pensar y razonar que encontré muy interesante.

Una vez en la facultad, la detesté. Me encontré con una aproximación muy estrecha y limitada del Derecho. Así que dejé los estudios y la facultad, traté de iniciar mi propia compañía y trabajé en varios negocios pero en un año me di cuenta qué es lo que me interesaba y decidí qué es lo que quería hacer con mi vida. Pensé que era importante aprender cómo funcionaba el sistema legal, no me interesaba ser un abogado de estudio. También pensé que sería importante entender cómo el sistema económico funcionaba para saber cómo funcionaba el mundo. Así que volví a estudiar Derecho, afortunadamente fui admitido en la Universidad de Chicago donde el análisis económico del Derecho había empezado y estaba entonces comenzando a crecer. Me interesé mucho por el análisis económico del Derecho dado que ayudaba a responder a las preguntas que me había planteado: cómo se debe organizar la estructura legal, cómo eso se relaciona con la estructura económica de la sociedad y cómo la estructura legal permite al sistema crear los incentivos para que los individuos contribuyan a la sociedad. Así empezó mi vinculación con el Derecho y así lo que inicialmente se me mostró como un grupo de materias muy limitado y sin interés, fue convertido por mi primer

año de Derecho –en Estados Unidos son tres años en facultad luego de los cuatro primeros en la Universidad– en algo extremadamente interesante, lo quedó confirmado en los años siguientes.

2. Usted enseña y ha enseñado muchas materias¹, lo cual no es muy común en el Perú donde normalmente los profesores se mantienen en un solo curso. ¿Cómo se explica esta aproximación tan variada al Derecho?

Cuando recién empecé a enseñar, la aplicación del análisis económico del Derecho se limitaba a un pequeño número de materias, desde luego a lo que denominamos *antitrust* –control de monopolios–, existía también un curso de regulación –si bien muchas facultades no tenían ese curso– y se estaba empezando a aplicar en otras materias como las vinculadas al Derecho civil. Por ejemplo, la Facultad de Derecho de Yale, con mi colega Guido Calabresi, y mi profesor Richard Posner lo estaban introduciendo al Derecho de *torts*. A su vez, Ronald Coase dictaba un curso de análisis económico del Derecho sobre la base de una serie de artículos limitados también en el número de materias que abordaban, pero la verdad es que no había más materias a las cuales se aplicara el análisis económico del Derecho.

Con los años eso cambió y una de las fuerzas más importantes del cambio fue Richard Posner quien –en su libro “El análisis económico del Derecho”– tomó a la economía y expandió su aplicación, a través del análisis económico del Derecho, a un gran número de áreas del Derecho. Ése fue un libro muy importante y un esfuerzo muy importante ya que mostró cómo el análisis económico resulta valioso para entender todas las áreas: tributario, laboral, contratos, propiedad, penal, etc. Es un libro que además cambió la forma como los académicos pensaban sobre sus materias, así se volvió necesario para todos, cual fuera la materia, confrontar la aplicación del análisis económico y, conforme más personas se interesaron por él, se volvieron practicantes del análisis económico.

Ahora bien, ustedes han mencionado que yo enseño y he enseñado muchas materias, en parte esto se debe a que veo la enseñanza como una forma de aprender. Así si quiero aprender de otras materias, soy capaz de ello dado que tengo las herramientas del análisis económico del Derecho que son tan versátiles que un académico puede ser un estudiante a la vez: puede aprender algo o decir algo acerca de una materia y hacer una contribución simplemente por tener una

¹ Nota del traductor: El Law School Admission Test-LSAT es una prueba estandarizada que se toma como requisito para ingresar a cualquiera de las 202 facultades de Derecho afiliadas al Law School Admission Council (LSAC). Para mayor información revisar: www.lsac.org

¹ Competencia, regulación, responsabilidad por productos, constitucional, procesal civil, entre otras.

buena base en economía y análisis económico del Derecho. Cuando se enseña muchas materias eso también implica mucho trabajo, ya que se tiene que aprender muchos temas desconocidos pero yo he encontrado que vale la pena ya que he sido capaz de aprender mucho sobre el Derecho en general y hacer contribuciones en diferentes áreas.

3. ¿Cuál es su experiencia con los litigios? Nosotros los estudiantes de Derecho normalmente tenemos una especie de crisis vocacional con el Derecho debido al mal funcionamiento del sistema (especialmente del Poder Judicial). Normalmente pensamos que nos encontraremos con una realidad completamente distinta a la de las aulas que nos hará pensar que tomamos la decisión equivocada al estudiar Derecho.

De mi experiencia les puedo decir que no es un problema pero que devendrá en un gran beneficio para ustedes el haber estudiado análisis económico del Derecho. Lo que he experimentado –si bien no soy un abogado de estudio pero he trabajado mucho en consultorías– es que mi base en análisis económico del Derecho me ha permitido hacer contribuciones al campo de los litigios que muy pocas personas han hecho, y esto ha sido importante ya que con el tiempo –estas cosas no ocurren rápidamente– el mundo legal cambia pero los argumentos económicos permiten orientar al juez.

Mucho en el análisis económico del Derecho es lógica simple y común. Frente a un juez uno no presenta un argumento de análisis económico del Derecho, uno muestra las razones que sustentan las reglas, uno hace que el juez cambie y mire los aspectos funcionales en vez de simplemente concentrarse en los aspectos formales del Derecho, esto es algo que he experimentado en los Estados Unidos y estoy seguro que ocurrirá aquí también. Habrán jueces que no querrán hacerlo pero por el contrario hay muchos que creen que pueden mejorar su sociedad y ayudar a las partes a resolver sus problemas. Bueno, con el análisis económico del Derecho uno puede mostrarle al juez cómo ayudar a las partes. Así, he descubierto de forma extraordinaria, incluso hoy cuando el análisis económico del Derecho está muy extendido, que un estudio cuidadoso de análisis económico del Derecho permite ser un litigante más efectivo que lo que se sería de otra forma. En ese sentido, este no será un problema para ustedes que están en la vanguardia y eso –un dominio del análisis económico del Derecho– les garantizará como agregado salir adelante con éxito. Así, ustedes pueden ver que muchos de sus profesores son académicos excepcionales del análisis económico del Derecho pero también son abogados muy exitosos.

4. Actualmente el análisis económico del Derecho se encuentra en pleno auge en nuestro medio, consolidando al Perú como uno de los países latinoamericanos donde este enfoque ha tenido mayor difusión. En ese sentido nos gustaría saber qué posición ocupa actualmente el análisis económico del Derecho en Estados Unidos, cuáles son las principales críticas que se le formulan, así como su opinión sobre su futuro.

Bueno, cuando empecé como profesor en 1973 uno podía contar con una mano, tal vez dos, el número de académicos que estaban interesados en el análisis económico del Derecho y la mayoría de ellos se encontraba en la Universidad de Chicago; habían pocos en Yale, como Calabresi. En este sentido, cuando ingresé al mercado de la enseñanza tuve que defender al análisis económico del Derecho como una materia y la pregunta que se formularon muchas facultades de Derecho fue ¿queremos a alguien interesado en análisis económico del Derecho? Y no habían muchas que respondieran que sí. De hecho mi primer trabajo fue en una facultad de Derecho no acreditada, lo que en los Estados Unidos es muy poco usual [existen unas 170 facultades acreditadas y el único trabajo que pude conseguir fue en una facultad no acreditada!]

Fue un comienzo duro. Pero lo que ocurrió, y ocurrirá aquí también en Perú, es que con la adopción de la aproximación del análisis económico del Derecho un académico es capaz de hacer contribuciones a la enseñanza que otros no. De esta forma subí rápidamente y me mudé de facultad en facultad a través del país, ya que la cátedra de análisis económico del Derecho demostró ser superior a la cátedra meramente formal. Al comienzo hubo muy pocos seguidores del análisis económico del Derecho pero empezó a crecer y la gente, académicos y profesores que habían realizados trabajos de una naturaleza puramente formal empezaron a cambiar e interesarse por él y más estudiantes también y así cada vez más facultades empezaron a contratar gente vinculada con esta aproximación y a ofrecer cursos desde esta perspectiva. Así se fue expandiendo cada vez más.

Ahora bien, es cierto que al comienzo el análisis económico del Derecho soportó muchas críticas, muchas de ellas se dirigieron en contra de Richard Posner quien adoptó, y aún mantiene, una posición enérgica –en aquella época, absolutamente radical. Las principales críticas fueron: (i) “ignora la naturaleza del sistema legal”. Esa crítica fue totalmente abandonada dada la importancia actual del movimiento para el sistema legal de los Estados Unidos, entre los jueces, académicos y legisladores. Es simplemente muy importante como para ser

dechado; y (ii) una crítica de corte de izquierda fue formulada por un grupo denominado “critical legal studies” a quienes no les gustaba el análisis económico del Derecho, si bien tampoco les gustaba el sistema legal, ya que sostenían que éste fortalecía las desigualdades de poder y riqueza en la sociedad. Si bien el análisis económico del Derecho no ayudó en eso, les gustó el hecho que fuera crítico del sistema legal en algunos aspectos, así que fue una relación difícil pero ese movimiento fracasó ya que no avanzaron en la comprensión del sistema legal.

Hoy no existe una sola facultad de Derecho de las 170 que no tenga algún docente interesado en análisis económico del Derecho y que lo enseñe. Y las facultades más importantes como Yale, probablemente tengan a un tercio de sus docentes enseñando desde esta perspectiva. De hecho tenemos a cinco PHD economistas en la Facultad, lo que, dado que Derecho es una disciplina para graduados, es muy poco usual. Así que las críticas, cualquiera que hayan sido, han desaparecido, todos aceptan que el análisis económico del Derecho es una disciplina extremadamente importante para evaluar al sistema legal.

5. Entre los supuestos básicos del análisis económico del Derecho se encuentra que los individuos son racionales y que, en ese sentido, actúan para maximizar sus propios beneficios. Sin embargo, existen algunos estudios que afirman que los individuos son más emocionales que racionales al actuar en el mercado. ¿Usted cree que podemos afirmar la racionalidad en cualquier situación?

En general creo que mientras la información esté disponible para los consumidores, no existe razón alguna para preocuparse por la racionalidad, en cualquier contexto, porque es su dinero el que están gastando y decidirán ser racionales o irracionales de acuerdo a cuánto tengan y que tan importante sea para ellos. Definitivamente existen muchas diferencias entre las transacciones de los consumidores al punto que los consumidores evaluarán las diferentes alternativas disponibles y permitirán que la emoción afecte lo que su transacción es. Por ejemplo, si le compro flores a mi esposa es más probable que sea sobre una base emocional y no sobre la evaluación de las diferencias entre una flor y otra. ¿Está eso mal? No, se debe a que es el gesto del regalo y no la perfección de las flores la que me lleva a comprarlas. Por el contrario, si estoy comprando un auto la decisión será mucho más racional por dos razones: (i) es mucho más caro que las flores; y (ii) existen muchas diferencias entre los autos que son muy importantes para el valor que recibo de la transacción, como el tamaño, potencia, aspecto, accesorios, etc. Así el nivel de racionalidad es

mucho mayor con respecto al auto que con las flores. Pero no podría señalar que alguna de las decisiones es irracional en algún sentido.

6. Recientemente el INDECOPI ha cambiado los precedentes establecidos y ha determinado que la concertación de precios entre competidores ya no es *per se* ilegal y que debe ser analizada bajo la regla de la razón. ¿Qué opinión le merece este cambio?

En los Estados Unidos luego de la primera adopción de la regla *per se* en 1939 o 1941, hubo una expansión de reglas *per se* a muchas prácticas distintas. Desde 1980 estas han sido reducidas, e inclusive la regla *per se* de concertación de precios se reduce a lo que se denomina “acuerdos desnudos” –la concertación de precios entre dos competidores que reduce la competencia entre ellos. Ahora bien, actualmente existen otras formas de concertación de precios para las cuales no existe una regla *per se*, por ejemplo cuando un fabricante dicta un precio a un distribuidor, eso se consideraba antes bajo la regla *per se* pero ya no. Actualmente en Estados Unidos las reglas *per se* se aplican a un número muy reducido de casos cuando es innegable que se lesiona a los consumidores con esa práctica.

Ahora bien, considero que el cambio del INDECOPI de Bullard de los noventa representaría una gran equivocación en términos de política económica y especialmente en el Perú donde es importante desarrollar los mercados. Tener una agencia regulatoria más intervencionista, esto es monitoreando los precios, será muy malo para el Perú.

7. La economía de libre mercado se basa, entre otros elementos, en la idea de una “racionalidad” del conjunto de participantes que intervienen en él. Ésta se traduce en el Derecho, por ejemplo, en conceptos estándares como “consumidor promedio” o “consumidor razonable” (aplicados al Derecho de la competencia). En qué medida cree usted, que puede afectar al principio mencionado la idea de la existencia de múltiples tipos de racionalidad entre los distintos tipos de consumidores, individualmente considerados, con respecto a la educación o a la cultura que pertenecen.

Creo que existen limitaciones al concepto del consumidor razonable principalmente porque invocarlo es sugerir que un juez, jurado o sistema legal debe controlar las transacciones en vez del mercado por sí mismo, así que es, en cierto sentido, un concepto socialista. Creo que los argumentos económicos más fuertes son: dejen a

los consumidores proporcionarse tanta información como puedan pero luego dejen que los consumidores la usen en la forma que puedan y dejen que el proceso de mercado opere. Finalmente considero que el concepto no es útil y permite a los jueces imponerle al mercado la idea de cómo debe ser la transacción.

8. Recientemente usted estuvo tratando el tema de la competencia de regímenes legales y cómo un país debe tener el objetivo de hacer a su sistema legal competitivo internacionalmente. ¿Esto significa que un país se debe comportar como una empresa?

No creo que requiera pensar como una empresa en términos de tener ganancias, creo que requiere pensar en interés de los ciudadanos. Ahora, las empresas deben hacer eso, organizarse para el interés de los consumidores, pero creo que no se encuentra separado de los ideales de los legisladores en el congreso pensar en los intereses de las personas del país. Es muy consistente con los objetivos de los legisladores.

9. Fernando de Trazegnies señaló en el Seminario que no sólo deberíamos enfocarnos en las normas sino en la cultura. De acuerdo con esto, se afirma que las normas deberían cumplir además un rol educativo. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Estoy de acuerdo con Fernando, pero no creo que la relación es una fija y sí creo que las normas pueden tener un rol educativo y creo que el análisis económico del Derecho puede tener un rol educativo a su vez en la cultura. Por ejemplo, la cultura en los Estado Unidos está mucho más orientada al mercado que hace veinte o treinta años ¿por qué? Debido a que hemos visto los beneficios de expandir el mercado y muchas otras cosas, como por ejemplo, dada la caída de la Unión Soviética ¿quién en el mundo podría afirmar que un gobierno intervencionista es superior a uno orientado al mercado? Simplemente no se puede señalar eso dado que hemos visto cómo un gobierno intervencionista socialista, y también lo hemos visto en los regímenes en transición en Europa, no tiene éxito. Los países que tuvieron esos regímenes no son prósperos, así existe una forma importante de educación que el análisis económico del Derecho puede proporcionarle a las culturas.

Lo que es importante tener claro es que resulta difícil mover a las culturas rápidamente, toma tiempo educarlas, pero nuevamente, soy lo suficientemente mayor como para saber que ocurren cambios sustanciales con el tiempo. Recuerdo que cuando era un estudiante de Derecho tomé un curso de Ronald Coase, quien escribió en 1964 o 1965 un artículo recomendando una subasta del espectro de

telecomunicaciones. Él sugirió que en vez de tener una asignación por parte del gobierno –en los Estados Unidos el procedimiento implicaba que el gobierno asignaba las licencias a diferentes estaciones de televisión de acuerdo a qué tan bien servían a interés público– sería mucho mejor usar un mecanismo de subasta y permitir que una empresa que está dispuesta a pagar el precio más alto adquiriera ese espacio del espectro. Ese es un artículo muy persuasivo, y al leerlo estuve muy convencido por él y le pregunté a Ronald ¿por qué si esto tiene tanto sentido han pasado diez años desde que lo escribiste y el gobierno aún no lo ha adoptado? Él me dijo que estas cosas tomaban tiempo, que pasarían treinta años antes de que el gobierno si quiera considerara subastar el espectro de telecomunicaciones. Bueno, tuvo razón ya que a mediados de los noventa la Comisión Federal de Comunicaciones decidió subastar el espectro y abandonar esa forma de regulación socialista de asignación de las estaciones. Otros cambios toman más tiempo y no podemos ser muy impacientes sobre qué tan rápido puede cambiar la cultura pero no tengo duda que con el tiempo dado el impulso de la globalización el mundo entero estará más orientado hacia el mercado y esta es la razón por la cual se debe seguir estudiando análisis económico del Derecho, cuanto más globalización tengamos más importante será el análisis económico del Derecho.

10. En relación a las transformaciones que han ocurrido y están ocurriendo en los antiguos países socialistas, ¿cree usted que es necesario conciliar los valores democráticos con el sistema capitalista?

No, creo que toma mucho tiempo desarrollar muchos aspectos de una cultura como la comprensión de cómo operan los derechos de propiedad y lo que los derechos de propiedad son, el entendimiento de cómo operan los mercados y lo que una transacción y un mercado son, la relación entre el gobierno y la asignación de derechos de propiedad y el rol del mercado. Los países de la ex Unión Soviética y Europa Oriental no tienen esa cultura, de hecho es la opuesta. En el caso de Rusia son noventa años de una dictadura sin respeto de los derechos de propiedad y en el caso de Europa Oriental se trata de cincuenta años donde no se respetaron los derechos de propiedad y las actividades de mercado no eran generalmente permitidas. Bueno, eso representa en el caso de Rusia cuatro generaciones y en el caso de Europa Oriental tres, así que tomará mucho tiempo desarrollar la cultura de mercado que tenemos en los Estados Unidos y que se ha establecido relativamente bien en el Perú.

Tomará mucho tiempo y definitivamente existirán episodios poco exitosos. Además no ha existido en

Rusia una tradición de democracia por cerca de cien años y en Europa Oriental por cerca de cincuenta. Tomará mucho tiempo cambiar esa cultura también. No creo que tomará cien años para Rusia y cincuenta para la ex Europa Oriental –como podemos ver de una democracia relativamente bien establecida en Alemania Oriental, si bien muchas personas mayores aún tiene dificultades con ella, y por las democracias de Polonia, República Checa, Hungría y otros países– ellas están cambiando sorprendentemente rápido hacia el entendimiento de cómo funciona el mercado y la democracia, pero tomará mucho tiempo.

Para entender esto ayuda saber que la cultura de mercado que tenemos en los Estado Unidos se debe en gran medida a los colonizadores, Inglaterra, quienes habían desarrollado a través del *common law* un sistema de mercado. Estados Unidos tuvo más suerte que Perú, debido a que nuestro colonizador tenía un sistema de mercado mientras Perú fue colonizado por España que no lo tenía y tenía un sistema patrimonial parecido al socialista. En ese sentido, tomará más tiempo, pero sucederá, lo podemos ver ahora: existe una gran transformación, sólo tomará más tiempo.

DESPUÉS DE LA MAREA VIENE LA CALMA: INTERROGANTES EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ*

Entrevista a Gaspar Ariño y Juan Carlos Cassagne*****

Dicen los hombres de mar que después de la marea viene la calma. Sin embargo, una vez terminadas las privatizaciones masivas de la década de los noventa, no ha venido la calma esperada sino, todo lo contrario, podemos observar actualmente el destino y las consecuencias que todas estas privatizaciones han producido en el contexto social y económico de nuestro país. Por esa y muchas más razones, surgen nuevos cuestionamientos y problemas que requieren ser resueltos.

En ese sentido, aprovechando la visita de los profesores Ariño y Cassagne a Lima con motivo del seminario organizado por el Instituto de Derecho de los Servicios Públicos-IDESER, THEMIS no podía dejar pasar la oportunidad de conversar con tan ilustres visitantes e intentar responder algunas de estas interrogantes.

* La presente entrevista fue elaborada y realizada por Federico de Cárdenas Romero y Giorgio Massari Figari, miembros de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos a la doctora María Teresa Quiñonez, sin cuya colaboración la presente entrevista no habría sido posible.

** Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Presidente Ejecutivo de la Fundación Estudios de Regulación de España. Ex miembro del Consejo Consultivo de Privatizaciones de España.

*** Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Argentina.

1. Teniendo en cuenta la realidad latinoamericana, ¿cuál considera usted que debe ser la función de los entes reguladores: promover la eficiencia o redistribuir la riqueza? ¿O debemos seguir un sistema mixto tal y como lo han venido haciendo en diferentes países de Latinoamérica?

ARIÑO: La función básica de los entes reguladores es establecer las pautas de comportamiento de los operadores del sector, de tal manera que se garantice un sistema de prestaciones a los ciudadanos de un modo sostenido, a los de hoy y a los de mañana. Así, pues, su primer objetivo debe ser el mantenimiento del sistema, para lo cual deberá promover la eficiencia de la empresa y la continuidad y regularidad del servicio. Naturalmente, hay servicios que son esenciales para una vida digna y el sistema deberá proveer a su prestación universal, a todos los ciudadanos, a un precio asequible. A eso se le llama “servicio universal” y con él se consigue una razonable redistribución de la riqueza, que debe ser también una meta a conseguir a través de los servicios públicos. Pero estos no son, en sí mismos, un mecanismo ordinario de redistribución (es sólo excepcional). La redistribución de la riqueza debe obtenerse básicamente por la vía fiscal, no por la gestión de los servicios públicos, que deben mantener siempre el equilibrio financiero.

CASSAGNE: La primera regla que debe orientar la función de los entes reguladores es la de promover la competencia en aquellos sectores donde ésta sea posible. De no ser así, el ente regulador debe procurar que el control se base en objetivos de eficiencia lo cual no impide la configuración de una política razonable de subsidios sociales para atender la situación de las personas carentes de recursos. En cualquier caso, la tarifa social no la debería financiar la empresa sino el Estado como parte de una política distributiva.

2. Normalmente los entes reguladores persiguen una multiplicidad de objetivos que incluyen la protección de los usuarios, el servicio universal, la protección de las inversiones, la asignación eficiente de los recursos, la defensa de la competencia, etc. En ese sentido, ¿existe algún orden de prioridad que debe seguir el ente regulador o se pueden llevar a cabo todos estos objetivos por igual sin que uno obstaculice la consecución del otro? Además, ¿el tener tantos objetivos en la mira no justificaría una mayor participación del ente regulador y, por lo tanto, una mayor regulación?

ARIÑO: Los objetivos de los entes reguladores son múltiples: todos los que se citan en la pregunta y algunos más. Todos ellos pueden ser obtenidos

paralelamente y de un modo compatible mediante un buen sistema de regulación. El primer objetivo, desde un punto de vista social y humano, es el servicio universal en aquellas prestaciones básicas que sean indispensables para una vida digna. Una vez asegurado esto, los demás se asientan sobre una buena ordenación de la competencia. La mejor protección de los usuarios es la competencia efectiva en el mercado. Si ésta no se da, habrá que corregir los fallos que el mercado presente, tendiendo siempre a reconstruir aquélla. Esta es también la clave para una asignación eficiente de los recursos y para la mejor protección de las inversiones, de aquellas que sean acertadas, porque naturalmente los errores que se produzcan en el planteamiento de un negocio debe asumírselos su titular. Por tanto, hay que responder a esta cuestión igual que a la anterior: lo primero es conseguir un sistema eficiente de prestaciones sostenible en el tiempo. Y allí donde el mercado no pueda responder a las necesidades sociales, deberá acudir el Estado a hacer posible el servicio universal. Pero el ente regulador tiene como papel fundamental el diseño de un buen marco de reglas estables, que hagan posible la competencia leal.

CASSAGNE: Cada uno de los objetivos que persiguen los entes reguladores tiene una dimensión de peso diferente lo cual requiere realizar una tarea de armonización permanente. El objetivo más importante sigue siendo lograr la mayor competencia posible y la máxima eficiencia, habida cuenta que ésta es la mejor manera de proteger los intereses de los usuarios. Esta situación no conduce necesariamente a una mayor regulación. Los sistemas reguladores que exageran el intervencionismo estatal siempre generan grandes ineficiencias y el peligro de la corrupción administrativa y empresarial.

3. ¿Qué tan importante es la competencia “por el mercado” en materia de privatizaciones? ¿Habría también que regular una transparente y leal competencia entre las empresas licitadoras? ¿Esa tarea le debería corresponder al ente regulador?

ARIÑO: La competencia “por el mercado” es siempre necesaria y constituye normalmente una fase previa a la competencia “en el mercado”. En la secuencia temporal lo primero son las privatizaciones en las que los distintos licitadores deben competir, en el concurso que se convoque al efecto. Esto es evidentemente un primer paso que hay que llevar a cabo según los principios generales de la contratación pública: concurrencia, transparencia, igualdad de trato, sin discriminaciones, publicidad de la convocatoria, etc. Esta tarea no corresponde al ente regulador sino que es un *prius* a la tarea de éste. Con el transcurso del

tiempo, puede que haya que renovar las licencias o concesiones inicialmente otorgadas, de modo que haya que competir de nuevo “por el mercado”; en este segundo momento puede y debe tener una actuación adecuada el ente regulador, aunque muy probablemente la decisión final se la reserve el gobierno.

CASSAGNE: La tarea de regular la competencia, en materia de privatizaciones, corresponde tanto a los entes reguladores sectoriales como a los órganos encargados de la defensa de la competencia en general.

4. Hoy los órganos reguladores son acusados de haber sido copados por las empresas que brindan servicios públicos. ¿Cómo revertir esta situación y en el futuro prevenirla?

ARIÑO: La posible captura de los entes reguladores por las empresas reguladas, ha sido una vieja preocupación y a veces frecuente acusación que se ha predicado de las Comisiones Reguladoras. Pero la verdad es que, sin negar dicho peligro, la realidad no es esa. En la mayor parte de los países tanto los sistemas de nombramiento como el *status* de que gozan los comisionados (su inamovilidad, su retribución, sus incompatibilidades) les dotan de una posición bastante autónoma y en teoría independiente del poder político y económico. Las comisiones son, en cierto sentido, como los Tribunales de Justicia (su tarea es también *cuasi*judicial) y, por tanto, se puede prevenir su captura con una adecuada selección y preparación de sus miembros, así como con una regulación de su funcionamiento que las haga transparentes y les obligue a motivar y dar razón de sus actos.

CASSAGNE: En general, la situación es la inversa porque quienes se encuentran capturadas por los entes reguladores son las empresas privadas que prestan servicios públicos. Los medios, que en general responden a intereses ideológicos, han importando la idea de la captura desarrollada en Estados Unidos, lo que en Hispanoamérica no se produce.

5. Se podrían distinguir entre tipos de privatizaciones en los países Latinoamericanos. Es decir, ¿podríamos afirmar que el objetivo de las privatizaciones en Latinoamérica ha sido una urgencia netamente fiscal como sería pagar la deuda o hacer crecer el presupuesto, o el objetivo ha sido el lograr una mayor eficiencia y mejor funcionamiento de los mercados y el beneficio de los usuarios?

ARIÑO: Hay dos tipos de privatizaciones: las que podríamos llamar privatizaciones programáticas, que implican una nueva configuración del papel del Estado

en la economía y que son las que han venido practicándose en los últimos años en muchos países (Gran Bretaña, Alemania, España, todos los países del Este de Europa y también en muchos países Latinoamericanos); pero hay también privatizaciones pragmáticas cuyo objetivo fundamental es recaudatorio y fiscal (disminuir la deuda, luchar contra el déficit público o disponer de nuevos ingresos para otros objetivos políticos y sociales).

Las primeras tienden efectivamente a lograr una mayor eficiencia empresarial, el mejor funcionamiento de los mercados y una mayor calidad de servicio para los usuarios; llevan consigo la retirada del poder estatal y la entrega de estos sectores a la iniciativa privada. Las segundas sólo pretenden una cierta reestructuración industrial, no quieren perder el control sobre las empresas y mantienen la dirección de éstas y el control sobre el mercado en manos del Estado. Las primeras son una verdadera revolución y un cambio de sentido en la acción del Estado. Las segundas dejan las cosas como están.

CASSAGNE: El objetivo de las privatizaciones no puede ser responder a urgencias o necesidades fiscales sino el de lograr las prestaciones más eficientes y razonables en beneficio de los usuarios.

6. Antes de pensar en desarrollar un plan de privatización se debe crear un ambiente de respeto a la propiedad privada. Si este punto no está establecido ninguna privatización se puede llevar a cabo exitosamente. Esto requiere generar un clima de respeto de los derechos de propiedad de los nuevos dueños de las empresas, algo que no viene sucediendo en nuestro país. ¿Es suficiente realizar un proceso de “educación pública” sobre los beneficios que pueden traer las privatizaciones a la población o debemos asumir que estamos ante un problema más profundo que se presenta bajo la forma de una barrera cultural en un país tan diverso como el Perú?

ARIÑO: Ciertamente todo plan de privatizaciones debe estar precedido de un sistema legal que respete la propiedad privada y garantice la protección judicial sobre ella. Sin tales premisas ningún proceso de privatización puede tener éxito. Por ello, lo fundamental, tanto en las privatizaciones como en cualquier otro proceso de inversión, es la existencia en el país de un sistema institucional capaz de generar confianza y dar seguridad –seguridad jurídica– a los posibles operadores. Si se quieren obtener beneficios duraderos de un proceso de privatizaciones no bastan campañas publicitarias, sino reformas institucionales basadas en una nueva configuración de los poderes

públicos, con la creación de autoridades reguladoras independientes y capaces. Exige, por tanto, una decisión política firme y sostenida que respalde y proteja todo este proceso.

CASSAGNE: La falta de respeto a los derechos de propiedad de las empresas privadas constituye la más importante barrera cultural que se opone al éxito de cualquier programa de privatización. No creo que sea sólo un problema de educación pública aunque hay mucho por hacer en el campo de la difusión de las buenas ideas. Pienso que también se trata de un problema de tipo ideológico lo que hace más difícil enfrentarlo sin una adecuada acción política.

7. El Estado peruano se ha negado a privatizar SEDAPAL, la empresa pública que brinda el servicio de agua y saneamiento en el país. Esta decisión se fundamenta básicamente en que SEDAPAL es una empresa que no produce pérdidas. No obstante, se prevé problemas de escasez y racionamiento en el servicio de agua para el próximo año. ¿Qué elementos deben ser tomados en consideración para tomar la decisión de privatizar o no un servicio público?

ARIÑO: La decisión de privatizar o no un servicio público, no debe depender en modo alguno de si éste es rentable o deficitario. El criterio para adoptar tal decisión es uno sólo: la mejor prestación del servicio a los ciudadanos. Hay algunos sectores, como las telecomunicaciones, el transporte o la energía, en que la experiencia de muchos años muestra que la empresa privada es más eficiente y ofrece mejor servicio que la pública. En el caso del agua y saneamiento, todo depende de cuáles sean las necesidades que haya que cubrir. La experiencia también nos dice que para el establecimiento o ampliaciones masivas de este servicio, para el que se requieren grandes inversiones, con grandísimos períodos de amortización, ha sido necesario, en muchos casos, acudir a la financiación privada, mediante fórmulas de concesión o empresas mixtas. La gestión, en cambio, es más sencilla y puede ser asumida eficientemente por empresas públicas. De hecho, la experiencia comparada del abastecimiento a grandes áreas metropolitanas, tanto por entes públicos (el Canal de Isabel II, por ejemplo) como por grupos privados (Lyonasse o Aguas de Barcelona) han acreditado su buen hacer durante muchos años. Todo dependerá, por tanto, de cuáles son los objetivos que en este momento quiera alcanzar el Estado peruano en materia de abastecimiento de agua y saneamiento. Si lo que se necesita es realizar grandes obras de

infraestructura, de regulación y conducción de aguas, de "potabilización" de éstas, saneamiento y depuración posterior, extendiendo ese servicio a amplias zonas del país, la privatización puede ser conveniente. Si lo que se pretende es, simplemente, gestionar lo que hay, la empresa pública también puede servir.

CASSAGNE: El elemento más importante para privatizar un servicio público es el de la mayor eficiencia desde los puntos de vista tecnológico y financiero. En tal sentido, cualquier organización estatal tiende a la larga o a la corta a generar situaciones de anquilosis institucional e ineficiencia económica. La experiencia mundial sobre ello es bastante conocida y hasta Rusia ha tenido que privatizar las empresas públicas.

8. El Estado peruano ha decidido no renovar el contrato a Telefónica, compañía que tiene una posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones, luego de haber realizado una millonaria inversión en el país en los últimos años. ¿Cómo cree que esto afecta las posibilidades que otras empresas transnacionales hagan inversiones en servicios públicos a largo plazo en el Perú?

ARIÑO: La no renovación del contrato a Telefónica puede constituir, sin duda, un obstáculo para que otras empresas transnacionales lleven a cabo inversiones a largo plazo en el Perú. La mayoría de las inversiones que requieren los grandes servicios públicos necesitan amplios plazos de amortización. Y aún cuando, inicialmente, se hayan establecido unos plazos por los que se contrata la prestación del servicio a 20 o 30 años, según los casos, su no renovación impone unos condicionamientos a la actividad de Telefónica que pueden ser muy perjudiciales para el servicio. Por otro lado, Telefónica tiene hoy una posición de dominio por una razón muy simple: otros (ATT, BellSouth) están abandonando el país, lo cual es un indicio poco alentador para que en su día terceros operadores pudieran venir a sustituir a Telefónica. En todo caso, la no renovación a Telefónica y la sustitución de ésta por otra empresa, obligaría a indemnizarle por el rescate en todo lo que signifique valor neto no amortizado de la empresa. La inversión millonaria de esta compañía deberá ser indemnizada.

CASSAGNE: La retirada de cualquier inversor privado de la importancia de Telefónica afecta, indudablemente, las expectativas de inversión en servicios públicos a largo plazo por parte de otras empresas extranjeras.

“EL DERECHO PENAL NO PUEDE RESOLVER LOS PROBLEMAS DE LA SOCIEDAD”*

Entrevista a Günther Jakobs**

Con ocasión de la visita del profesor Günther Jakobs a Lima en el mes de Noviembre, tuvimos la oportunidad de conversar con él y realizar un acercamiento a su Teoría Funcionalista Sistémica, la cual tiene una visión muy particular de la sociedad y de la función del Derecho Penal en la misma.

Esta teoría plantea que el Derecho Penal no tiene como función proteger bienes jurídicos determinados, sino mantener la estructura social vigente, y protegerla de cualquier lesión. Así, las lesiones no son entendidas en sentido individual, sino social; lo que importa al Derecho Penal es que la conducta delictiva lesiona la vigencia de la norma, con lo que se frustran los roles sociales asignados y se obstaculiza la vigencia y reproducción del sistema social.

En las páginas que siguen abordaremos en compañía del reconocido profesor alemán diferentes aspectos de esta teoría.

* La presente entrevista fue elaborada y realizada por Milagros de Pomar Saettone, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al doctor Róger Yon Ruesta por la asesoría brindada en la preparación de las preguntas, asimismo, agradecemos al doctor José Antonio Caro John por la traducción simultánea de la entrevista.

** Prof. Dr. Dr. h.c. mult. de la Universidad de Bonn, Alemania. Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la misma universidad.

1. El planteamiento funcionalista de la teoría del delito genera una visión sustancialmente distinta a las corrientes precedentes en el Derecho Penal, en tanto parte de una concepción sistémica de la sociedad y de la consideración de cada individuo como protagonista de un rol en la misma. ¿En qué se sustenta este planteamiento?

La respuesta más clara es, en primer lugar, que el Derecho Penal tiene como función mantener la estructura de una sociedad. Cuando hablo de estructura de la sociedad me refiero a una estructura normativa, no a una estructura fáctica; ella tiene que ver con captar el espíritu normativo de una sociedad. Este planteamiento hunde sus raíces en algunas orientaciones filosóficas: en primer lugar, habría que mencionar a la teoría sistémica, y, yendo más a profundidad, de un modo histórico, llegaríamos al sistema filosófico de Hegel. Sin embargo, no se trata tampoco de profundizar mucho en la filosofía ni en la sociología, sino lo fundamental es captar que el Derecho Penal tiene una función, la función de mantener la estructura normativa de la sociedad.

2. ¿En qué medida su postura ha sido influenciada por el sociólogo Luhmann¹?

Lo más importante a subrayar de Luhmann es su concepción del Derecho en sí mismo como un sistema. El desarrollo del sistema no se refiere a una relación fáctica de acción y resultado, sino a un sistema cuyos elementos que lo conforman encierran un significado válido. Explicándolo con un ejemplo: un delincuente con su hecho expresa un significado, un sentido de infracción, y ese sentido es aquello que realmente interesa. El delincuente justamente manifiesta una postura en contra de la vigencia del Derecho, de tal forma que la pena para él no tiene por qué expresar solamente un ejercicio de dolor o una exteriorización de dolor, sino, todo lo contrario, el significado de que, frente a su hecho anti-normativo, la pena es una reacción a favor del restablecimiento del orden normativo quebrantado mediante su infracción.

Es difícil precisar lo que Luhmann ha expresado sobre el Derecho Penal, ya que él se refiere más a una teoría jurídica integral y, en especial al Derecho Público, donde tiene más resonancia. Pienso que para el Derecho Penal es muy útil su aporte acerca de la vinculación entre Derecho y sociedad.

3. Usted ha señalado que la pena tiene una función estabilizadora, es decir, que ésta responde a una forma de definir los valores y funciones de la sociedad y cuya utilidad sería devolver al sistema la legitimidad de su actuación. ¿Cuál es el aporte del funcionalismo respecto a la función de la pena?

Una sociedad no podría vivir sin prohibiciones normativas. Cuando existe un delito, la pena tiene que reaccionar rápidamente para neutralizarlo. Cuando la pena reacciona, lo hace ante la persona que ha quebrantado o lesionado la estructura normativa de la sociedad. Por esta razón, la pena no sólo está dirigida al autor para que no cometa delitos, sino se dirige también a la víctima y a toda la sociedad. Lo principal es que la norma sea vigente e igual para todos, sólo así puede funcionar.

4. Algunos autores señalan que la teoría funcionalista considera al hombre como un simple ostentador de un rol y no como un sujeto portador de dignidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Sería entonces cierto que la teoría funcionalista no toma como variable la afectación de los derechos fundamentales?

Es conocido que en el ámbito hispanohablante, sobre todo Muñoz Conde, en España, y Velásquez Velásquez, en Colombia, han vertido algunas críticas en este sentido. A todo esto respondo con una pregunta: ¿qué debe entenderse por un derecho fundamental, cuando no es un Estado quien de esa forma así lo define e impone?

Si nos imaginamos a dos hombres entre los que no existe ninguna norma que regule su comportamiento, obviamente la situación a apreciar es la de un estado de naturaleza como el descrito por Thomas Hobbes.

Si nosotros queremos hablar de personas con derechos donde rige un Derecho, en todo caso tendríamos que tomar como base la doctrina de Kant que establece que sólo bajo la vigencia de una constitución jurídica que regula las relaciones humanas es posible comprender un derecho fundamental. Entonces, así ya hablamos de personas, pero de personas no sólo con derechos si no también con deberes. Y cuando hablamos de personas con derechos y deberes, también tenemos que hablar de un Estado que garantiza esos deberes y derechos.

¹ Niklas Luhmann (1927-1998) fue un sociólogo alemán que concibió la sociedad como un sistema autopoyético (autoproducción), cerrado y autorreferencial, cuya unidad operacional era la comunicación. La sociedad para Luhmann no estaba integrada por hombres, los sistemas sociales se formaban únicamente si se entabla una comunicación. Para él, las distintas personas individuales participaban en todos los subsistemas funcionalmente diferenciados (la política, el derecho, la economía, la religión, etc.), pero no cabían totalmente en ninguno de ellos, ni en la misma sociedad. En este sentido, el desarrollo social puede ser comprendido como una ampliación de los rendimientos comunicativos. El sistema de la sociedad tiene la capacidad de transformar su propio entorno y modificar los presupuestos sobre los que descansa su propia diferenciación. En tanto sociedad organizada en subsistemas, la misma no dispone de ningún órgano central, dispone de una re-edificación recursiva de observaciones y descripciones como modo de construcción social.

El discurso o la retórica acerca de la dignidad o sobre los Derechos Humanos sin un poder estatal que lo garantice no es más que un disparate.

5. Según los defensores de la teoría de protección de bienes jurídicos, ésta permite hacer una evaluación crítica y una verificación de la utilidad de la legislación vigente. De esta forma se puede analizar si cada tipo penal está realmente protegiendo algún bien jurídico, de no ser el caso, dicho tipo penal podrá ser descartado. ¿Qué opinión le merece esta posición y qué beneficios considera que trae, por el contrario, la adopción de la postura funcionalista en este sentido?

De las últimas discusiones con el profesor Roxin he podido captar que esa idea es básicamente la que él defiende, y considero que no es del todo desacertada. Roxin busca captar el actual estado que sirve de base para los bienes jurídicos, lo mismo que en el funcionalismo se intenta captar el espíritu normativo de la sociedad, que sirve de base para la teoría.

Por ejemplo, yo, como todo alemán, tengo como trauma al Nacional Socialismo, época en la que se entendió que la vida de Hitler era el bien supremo y en segundo nivel de valor estaba la existencia del Partido. Entonces, no se podría aplicar aquí la función crítica de la teoría del bien jurídico; en esa época se veía la vida de Hitler y la existencia del Nacional Socialismo como bienes jurídicos imposibles de criticar.

El Derecho Penal funcionalista respondería que el Nacional Socialismo no captó el espíritu objetivo de su sociedad en su tiempo, y como no captó el espíritu de la sociedad de su tiempo es que en sí era un régimen que iba contra su propio sistema, y contra su propia sociedad.

Si se defiende la tesis según la cual la tarea del Derecho Penal es la de proteger bienes jurídicos, entonces cada merma, cada menoscabo de estos bienes, significaría una catástrofe. Cuando existe un bien jurídico lesionado la inmediata urgencia a responder es si el Derecho Penal tiene que reaccionar ante ese menoscabo. Sin embargo, el Derecho Penal no puede revivir al muerto; el Derecho Penal sólo puede mantener la vigencia del Derecho, en este caso la vida, y eso es lo único que cuenta, mas no el objeto que, en sí, ya está perdido.

Si bien es cierto que, por una parte, los bienes jurídicos tienen un fuerte componente de sensibilidad, también lo es que, de otra parte, no conducen a nada. Lo que importa es captar el espíritu normativo de la época, esa es realmente la base de las relaciones que forman eso

llamado bien jurídico. Si cambia la sociedad, el Derecho Penal tiene que cambiar. En Europa, un ejemplo muy claro es el caso del aborto. Las mujeres vienen abortando desde hace mucho tiempo, sin que la penalización del aborto mediante el Código Penal pueda impedirlo, de allí que la tendencia avanza hacia su despenalización. Si el Derecho Penal no capta en sus normas el espíritu de su sociedad, esas normas se exponen a morir o a quedarse relegadas a una situación ridícula.

6. En relación a la autoría y participación, usted sostiene que la distinción entre autor y partícipe sería cuantitativa y de ningún modo cualitativa. ¿Cómo se materializaría esta diferencia cuantitativa al momento de determinar la pena aplicable, y cuál sería el criterio para determinar si una persona tuvo mayor o menor injerencia en la realización de un delito?

No existe un criterio exacto, simplemente los casos más importantes o más graves son autoría y los menos importantes son participación. Se podría hablar de tres niveles. En primer lugar, a aquellos que realizan la intervención más fuerte se les pone la pena completa, a los otros la pena más atenuada y a los últimos la pena mínima.

En la sociedad no existen los institutos dogmáticos conocidos como autoría y participación; la diferencia que de ellos se hace es meramente conceptual. Históricamente se ha sostenido que el sujeto más importante es aquel que con sus propias manos ha cometido el delito. Sin embargo, la misma historia ha mostrado que esa concepción no es cierta, por ejemplo, el jefe de una banda en una organización criminal no lo hace con las propias manos y a pesar de eso su hecho puede significar una conducta más grave.

Estoy convencido que en el futuro esta postura va avanzar y se va a determinar que la diferenciación entre autoría y participación es solamente cuantitativa. Esta tendencia ya ha comenzado en el Tribunal Alemán cuando abordó el tema de la teoría subjetiva. Lo que realmente importa profundizar son los criterios de determinación de las penas, que en sí la diferencia entre autoría y participación.

7. ¿Cuáles serían entonces los criterios que deberá usar el operador del Derecho para determinar la pena, si no va a distinguir entre autor y partícipe?

El legislador tiene que establecer qué es lo que quiere, una pena para el hecho o una pena para el autor. El legislador puede reaccionar contra el hecho dañino en sí, o contra la voluntad dañina del autor. En un

Estado democrático de Derecho, el legislador tiene que penalizar el hecho en sí y no el ánimo o sentimiento, de ese modo ya se pueden establecer niveles del injusto en relación al hecho. Lo principal entonces va a ser que el injusto sea culpable.

Así, en un primer nivel, estamos hablando de que el injusto tenga que ser culpable. En un segundo nivel, la conducta del hecho doloso merece mayor pena que un hecho de error o imprudente. En el caso de los delitos dolosos, vamos a tener casos graves, medios y leves. Sin embargo, no se puede exagerar en las diferenciaciones. Estos argumentos son los argumentos dogmáticos, pero hay que permitir que el juez también tenga un criterio independiente para determinar la medición de la pena.

Por ejemplo, en Alemania existe una normativa en el Código Penal que dice que cuando la víctima ha provocado la situación de agresión, se tiene que atenuar la pena para el autor. Semejante regulación no se tiene para el caso de las lesiones, solamente para el caso del homicidio, sin embargo, considero perfectamente posible que el juez pueda aplicar el mismo criterio para el caso de la lesión.

El juez no puede actuar sin lugar a dudas como legislador, pero tiene que conocer su código, de tal forma que donde encuentre vacíos o lagunas jurídicas, pueda completarlos con su interpretación, sobre todo extendiendo analógicamente y en todo momento favoreciendo al reo. Esto no es peligroso cuando se trata de castigar el hecho, lo peligroso es cuando el juzgador busca castigar al autor más que al hecho. Esto se da cuando el juez comienza a dar mayor importancia a cosas que no tienen que ver directamente con el hecho, por ejemplo, si el autor es un borracho, un mal hombre, si estuvo separado de su mujer. Todas estas cosas no tienen que ver muchas veces con el hecho.

8. ¿Cómo podría la empresa constituirse en una variable criminógena de la sociedad?

Existe una infinidad de teorías, que se pueden dividir en dos grupos. Primero aquellas que consideran que la empresa sí es autora. En segundo lugar las que dicen lo contrario. En el grupo que afirma la autoría, también se puede hablar de un grupo extremista radical que señala que las empresas son autores porque tienen una culpabilidad en sentido natural. La otra teoría que también afirma la autoría, pero que es más moderada, señala que las empresas son autores pero a través de una ficción jurídica.

En el caso que alguien administre la propiedad de otra persona y ella realice un acto delictivo, en ese caso,

habría que investigar directamente de qué forma esa persona se convierte en autor.

Históricamente, por ejemplo, en los casos en que se perdían las guerras, la responsabilidad del pago de las reparaciones de los daños, no recaía sobre el pueblo sino sobre los gobernantes o reyes.

9. El Perú es un país donde las personas no han interiorizado rol alguno en la sociedad, donde la actuación de las personas se da justamente al margen de la legalidad del sistema, por ejemplo, con la informalidad, y esto es muchas veces avalado por los mismos operadores del Derecho. Asimismo, el legislador peruano permanentemente emite normas que no guardan relación con la realidad, tratando de imponer conductas que no van a ser respetadas por sus ciudadanos ya sea porque van en contra de sus costumbres o de su idiosincrasia. En este contexto, ¿cómo es posible la vigencia de la teoría funcionalista?

La informalidad de hecho es un desafío para el Derecho Penal en el Perú. Así como la diferencia étnica, a ambas hay que tenerlas en cuenta. En esta situación, la tarea del Derecho Penal tiene que ser clara. Claridad en la redacción de los tipos penales y claridad en cuanto a la protección de las personas, pero eso tampoco hace que se deba soslayar aquellos tipos penales dirigidos a la administración que regula el funcionamiento del sistema.

Por ejemplo, la aplicación de condenas radicales para el caso de corrupción sí es buena. Cuando se ataca ese tipo de problemáticas, la sociedad comienza a tener mayor confianza en su sistema penal. Cuando el núcleo ya está asegurado, los demás tipos penales empiezan a tener vigencia. Sin embargo, una sociedad corrupta no tiene un buen Derecho Penal. El Derecho Penal no puede resolver los problemas de la sociedad. Cuando el problema es social, y la sociedad misma no se comprende, entonces el Derecho Penal ya no tiene oportunidad, sólo queda la revolución.

En todas las sociedades donde los problemas no pueden ser correctamente regulados, se tiene la creencia que el Derecho va a resolver los problemas sociales, pero existen situaciones donde el Derecho Penal ya no puede explicar ni resolver un problema. Sin embargo, no considero que la situación peruana sea caótica o no tenga salida como para una revolución. Lo que necesita el Perú son dos fiscales generales con conocimientos y con ganas de trabajar en serio contra la corrupción, como sucedió en Italia.

“NO EXISTE MISTERIO DEL CAPITAL ALGUNO” El *otro* análisis económico del Derecho*

Entrevista a Ugo Mattei**

Especialista en Derecho Comparado y análisis económico del Derecho con estudios en la London School of Economics y la Faculté Internationale de Droit Comparé de Estrasburgo, profesor de Derecho en diferentes universidades y varias materias, miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, autor de once libros e innumerables artículos traducidos a los principales idiomas e investigador con experiencias de campo en diversos países (Congo, Somalia, Israel, Japón, Rusia y Etiopía, entre otros). Ugo Mattei es, qué duda cabe, un académico muy importante. Con motivo de su ponencia por el veinte aniversario del Código Civil organizada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, THEMIS aprovechó su paso por Lima para conversar con él sobre temas vinculados al análisis económico del Derecho y la realidad nacional.

* La presente entrevista fue elaborada y realizada por Federico de Cárdenas Romero, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, y por Javier de Belaunde de Cárdenas, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, quien tuvo a su cargo la traducción. Agradecemos al doctor Gastón Fernández Cruz por la colaboración brindada para la realización de la presente entrevista.

** Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Torino, Italia (sucesor de cátedra del profesor Rodolfo Sacco). Profesor *Alfred and Hanna Fromm* de Derecho Internacional y Derecho Comparado en la Universidad de California (sucesor de cátedra del profesor Rudolf B. Schlesinger). Boalt Hall School of Law, U.C. Berkeley. LL.M. Dottore in Giurisprudenza por la Universidad de Torino.

1. ¿Cómo surgió su interés por el Derecho? Específicamente, ¿por qué se interesó por el análisis económico del Derecho proviniendo de un país como Italia que se encuentra más identificado con la aproximación civil tradicional?

Mi interés por el Derecho en general surgió de forma tardía. Cuando acabé la secundaria en Italia me puse a buscar la facultad que comenzaba más tarde, quería tener unas vacaciones muy largas para poder viajar. Así, Derecho empezaba en noviembre mientras las otras facultades que estaba contemplando, que eran la de Economía y Ciencia Política, empezaban en octubre, con lo cual decidí estudiar Derecho. Fue una decisión muy personal.

Mientras que por el análisis económico del Derecho mi interés surgió de una forma distinta. Cuando me gradué de la Facultad de Derecho me fui a África. El primer estudio que realicé fue en el Congo francés, ahí empecé a tomar interés por los temas relacionados con la reforma de las reglas de propiedad y de tierras en los países menos desarrollados. Mientras realizaba mis investigaciones en África me di cuenta que todo lo que había aprendido en la Facultad era prácticamente inútil. A lo que me refiero es que sólo podía entender el Derecho en su aspecto más formal, pero no entendía nada de la esencia del problema económico.

Así que cuando regresé a Italia me di cuenta que lo que quería era involucrarme con la economía, debido a que necesitaba un mejor entendimiento de lo que subyace a las formas legales. Por ese entonces, Calabresi se encontraba visitando Italia con motivo de una conferencia en Pisa y mi mentor, Rodolfo Sacco, me lo presentó... a él que era el tipo importante del análisis económico del Derecho.

Luego fui al Departamento de Economía de Yale y pasé un año trabajando con figuras muy importantes como Calabresi y Tobin e hice los primeros trabajos de mi obra. Así que cuando regresé a Italia fue natural que escribiera el tipo de cosas que escribí. Así fue como empecé con el análisis económico del Derecho, pero esto fue en realidad desde el Derecho Comparado. A mi no me interesaba la rigurosa tradición civil, lo mío fue el Derecho Comparado desde un principio.

2. Recientemente tuvimos la oportunidad de entrevistar a George Priest¹ quien se encontraba en Lima para dictar unas conferencias. En aquella oportunidad le preguntamos acerca del desarrollo del análisis

económico del Derecho en los Estados Unidos. En ese sentido, nos gustaría saber cuál es la posición del movimiento en Europa y cuál es su opinión sobre su futuro.

Bueno, yo fui uno de los primeros en hacer análisis económico del Derecho en Italia en los ochenta. En ese tiempo todos lo veían con mucho optimismo y era realmente emocionante que estuviera llegando algo de análisis económico del Derecho a Europa. De hecho, logramos muchos progresos: hubo un esfuerzo inicial para crear una sociedad europea de análisis económico del Derecho, yo mismo creé, junto con Robert Cooter, el Comparative Law and Economics Forum que es un grupo de académicos de Europa, Estados Unidos y Japón que se reúne todos los años. Asimismo, las jóvenes generaciones de Italia, Alemania, Suecia, Suiza y Escandinavia se interesaron y empezaron a realizar sus propios trabajos.

Ahora bien, en estos momentos considero que el análisis económico del Derecho está sufriendo un declive, no sólo en Europa, sino en los Estados Unidos. En el sentido que ha sido transformado por el neoliberalismo. Se convirtió en una especie de paradigma político y se conectó con el tipo de políticas del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y del Consenso de Washington. Así, fue retransformado en una industria, consiguió mucho dinero de instituciones conservadoras como la Fundación Olin y se crearon muchas cátedras en los Estados Unidos de análisis económico del Derecho—lo cual dio la sensación que estaba creciendo. Por el contrario, creo que una vez que un movimiento intelectual se institucionaliza, se acerca demasiado al poder y empieza a decaer, deja de ser interesante y deja de representar una postura crítica.

En Europa lo que realmente nos fascinaba del análisis económico del Derecho al comienzo era su potencial crítico, la posibilidad de mirar al Derecho—que en Europa mirábamos de una manera muy formal—desde la perspectiva de los incentivos y desde la perspectiva de los usuarios del sistema legal. Básicamente nos interesaba utilizar al análisis económico del Derecho como una herramienta para entender al Derecho de una forma crítica.

Pero ahora ya nada resulta interesante en él, debido a que la mayor parte de lo que ha salido del análisis económico del Derecho de los Estados Unidos es desesperadamente parroquial, sólo funciona para ellos, ellos asumen que todo se parece a los Estados Unidos. La mayor parte de los académicos

norteamericanos de esta tendencia son realmente incapaces de desarrollar una forma de pensar que pueda ser usada en diferentes contextos, siendo respetuosa de las diferencias. Así, el análisis económico del Derecho ha tomado una forma imperialista y parroquial. Recientemente escribí un artículo sobre estas ideas que aparecerá en el próximo número del Maryland Law Review titulado "The rise and fall of law and economics" ["El ascenso y la caída del análisis económico del Derecho"], lo escribí con ocasión del simposio en honor a Guido Calabresi celebrado en Maryland.

3. Una crítica común al análisis económico del Derecho aquí en el Perú es la que sostiene que constituye una aproximación incompleta que no toma en cuenta la realidad (espacio y tiempo específicos). Además, se señala que su aplicación en un país con una cultura y proceso histórico distinto podría resultar peligrosa. ¿Encuentra esta crítica fundada?

Sí, hay mucho de cierto en esa afirmación. Sin embargo, no creo que sea una buena razón para no hacer análisis económico del Derecho, ya que definitivamente es cierto que existen muy buenas razones para entender al Derecho desde la perspectiva económica. Entenderlo como un método de trabajo es importante, pero resulta aún más importante tener la capacidad de transformarlo –en el proceso de recepción– en orden a ver para qué puede ser usado. Es importante realizar un esfuerzo para hacer trabajos originales.

Creo que las críticas resultan fundadas si el análisis económico del Derecho se importa de los Estados Unidos, se transfiere al Perú o Europa y el trasfondo institucional no es tomado en cuenta. Yo mismo intenté realizar ése trabajo de "adaptación", sensible a las diferencias institucionales, en mis trabajos comparados de análisis económico del Derecho. Se podría realizar mucho en ese sentido, poner la realidad institucional en el contexto y tomarla en consideración como parte de la película, pero la gente no lo está haciendo. Por alguna razón, las personas que se dedican al análisis económico del Derecho en Europa y Latinoamérica –conozco muy bien a los integrantes de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía– son muy poco críticas, sólo le rinden culto a los pesos pesados de Yale, Chicago, etc., pero no tienen una posición ni una comprensión original. Así que eventualmente desarrollan ideas que no encajan con la realidad.

Se debe tomar en consideración a la realidad de una forma muy humilde, pero es importante presentar una aproximación original. Y esto es lo que hace falta, estamos realmente experimentando un proceso donde

asumimos lo primero que salga de los Estados Unidos sin mucho pensamiento crítico. Esto se relaciona con lo que señalaba antes, si el análisis económico del Derecho no constituye un instrumento de análisis crítico se convierte en propaganda inútil de las hegemonías actuales. Ya tuvimos demasiado neoliberalismo y poder económico llegando aquí por sus propios medios como para tener además una teoría que lo justifique y legitime. Necesitamos algo para entender y criticar.

4. Recientemente leímos en un artículo de Richard Epstein que un adecuado nivel de protección del medio ambiente podría ser alcanzado por simples reglas de propiedad evitando la regulación administrativa que, según su opinión, era una forma de expropiar sin compensar. ¿Cómo podemos conciliar la necesidad de desarrollo con una adecuada protección del medio ambiente?

Epstein es para mí el símbolo del análisis económico del Derecho volviéndose completamente ideológico y, por ende, mala investigación. No tengo ningún problema en señalar esto públicamente. Lo que él ha venido señalando recientemente son por completo tonterías. Quiero decir, su idea de reglas simples para un mundo complejo es como la plataforma política del pensamiento reaccionario. Apunta a destruir las fortalezas de gobierno del Derecho y la política favoreciendo a los fuertes sobre los débiles. En una sociedad afectada por el desequilibrio de poder él argumenta a favor de la ley de la jungla: "retornemos a los buenos tiempos en los que el empleador podía dominar a los empleados atándolos a contratos abusivos".

Desafortunadamente esta es la realidad de la opresión en contra de la cual tenemos que luchar, y en efecto el mundo del profesor Epstein es más real de lo que uno podría imaginarse. Es suficiente ver la realidad en las minas, plantaciones, zonas económicas especiales, etc. Propiedad simple y contratos muy simples triunfan ahí ¿es esto eficiente? El tipo de darwinismo que Epstein aboga en nombre de la eficiencia económica es inmoral.

Resulta más importante la pregunta que plantean sobre la relación entre desarrollo y medio ambiente, y no creo que en absoluto sea una buena idea deshacerse del Derecho Público o del gobierno. Creo que la idea de deshacerse del Derecho Público es equivocada. Si lo haces y reduces el gobierno y la regulación para tener un sistema que funcione en contra de las externalidades –polución, desastres ambientales, explotación laboral, etc.– evitando la anarquía, se necesitaría tener un sistema de cortes que funcione

como el sistema norteamericano. Por razones estructurales y culturales eso no es una posibilidad en la tradición del Derecho Civil, ni en Europa ni aquí. Tampoco es necesariamente deseable. Creo que tenemos que mantener el Derecho Público, la regulación administrativa, las instituciones que son capaces de redistribuir la riqueza, necesitamos más gobierno en vez de menos, necesitamos pagar más impuestos y no menos, necesitamos redescubrir el poder de las políticas de participación para el bien común. No existe razón real alguna por la cual el sector privado deba servir el interés común mejor que el factor público, el sector privado puede ser muy eficiente, pero su propósito es servir al interés privado. No creo que exista algún contenido intelectual real en argumentar *a priori* a favor de la privatización.

5. En el contexto de las conferencias sobre los veinte años del Código Civil peruano, en el cual algunos abogados proponen realizar pequeñas reformas o, incluso, promulgar un nuevo Código: ¿qué tan importantes son las normas para determinar la realidad? ¿No deberíamos enfocarnos también en la cultura?

Creo que el Código Civil peruano puede ser importante como un ejercicio simbólico ya que contiene ideas de funcionamiento social, ideas sociales del Derecho y, en algún sentido, simboliza la posibilidad de que la cultura legal funcione para obtener justicia social, lo cual es realmente importante. Sin embargo, en la práctica es derrotado por la realidad peruana ya que en el nivel más bajo la mayoría de peruanos no vive aplicando el sistema legal formal. Así, la mayor parte de la población del centro del país o de las periferias de las grandes ciudades aplica sistemas legales informales, tal vez legados de la era de la pre-codificación o, incluso, algún legado Inca.

Existen muchas clases de reglas de Derecho informal, Derecho tradicional, que no necesita de jueces o abogados. Estas reglas simplemente funcionan como un sistema legal tradicional que ocupa gran parte del sistema legal. Por encima del Código existe esta gran capa de Derecho "imperial": el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, las grandes firmas norteamericanas, etc., que producen un sistema legal formal que no tiene nada de social, es sólo la estructura legal del imperialismo económico. Además esa capa no tiene nada que hacer con el Código. Así, el Código es derrotado por arriba y por abajo.

La base es ocupada por el Derecho informal y la parte superior por la capa de derecho internacional que es gran medida *americanized*. En el poco espacio medio que queda se encuentra este Código que es simbólico para la cultura legal, tiene algunas ideas, involucra

algún contenido social, pero no creo que haya cumplido algún rol hasta ahora en resistir la penetración de modelos de Derecho neoliberales.

De esta forma, el Derecho privado es producido por el Fondo Monetario Internacional a través de los programas de ajustes estructurales y no tiene nada que ver con responsabilidad social, ellos sólo quieren que les devuelvan el dinero, así que es una especie de nuevo esfuerzo colonial para la extracción. El Fondo no se preocupa si el Código pretende crear una sociedad de personas que vivan juntas en una forma socialmente responsable.

En términos generales, creo que dado el estado de la cuestión resulta de importancia que los peruanos empiecen, finalmente, a trabajar con otros académicos latinoamericanos en Chile, Argentina, Brasil, Ecuador, Bolivia, Uruguay, etc., para que se entiendan y entiendan sus intereses, la realidad del Derecho latinoamericano, y paren de importar Derecho de las antiguas colonias de occidente. Tal vez, dentro de este diálogo, una legislación realmente efectiva y socialmente responsable, que resista la arrogancia del neoliberalismo, pueda ser creada; tal vez incluso un código, que después de todo es una constitución económica.

El Derecho que ustedes han estado importando desde tiempos coloniales ha sido completamente funcional al proceso del capitalismo occidental. Continuar haciéndolo, es decir, importando Derecho es simplemente continuar importando el sistema legal que ha sido creado para favorecer un modelo de desarrollo internacional en el cual Latinoamérica es saqueada sistemáticamente de todos sus recursos. Lo importante es que ustedes establezcan una comunicación con otras culturas latinoamericanas, entiendan su propia realidad, creen alguna resistencia y construyan un sistema legal que integre fuertemente una nueva responsabilidad política en Latinoamérica.

Esto es importante y es el momento indicado para hacerlo ya que Estados Unidos está ocupado en Irak y no está prestando mucha atención a lo que ocurre acá por primera vez en cerca de doscientos años. Este es el momento para que los países deudores Latinoamericanos, ayudados por nuevas y creativas teorías legales, se nieguen a pagarle de vuelta al Fondo y se nieguen a seguir drenando los recursos de los pobres para cumplir con la deuda; en realidad es el momento de reclamar de vuelta –sobre la base de una teoría de restitución– lo que ha sido extraído en las centurias pasadas de seudo independencia. ¡Esto ciertamente sería un rol revolucionario para los académicos peruanos!

Preferiría ver a la cultura jurídica peruana expandiendo conexiones con otras culturas latinoamericanas y

creando ideas originales aquí, criticando un modelo de desarrollo que los está penalizando –y los ha estado penalizando desde siempre– en vez de ver un nuevo Código Civil en Perú.

6. En estos días el Gobierno peruano se encuentra negociando un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Uno de los puntos más duros de la negociación del Tratado es el relativo a las patentes médicas. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Creo que no deberían entrar en ese tratado de libre comercio con los Estados Unidos –y nadie debería– hasta que el desequilibrio de poder sea remediado. Considero que todo el asunto del libre comercio – básicamente desde que este país fue independiente– ha sido usado para impedir la creación de una economía local sostenible. Siempre que hubo algún intento para crear una industria local o para proteger la creación de algún desarrollo local unos tipos llegaban con la idea de mercados abiertos para destruir la posibilidad del desarrollo de Sudamérica, poniendo a los países uno en contra del otro, poniendo a las personas de la costa en contra de las personas del interior.

Sabemos que constantemente la política británica en Sudamérica ha sido la de presionar la apertura de los mercados ya que el mercado abierto demanda que los recursos que estaban aquí pueden ser extraídos y llevados a Europa por precios muy baratos. Así fue que tuvieron latifundios, y así fue que no tuvieron clase media. El interés de las potencias de occidente –que predicaban a los pobres el libre comercio mientras protegen su propio comercio– era mantener a las personas pobres porque al hacerlo aseguraban mano de obra barata para extraer materias primas y enviarlas a Europa. La estructura de comunicaciones y carreteras en Latinoamérica es la mejor evidencia de lo que estoy diciendo. Es más fácil ir a Europa que ir a Buenos Aires desde aquí o incluso al Perú del interior. La infraestructura, al igual que la ley, sirvió a los intereses de las potencias extranjeras, particularmente a los británicos, para extraer los recursos y enviarlos a Europa. Gran Bretaña se desarrolló gracias al oro, plata o guano latinoamericano, ¡sólo transferido nominalmente a los españoles porque ellos le debían dinero a los británicos! Todo esto en nombre del libre comercio.

Ahora mismo la propiedad intelectual occidental es como el nuevo latifundio, es nuevamente una forma de acumular nuevos recursos en las manos de un muy reducido número de poderes monopolísticos que están en los Estados Unidos. Estos poderes hacen *lobby* ante el congreso norteamericano –y controlan la Organización Mundial del Comercio– para establecer

reglas de patentes estrictas y duras. Pero una cosa es clara: no existe razón de eficiencia alguna en la propiedad intelectual, las personas del análisis económico del Derecho que defienden la propiedad intelectual son mentirosos, están recibiendo dinero de las grandes potencias para mentir. La propiedad intelectual es ineficiente. Un monopolio no puede ser eficiente. La propiedad intelectual sostiene una estructura de poder monopolístico, concentrando toda la riqueza en las manos de un número muy reducido de actores económicos que controlan tanto el centro como la periferia. Así que si yo fuera ustedes me mantendría afuera de esa estafa llamada tratado del libre comercio.

Estoy a favor de los actos de resistencia. ¡Estuve muy contento de encontrar mientras viajaba por el Perú que todos los DVDs y CDs han sido pirateados! Tal vez exista una buena teoría en no pagar la deuda externa como existe una para la piratería, la resistencia a los derechos de autor. Si los países latinoamericanos se conectan, conversan entre ellos y se dan cuenta que son mercados potencialmente fuerte e importantes, con un potencial liderazgo inteligente, con muchas cosas que son positivas, la actitud y el curso de los eventos pueden cambiar. Lo que hoy parece necesario (como respetar la propiedad intelectual y cumplir con la deuda) podría presentarse de una forma más contingente.

El poder de un demandado con una buena teoría legal es enorme, ¡cualquier abogado sabe eso! Una buena teoría de no cumplimiento de la deuda externa y no respeto a la propiedad intelectual potenciaría a los latinoamericanos. Ustedes tienen toda la razón del mundo para negarse a pagar la deuda externa porque el modelo actual de desarrollo es un fraude, esto es algo que creo desde el fondo de mi corazón. Un modelo de desarrollo más justo, que es algo absolutamente importante y necesario para que la humanidad sobreviva, sólo puede empezar de países como Perú donde las multitudes no tienen nada que perder y los líderes tienen que entender que la proporción de poder está cambiando.

En Latinoamérica se encuentra todo el potencial de una resistencia efectiva, ustedes tienen un nivel sorprendente de cultura común y de experiencias comunes –he estado en Colombia, Argentina, Bolivia, Méjico y Haití. La única razón para estar históricamente separados fue el colonialismo, no existe razón real. Ustedes realmente necesitan trabajar en crear instituciones comunes, instituciones de solidaridad, instituciones de personas, instituciones que sirvan a las personas antes que al lucro... no un tratado de libre comercio con la misma potencia que desde la doctrina Monroe (1823) ha trabajado para cerrarle el paso a su desarrollo y humillar a su gente.

7. ¿Existe otra forma de desarrollo diferente a la del mercado?

El mercado no tiene significado alguno, no existe tal cosa como "el mercado", existen mercados con diferentes características determinadas por diferentes marcos institucionales que tienen que servir ciertos propósitos. Un mercado es una institución y tiene que servir cierto propósito, si sirve el propósito entonces debemos tenerlo y alentarlo. El mercado es un medio no un fin en sí mismo. "El mercado", esta especie de idea universal, noción post 1991 del mercado como único camino al desarrollo, es sólo ideología, este es el tipo de cosas que una buena investigación seria en análisis económico del Derecho rechazaría. Lo que estoy diciendo es: existen mercados, diferentes tipos de mercados y pueden existir instituciones de mercado que sea importante mantener. Sin embargo, existen muchas instituciones fuera del mercado que es importante mantener. Déjenme ponerles un ejemplo, en este país el gran problema es el desempleo, hay mucha gente desempleada. Ahora bien, todas las recetas de reestructuración de mercado que provienen del Banco Mundial implican crear mayor desempleo, todas pretenden racionalizar la producción lo que significa echar a la gente de sus empleos. ¿Qué sentido tiene seguir recetas como esas? Estas recetas no sirven a los intereses de Latinoamérica, sirven a los intereses de la gente del norte que quiere mantener mano de obra barata y mucho desempleo para la producción en masa y la extracción de este país.

Así que no es "el mercado", esta es una falla del mercado, un mercado que sirve al imperialismo y no a las personas. Lo que necesitan hacer con las instituciones

de mercado es usarlas como un medio, pero no dejarlo todo a las fuerzas no reguladas del lucro, porque "el mercado" sólo significa que los más fuertes obtendrán aún más y los menos fuertes siempre menos.

8. El investigador peruano Hernando de Soto sostiene que es posible eliminar la pobreza de los países subdesarrollados formalizando la propiedad informal de las personas pobres de tal forma que puedan tener acceso al crédito. De su experiencia en países subdesarrollados y en temas de propiedad, ¿qué opinión le merece esta teoría?

Estoy en desacuerdo con el señor de Soto y he desarrollado este argumento en mi ponencia presentada en la conferencia sobre los veinte años del Código Civil. El problema real es que los pobres están tan desesperados, explotados y sin esperanzas en el hemisferio sur como que para que cualquier teoría como la de él funcione. La verdadera cuestión es la distribución básica, no el acceso al crédito. Si usted se muere de hambre, si usted vive con dos dólares diarios, si su casa es una pocilga, si se les niega la educación y cuidados básicos a sus hijos, usted no puede siquiera empezar a pensar de forma creativa y convertirse en un empresario. El argumento de Hernando de Soto –el cual, dicho sea de paso, es técnicamente equivocado desde el punto de vista legal– es nuevamente parcial e ideológico. Culpa a los pobres por serlo y a los subdesarrollados por el subdesarrollo, en vez de colocar la responsabilidad donde corresponde. El desarrollo occidental no habría sido posible sin abrir las venas de Latinoamérica. Todo es muy trivial. No existe misterio del capital alguno: occidente trata de impedir todas las alternativas.

REALIDAD O MITO: EN LA BÚSQUEDA DE LOS VERDADEROS ALCANCES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO*

Pablo de la Flor

Viceministro de Comercio Exterior. Jefe del Equipo Negociador para el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Master en Políticas Públicas por la Universidad de Harvard. Master en Relaciones Internacionales por la Universidad de Yale. Candidato al doctorado por la Universidad de Chicago.

Javier Diez Canseco

Congresista de la República.

James Curtis Struble

Embajador de los Estados Unidos en el Perú.

William W. Monning**

Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de San Francisco. Profesor de Negociación y Resolución de Conflictos, Monterrey Institute of International Studies, California. Beneficiario de beca Fulbright para la investigación de la negociación y resolución de conflictos a nivel multisectorial a través de la celebración de tratados de libre comercio. Consultor de las Naciones Unidas en comercio y desarrollo (UCTAD).

José Oscátegui

Economista. Ph.D. en Economía, Universidad de Illinois en Urbana-Champaign. Profesor de Economía en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI. Miembro de la Comisión ALCA-Perú en el Grupo de Inversiones.

* La presente Mesa Redonda estuvo a cargo de Oscar Súmar Albújar, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS.

** Las opiniones expresadas por el doctor Monning no representan a ninguna de las instituciones mencionadas, el gobierno de Estados Unidos o la Comisión Fulbright.

El Tratado de Libre Comercio (en adelante, "TLC") a celebrarse entre los Estados Unidos (en adelante, "EE.UU.") y Perú es concebido, por un sector de la sociedad, como el vehículo idóneo para lograr el desarrollo. Sin embargo, una visión escéptica y, quizás, académicamente más exacta, nos permitirá vislumbrar sus verdaderos alcances.

Por ello, THEMIS ha considerado conveniente reunir en la presente Mesa Redonda a diversas personalidades involucradas con la firma del Tratado, sea desde la mesa de negociaciones, desde el gobierno o desde los ambientes académicos.

El resultado ha sido el de tener respuestas heterogéneas, en algunos casos contrarias entre sí y que, creemos, contribuirán de manera significativa a realzar y profundizar el debate en torno al TLC.

Objetivos y alcances del TLC

1. ¿Cuáles son o deberían ser los objetivos de la firma de un tratado de libre comercio con EE.UU.? De celebrarse este tratado, ¿hasta qué punto sería beneficioso? ¿Cómo se integraría a la economía peruana? ¿Qué medidas deberían acompañar su celebración para afirmar sus efectos positivos?

DE LA FLOR: El fin de un TLC es incrementar la cantidad y calidad del empleo, tener precios más bajos para los consumidores y tener una mayor variedad y calidad de productos. Es decir, mejorar la calidad de vida de los peruanos.

Más específicamente, el TLC plantea tres objetivos intermedios. Primero, fortalecer la integración del Perú al mundo, vital para el desarrollo de una economía pequeña como la nuestra. Segundo, incrementar los flujos de inversión, tanto extranjera como nacional. Tercero, generar mayor eficiencia económica a través de la asignación más eficiente de los factores de producción.

El principal beneficio que obtendría el Perú es la consolidación de las preferencias del ATPDEA y la ampliación del acceso de los bienes y servicios peruanos a EE.UU., asegurando mayores oportunidades de crecimiento y diversificación para nuestras exportaciones. Por otro lado, al constituir un acuerdo que incluye todos los aspectos de la relación económica bilateral, permitirá reforzar la estabilidad macroeconómica e institucional mejorando, entre otros indicadores, la clasificación de riesgo país y propiciando la reducción del costo para acceder al crédito. Igualmente, el contar con reglas estables y permanentes facilita la captación de inversión extranjera.

Sobre el particular, resulta importante recalcar que la mejor manera de afrontar con éxito la apertura de mercados es mejorando los niveles de competitividad. Para ello debemos trabajar en la agenda interna, en forma paralela al proceso de negociación, con el objeto de fortalecer nuestro aparato económico. Considero que la competitividad descansa sobre cuatro pilares: la reforma del Estado, las concesiones, la inversión en el capital humano y el acceso a la justicia y los derechos de propiedad.

DIEZ CANSECO: El TLC no es un mero acuerdo comercial, implica compromisos que congelan el modelo económico imperante, estableciendo un tipo de relación entre el Estado y el capital, limitando la capacidad reguladora del Estado, su capacidad de definir leyes nacionales y dar políticas en beneficio de diversos sectores en tanto se interprete que afecten los intereses comerciales y los derechos establecidos por el TLC.

Hay intereses muy distintos en la negociación: el Perú trata principalmente de asegurar mercados y obtener beneficios comerciales (consolidar el ATPDEA), mientras que para EE.UU. significamos, más que un mercado apetecible, un objetivo geopolítico y una ubicación geoestratégica en términos regionales, en donde los intereses sobre el tema de la coca, la seguridad, el acceso a recursos naturales (biodiversidad, recursos energéticos, fuentes hídricas), así como fracturar el proceso de integración sudamericano, son muy importantes para Washington. Por ello, es muy grave no colocar la negociación en su contexto, pues es un asunto muy importante para nuestro país y para el futuro regional andino y sudamericano.

Un acuerdo comercial debe tender a facilitar el intercambio entre los países signatarios, a fin de generar beneficios económicos, impulsar un desarrollo que elimine progresivamente la inequidad, facilitar la satisfacción de necesidades de las personas y erradicar la pobreza, permitiendo una mayor y mejor inserción de nuestra economía y producción en los mercados internacionales. Lamentablemente, el formato del TLC dista mucho de satisfacer estos objetivos.

Frente a las inmensas asimetrías entre la economía peruana y la estadounidense, es necesario incorporar mecanismos de compensación, que permitan que el comercio pueda ser efectivamente un intercambio justo, que efectivamente aporte al desarrollo y la eliminación de la pobreza. Estos principios no están siendo considerados adecuadamente en la negociación. La posición de los países andinos debe ser muy firme: exigir condiciones que permitan enfrentar las asimetrías, asegurar la capacidad del Estado de desarrollar políticas para los sectores más

sensibles y resguardar los derechos fundamentales de las personas por encima de los intereses comerciales. La posición de EE.UU. en este aspecto es absolutamente cerrada, lo que hace que difícilmente el resultado final del TLC será beneficioso para las grandes mayorías del país. Es necesario tener planes de contingencia claros, considerando que existen otros escenarios de integración económica, en donde las exigencias no son tan duras e injustas. Un acuerdo comercial mal diseñado y negociado, en vez de fortalecer nuestra economía e impulsar el desarrollo, puede fomentar y profundizar las inmensas asimetrías internacionales y la inequidad dentro de nuestro país.

STRUBLE: Tal vez, la mejor manera de ilustrar los potenciales beneficios de un TLC sea revisar el éxito que ha tenido el Perú en crear un mercado más amplio para sus productos en EE.UU., a través de programas especiales de comercio en los que ha participado durante la última década. En el año en que se promulgó el ATPA (1991), el Perú exportó \$775 millones a EE.UU. y su déficit comercial con mi país fue de \$70 millones. Durante los últimos cinco años las exportaciones peruanas a EE.UU. han superado amplia y sostenidamente a las importaciones, de tal forma que en el 2003 el Perú exportó \$2,400 millones a EE.UU. y disfrutó de un superávit comercial de \$700 millones. Asimismo, vale la pena mencionar que gran parte de este crecimiento de las exportaciones ha sido en el área de productos nuevos y no de los tradicionales – espárragos, mangos y textiles, por ejemplo. El Perú tiene aún muchas oportunidades de ampliar su comercio con los EE.UU. Para mencionar sólo un ejemplo, EE.UU. importa uvas de mesa por más de 600 millones de dólares anuales; \$440 millones de esas importaciones provienen de Chile. El año pasado el Perú exportó uvas a EE.UU. por solamente \$4 millones.

Dicho esto, el TLC devengará mejores beneficios al Perú si se complementa con un paquete integral de medidas para incrementar la competitividad. El Perú necesita mejorar su sistema educativo a fin de contar con trabajadores mejor capacitados y su sistema judicial para atraer más inversiones. También es necesario mejorar la infraestructura. El gobierno y el sector privado están conscientes de estas necesidades y están trabajando para cubrirlas.

MONNING: Los objetivos positivos de un TLC entre Perú y EE.UU. deberían incluir: un incremento del acceso al mercado norteamericano para los productos peruanos acompañado de la eliminación de las tarifas que distorsionan el comercio, cuotas, subsidios y la remoción de las barreras no tarifarias al comercio (barreras sanitarias y fitosanitarias) que evitan que los productos peruanos compitan en igualdad de condiciones en el mercado norteamericano. En sentido

inverso, los negociadores americanos buscan el acceso recíproco al mercado peruano para los productos norteamericanos. El Tratado puede ser un hito importante para el desarrollo económico. Los subsidios que distorsionan el comercio y la mayor capacidad técnica y manufacturera (en algunas industrias) de EE.UU. podrían ocasionar un desequilibrio en la negociación que podría traer como resultado la pérdida de empleos en Perú dentro de ciertos sectores. El acuerdo bilateral con EE.UU. debería basarse en intercambios equilibrados y la protección de ciertos negocios pequeños, los agricultores de subsistencia y el reconocimiento de los desequilibrios de poder. Los tratados de libre comercio no necesariamente implican o requieren inversión en programas sociales, capacitación para los trabajadores despedidos o protección del medio ambiente y los derechos laborales. Como lo discutiremos en las preguntas que siguen, los tratados bilaterales pueden no ofrecer el rango de protección que puede obtenerse en una negociación como parte de un bloque (grupo de países) o con otras naciones similares que busquen obtener acuerdos equilibrados a través de la Organización Mundial de Comercio (en adelante, "OMC"). Como se dice, "the devil is in the details" ("el diablo está en los detalles"). El comercio y los acuerdos comerciales no son inherentemente buenos o malos. Para que los negociadores obtengan el máximo de beneficios y protección, se deben de haber identificado claramente las metas, tener cronogramas claros y la habilidad para cuantificar y proyectar los beneficios ganados a través del acceso al mercado (de EE.UU.) y de los precios más baratos para el consumidor peruano.

OSCÁTEGUI: El objetivo último de la firma de un TLC debe ser el bienestar de la población, tanto individual como colectivamente, es decir, como país. En este sentido, nuestro bienestar debería mejorar tanto en el corto plazo como en el largo plazo. Por esto, dicha mejora debe medirse no sólo en términos de consumo en el corto plazo, sino también en términos de desarrollo o de inhibición de capacidades productivas en el largo plazo.

Las preguntas ¿hasta qué punto sería beneficioso? ¿Cómo se integraría a la economía peruana? No pueden ser respondidas *a priori*. En primer lugar, la pregunta ya presupone que será beneficioso, sin embargo, esto no se puede saber pues el TLC es un tratado y, por ello, es un conjunto de acuerdos y, dada la ausencia de información, no podemos saber si los acuerdos serán beneficiosos o no, pues no los conocemos. El cómo se integraría la economía peruana será un resultado de los acuerdos y de si estos fueron "beneficiosos" o no. Para nosotros es crucial que el acuerdo comercial haga posible que nos desarrollemos industrialmente, pero si esto ocurre o no y en qué

sectores ocurrirá dependerá de los acuerdos a los que se llegue. Una limitación de partida del TLC que resulte de las negociaciones, es que EE.UU. tienen múltiples TLC's con otras economías (India, Pakistán, Chile, Jordania, etc.) y, seguramente, a todas debe decirles lo mismo, es decir, a cada una de esas economías debe ofrecerle un "mercado de 300 millones de personas...". El Perú tendrá que competir con esas economías, pero en sectores como el textil y confecciones, con la necesidad de imponer salvaguardas a la importación, ya hemos demostrado que no tenemos las mejores condiciones para hacerlo.

2. Se ha dicho que la firma del TLC para el Perú serviría para reducir la pobreza y mejorar el nivel de vida de la población. Sin embargo, hay quienes sostienen que los TLC buscan consolidar un modelo económico que potencia la concentración de la riqueza y la inequidad en la distribución del ingreso a escala nacional y global, fortaleciendo a las grandes empresas nacionales y transnacionales. En ese sentido, se postula además que los TLC dificultarían las medidas de fomento que los estados tendrían que tomar como parte de políticas públicas de reducción de la pobreza. ¿Cuál es su opinión acerca de estas afirmaciones?

DE LA FLOR: El TLC no debe entenderse como un fin en sí mismo, sino como un medio para elevar el nivel de bienestar de la población. En segundo lugar, el TLC no puede analizarse como una medida aislada, sino que forma parte de una estrategia de desarrollo cuya agenda interna va más allá de la negociación propiamente dicha. Comprende, entre otros temas, el desarrollo de infraestructura física, la implementación de políticas de competitividad de largo plazo, descentralización, reforma del Estado, etc. De ahí que el TLC con EE.UU. es apenas una pieza del modelo de desarrollo de país.

Además, debo enfatizar que el TLC no puede analizarse como una medida exclusivamente para beneficio de las grandes y medianas empresas peruanas. La posición peruana en esta negociación ha sido concebida para que el beneficio primordial se produzca en las micro, pequeñas y medianas empresas peruanas (MIPYMES) no sólo de Lima sino también de las regiones. Posiblemente no todas las MIPYMES peruanas exporten sus productos directamente a EE.UU. inmediatamente después de la puesta en vigencia del acuerdo, debido a las exigencias del mercado estadounidense en materia de volumen y estandarización de productos. Sin embargo, éstas podrán hacerlo cuando trabajen activamente por medio de la *asociatividad*, el establecimiento de cadenas productivas y la tercerización que necesitan para sacar real provecho del acuerdo.

En lo que se refiere a las compras estatales se debe aclarar que el objetivo propuesto es ser eficiente en dichas adquisiciones para que se pueda aprovechar adecuadamente el Presupuesto de la República. Para reducir la pobreza se cuenta con otras herramientas como los programas sociales, la educación y la facilitación para la creación del empleo.

Además, conviene no perder de vista que el principal instrumento para avanzar en la lucha contra ese flagelo es el crecimiento económico sostenido, propósito que se vería colmado con la negociación del TLC. De hecho, las estimaciones más conservadoras indican que este TLC se traducirá en la generación de no menos de 130,000 nuevos puestos de trabajo en el sector exportador.

DIEZ CANSECO: El formato de los acuerdos de libre comercio que está promoviendo EE.UU., busca consolidar las reformas neoliberales de los años noventa. Dentro del proceso de globalización, estos acuerdos comerciales ponen limitaciones muy serias al rol de los Estados Nacionales. Bajo estas condiciones, el TLC con EE.UU. congelaría y perpetuaría éstas cuestionables políticas limitando las posibilidades futuras para desarrollar otras alternativas, más justas y equitativas, para nuestro modelo de desarrollo.

En materia de TLC y pobreza: ¿qué capacidad tienen los más pobres de acceder a los supuestos beneficios del TLC? ¿Cuáles son los sectores que se beneficiarían del tratado? Sabemos que los principales beneficiarios serán los exportadores, ¿pero quiénes más se beneficiarán, y quiénes perderán? En muchos casos los propios intereses nacionales están encontrados, como es el caso de los productores textiles y los algodóneros. Un estudio reciente del economista Bruno Seminario estima que el TLC tiene un impacto pequeño en términos laborales: un aumento neto del empleo de 18 mil personas. Mientras que en los empleos producto de mayores exportaciones sería de 85 mil empleos, se perderían 67 mil empleos producto de las importaciones y su impacto sobre la producción nacional. Esta estrecha ampliación del empleo no justifica los inmensos riesgos en los que nos estaríamos involucrando con el TLC.

Por tomar el ejemplo del agro nacional: los beneficios estarían básicamente vinculados al sector agro-exportador, ubicado mayoritariamente en la costa. ¿Pero qué va a suceder con los productores agrarios vinculados al mercado interno, ubicados mayoritariamente en la sierra peruana, a quienes se imputa no ser competitivos? ¿Podrán sobrevivir sin medidas de apoyo y mecanismos de compensación que les permitan enfrentar los millonarios subsidios

estadounidenses a su agricultura? Frente al gravísimo abandono del campo peruano, la ausencia de políticas que lo promuevan adecuadamente, el pobrísimo presupuesto público incapaz de establecer subsidios o de aplicar programas de apoyo que permitan hacer frente a las distorsiones y ante el hecho que la aplicación de beneficios tributarios suele hacerse en beneficio de los grandes grupos de poder, es difícil creer que el agro nacional se desarrolle en las injustas condiciones que establece el TLC.

STRUBLE: Los países que han ejecutado políticas de desarrollo enfatizando las exportaciones, como por ejemplo Chile y México, han visto resultados concretos en la reducción de sus niveles de pobreza. El crecimiento del trabajo en el sector exportación tiende a incrementar el empleo formal. En consecuencia, los nuevos puestos de trabajo son mejor remunerados, otorgan un mejor nivel de beneficios para los trabajadores e incrementan la recaudación del Estado. Ello permite una mayor inversión en salud, educación e infraestructura. De acuerdo con cifras del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de México, la tasa de desempleo en México ha caído de un 6,2 por ciento en el año 1994 a un 2,7 por ciento en el 2002. Uno de cada cinco trabajadores en México tiene un trabajo vinculado al sector exportador. Asimismo, de los 3,5 millones de nuevos puestos de trabajo creados en México durante el período 1995-2000, la mitad fue el resultado del NAFTA y el crecimiento de las exportaciones. Los empleos vinculados a las exportaciones pagan salarios 37 por ciento más altos que aquellos del resto del sector manufacturero mexicano.

La experiencia es similar tanto en Canadá como en EE.UU. Statistics Canada, el instituto nacional de estadística de Canadá, informa que los puestos de trabajo relacionados con el sector exportador de ese país pagan salarios 35 por ciento más altos que el promedio nacional. En EE.UU., la cifra es del 18 por ciento.

En el caso del Perú, si preguntamos a uno de los más de 60,000 peruanos que hoy trabajan en el cultivo y procesamiento del espárrago si ellos piensan que el ATPDEA ha contribuido a reducir la pobreza y mejorar el nivel de vida de la población, estoy convencido de que su respuesta será rotundamente afirmativa por cuanto hoy, gracias a las exportaciones, tienen un ingreso que antes no tenían. Otro ejemplo muy claro es el de los textiles y confecciones, donde los especialistas estiman que trabajan más de 150,000 personas.

Creo que el TLC brindará importantes oportunidades a las PYMES y MYPES. La gran mayoría de las

empresas que exportan a EE.UU. aprovechando las ventajas del ATPDEA son peruanas y no son grandes. En el caso del sector textil-confecciones, el 96 por ciento de las 30,600 empresas son microempresas, es decir son aquéllas que tienen de 1 a 9 trabajadores. Los casos de los espárragos, mangos, joyería, etc. son similares. Según datos de SUNAT, este año (2004) hay 2,450 empresas que exportan a mi país. Finalmente es claro que con los impuestos generados por estas exportaciones, el Estado tendrá más recursos para dedicarlos a la implementación de políticas públicas orientadas a la reducción de la pobreza.

MONNING: Un tratado de libre comercio NO garantiza beneficios para todos los sectores de la sociedad. Los mercados libres no necesariamente implican una mayor democracia o beneficios. A nivel interno, los representantes del gobierno deben identificar objetivos políticos, sociales y económicos y demostrar cómo un tratado de libre comercio puede revertir en beneficios para toda la población. Se dice a menudo que en el libre comercio hay "ganadores y perdedores". La clave, por supuesto, es maximizar el número de beneficiarios. Por lo menos dos grupos pueden ser identificados como ganadores dentro de los países en desarrollo: (i) aquellos que obtendrán empleos, y (ii) aquellos que aumentarán más su ingreso obtenido al conseguir acceso a productos más baratos en el mercado. Los perdedores serán todos aquellos que pierdan sus trabajos, pierdan la habilidad para competir en el mercado, o continúen viviendo en la pobreza y dependiendo de la caridad, de una economía de mercados negros, o migrando a los centros económicos con la esperanza de conseguir empleos indirectos o beneficios sociales. La inversión social no ha sido identificada como un componente legítimo de los tratados de comercio internacional (bilaterales). La brecha entre los ricos y los pobres se está ampliando. La inversión social sólo se logrará si aquellos que disfrutaban los beneficios del comercio son gravados con impuestos o requeridos a invertir en programas de implementación social. El rol del gobierno, la democratización y la inversión social, serán analizados en las siguientes preguntas.

OSCÁTEGUI: Lo correcto es decir que el TLC *debería* servir para reducir la pobreza y mejorar el nivel de vida de la población. Entre los efectos posibles está el que potencie la concentración de la riqueza y la distribución desigual de la riqueza y que fortalezca sólo a las grandes empresas nacionales y transnacionales, pero esto dependerá de qué cosa se acuerde. Los TLC no son las mejores medidas para desarrollar el comercio y, en este sentido, para promover el desarrollo por intermedio suyo. En el

último número del IMF Survey¹, publicación del Fondo Monetario Internacional, entre las conclusiones de la IMF Trade Research Conference se encuentra que los TLC no han mostrado ser ventajosos para los países pequeños que reciben esa “concesión” del país grande.

Si el TLC beneficiará, como se sostiene, sólo a los sectores más eficientes, entonces la que perderá será la mayoría del país. El TLC debería tener mecanismos de compensación para los sectores que se estima serán afectados, y estos mecanismos podrían ser financiados conjuntamente por el Perú y por EE.UU., pero esto parece que no está en las ideas del equipo negociador, ni en las del MINCETUR, ni en las del Gobierno en general.

3. El TLC a ser celebrado entre EE.UU. y Perú se concibe como un vehículo para lograr la integración comercial de Perú. No obstante, hay quienes consideran que sería preferible negociar en espacios más amplios como la Ronda de Doha en el marco de la OMC. Por otro lado, se argumenta que, teniendo en cuenta la participación reducida de un país como el Perú en la economía de EE.UU., es acertado sostener que el interés de este país no es propiamente comercial, sino que pretendería asegurar un “bloque” de posturas favorables para tener una mejor posición en negociaciones multilaterales. ¿Considera válidas estas afirmaciones?

DE LA FLOR: El Perú necesita integrarse comercialmente al mundo para que nuestros productos y servicios ingresen a otros mercados en condiciones preferenciales, transparentes y predecibles. Es responsabilidad del Estado que nuestros exportadores obtengan y mantengan las mejores condiciones de acceso. Las negociaciones bilaterales como el TLC con EE.UU. y las negociaciones de la Ronda Doha son herramientas importantes para lograr dicho objetivo; sin embargo, existen diferencias de fondo y forma. La OMC constituye el “paraguas” bajo el que se negocian todos los acuerdos bilaterales o regionales de comercio, es decir estos acuerdos deben ser consistentes con las normas de OMC. Las negociaciones comerciales multilaterales y, en particular la Ronda Doha es un proceso de más largo plazo debido a su nivel de complejidad, el número de participantes (casi 150 países), la amplitud de la agenda comercial, la sensibilidad de los temas, la necesidad de lograr consensos para avanzar, entre otros factores. En

cambio, las negociaciones bilaterales, como en el TLC con EE.UU., son procesos más efectivos para lograr acceso a mercados en el corto plazo y depende principalmente de las voluntades e intereses de los países andinos participantes y EE.UU.

Ello no implica que las negociaciones de la OMC no sean importantes. Al contrario, el Perú también participa activamente en ellas porque es consciente que se están tratando los temas comerciales más importantes y sensibles en la actualidad (*antidumping*, subvenciones industriales, subvenciones a la agricultura, propiedad intelectual, entre otros). Más aún en la Ronda Doha se están negociando temas como subsidios agrícolas y disciplinas *antidumping* que EE.UU. no ha profundizado en sus acuerdos bilaterales. Pero, valgan verdades, en estos momentos no se tiene una certeza sobre cuándo concluirán las negociaciones de la Ronda Doha. En este contexto, el TLC es una prioridad porque EE.UU. es nuestro principal socio comercial, recibe un alto porcentaje de nuestras exportaciones no tradicionales y debemos mantener las preferencias que nos otorga. Por tanto, las negociaciones en OMC y las negociaciones de TLC no se oponen sino más bien son negociaciones complementarias.

Por otro lado, no concuerdo con las opiniones que señalan que el objetivo de EE.UU. es formar un “bloque” de posturas favorables para tener una mejor posición en negociaciones multilaterales. El Perú sabe diferenciar muy bien la importancia, el *timing* y los ámbitos de estas negociaciones, por lo tanto, no va a hipotecar sus posiciones e intereses a nivel multilateral por ningún TLC. Precisamente, la consolidación de las preferencias de EE.UU. será un instrumento que nos brindará mayor independencia y autonomía en términos de política comercial y negociadora ya que no estaremos sujetos a la incertidumbre de las preferencias unilaterales.

DIEZ CANSECO: La negociación bilateral con una súper potencia como EE.UU., bajo condiciones y exigencias tan difíciles, puede perjudicarnos seriamente. Las condiciones que tenemos para hacer frente a esas exigencias son infinitamente menores que las que podríamos tener definiendo intereses regionales y enfrentando como bloque sudamericano los procesos de integración hemisférica. No incorporar mecanismos de compensación adecuados, que permitan a los países en vías de desarrollo hacer un tránsito hacia condiciones

¹ IMF Survey 20, Vol. 33, 8 de noviembre de 2004. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/2004/110804.pdf> “preferential trade policies –whether in the form of trade agreements or tariff reductions for exports from development countries- are not equivalent to trade liberalization”, “... it would be more accurate to call these “preferential” rather than free trade agreements”, “such schemes are riddled with problems”, “sectors of export interest to the recipient country are often “sensitive” sectors for the donor country and, thus, frequently exempted from preference schemes”, “these schemes often carry a fair amount of ‘strings’”, “a key test of the effectiveness of such schemes is whether they help create viable industries in the recipient countries; there is no clear evidence that they do”.

de integración más equitativas, es muy riesgoso y podría terminar por sellar una relación de dependencia que difícilmente podremos revertir. Existen varios escenarios de integración comercial y económica. Ahora estamos en el proceso de negociación del TLC con EE.UU., que establece las condiciones más difíciles y las exigencias más duras. En estas condiciones, los beneficios que concedamos y los que obtengamos en este acuerdo, van a sellar el tipo de relación comercial que podamos establecer con otros bloques.

La estrategia de EE.UU. es dividir a Sudamérica y aislar a Brasil y Argentina, que son países que dentro de la región se pusieron firmes en la negociación del ALCA. EE.UU. está negociando con países pequeños y bloques regionales de países pobres –a quienes tienen seriamente comprometidos– para consolidar su posición hegemónica en Latinoamérica, así como para reforzar su posición en los diferentes foros de negociación mundial y hemisférica. El apuro en la negociación, dando la espalda a otros bloques, como el G-21, la relación con el MERCOSUR o el proceso de la Unión Sudamericana, es un gravísimo error del Gobierno. La integración con los países más grandes y desarrollados de Sudamérica, supondría generar un núcleo de interés regional que nos permita entrar en mejores condiciones a la negociación. Lamentablemente, la estrategia del Gobierno parece ser un interlocutor dócil en el TLC a fin de “congraciarnos” con Washington.

STRUBLE: EE.UU. está convencido de los beneficios del libre comercio. Es por eso que negociamos TLC con aquellos países que tienen como estrategia el crecimiento económico a través de las exportaciones y más inversión.

Todos necesitamos avanzar en diversos frentes a la vez. Nuestros países están trabajando arduamente para lograr acuerdos en la ronda de la OMC Doha, así como en torno al ALCA. La propuesta de un TLC entre EE.UU. y Perú, Colombia y Ecuador no partió de nosotros sino de los países amigos de la región Andina. Dado que EE.UU. recibe el 27 por ciento del total de las exportaciones peruanas (las mismas que se incrementaron de un 16 por ciento en la década pasada), es lógico que el Estado peruano busque consolidar un acceso favorable al mercado estadounidense.

MONNING: En principio, los países que enfrentan dificultades de desarrollo similares, comparten economías y prioridades políticas comunes pueden ejercitar un mayor poder de negociación en grupos o

bloques de negociación. El G-21 demostró su poder durante el encuentro ministerial de Cancún (México) de la OMC como parte de la “Ronda de Desarrollo” de Doha. Al bloquear las iniciativas europeas y de EE.UU. en Cancún el G-21 flexionó sus músculos negociadores y demostró el poder de las alianzas que se forman entre los miembros de la OMC. EE.UU. y la Unión Europea parecen haber respondido a este ejercicio de poder de voto en bloque, buscando acuerdos bilaterales (TLC) como la forma más expeditiva. El bloque negociador del G-21 deberá ahora evaluar si la estrategia de “divide y conquistarás” de los representantes comerciales de EE.UU. ofrece mayores beneficios a los socios de las naciones en desarrollo o mayores riesgos. Claramente, uno de los beneficios de un acuerdo bilateral entre Perú y EE.UU. o entre otros países en vías de desarrollo y EE.UU. es el prospecto de ganar acceso más expeditivo a mercados y mayores beneficios económicos que los que se consiguen en forma más retardada por los acuerdos multilaterales y regionales. En términos de medir las ganancias potenciales será crítico cuantificar los beneficios del acceso al mercado de EE.UU. mediante la industria, los productos y el incremento de las ventas proyectadas que se traducirán en nuevos trabajos en el Perú. Simultáneamente, será crítico medir el impacto de los productos de EE.UU. en las industrias, mercados y trabajos peruanos existentes.

Un análisis presentado por Pedro Francke en La República (“TLC con EE.UU. no disminuirá estado de pobreza en el Perú”, del 21 de noviembre de 2004) documenta un estudio de Bruno Seminario de la Universidad del Pacífico, el cual concluye que un neto de 18,147.5 puestos de trabajo son el resultado final de TLC. Estas figuras incluyen proyecciones de empleos creados por la expansión de la exportación, que serían de +85,466.8 y proyecciones de pérdida de empleos que serían de (menos) –67,319.3 como resultado de la competencia por importaciones. El autor concluye que la ganancia neta de empleo de 18,147 puestos no reducirá de forma efectiva los niveles de pobreza en el Perú.

OSCÁTEGUI: El TLC (con contenido desconocido hasta ahora) puede ser vehículo para muchas ilusiones, entre estas la integración comercial del país. Sin embargo, ninguno de sus defensores *a priori* ha dicho, hasta ahora, cómo, esta medida, va a lograr dicha integración. Los más renombrados economistas del mundo especializados en el comercio sostienen que, frente a las negociaciones multilaterales como la Ronda de Doha, los TLC son dañinos para los países pequeños que se involucran en tales acuerdos². La razón para que esto sea así es que en las

² Por ejemplo, BHAGWATI, Jagdish y Arvind PANAGARIYA, de Columbia University, T.N. Srinivasan de Yale University. Ver: de BHAGWATI, <http://www.columbia.edu/~jb38/testimony.pdf>, de PANAGARIYA “Trips and the WTO: An Uneasy Marriage” y otros trabajos en <http://www.columbia.edu/~ap2231/policy.html>.

negociaciones bilaterales, como en los TLC, los países pequeños carecen de capacidad negociadora frente a los países grandes, mientras que en las multilaterales los que ven reducida su capacidad negociadora son estos últimos. Por esto, los países grandes usan los TLC para imponer condiciones que no podrían en negociaciones multilaterales, con lo que se preparan para ir a estas negociaciones con acuerdos ya obtenidos, y así incrementan su capacidad negociadora frente a otros grandes bloques comerciales³. Los TLC no son políticas que beneficien al comercio mundial, no constituyen medidas de apertura comercial, no son acuerdos balanceados para los países pequeños. El mecanismo de apertura comercial debería ser la negociación multilateral, en la actualidad esto significa la Ronda de Doha.

TLC y democracia

4. Se suele asociar el discurso del libre comercio con el de democracia, sin embargo, desde otra perspectiva se sostiene que los tratados de libre comercio delimitan lo que los Estados pueden y no pueden hacer en materia económica y, de esta manera, vacían la “constitución económica” de contenido. Ante esto, la política económica ya no depende de los cambios políticos, ni de las decisiones adoptadas en instituciones democráticas de cada país, sino que son compromisos legales pactados internacionalmente, lo que sin duda es deseable en términos de estabilidad, pero discutible en términos de libertad y democracia. ¿Considera válida esta crítica? De ser así, ¿hasta qué punto resta legitimidad a este tipo de negociaciones?

DE LA FLOR: Las negociaciones comerciales que celebra un país, sea en el marco multilateral (OMC) o bilateral (tratados de libre comercio) son una decisión y política de Estado, no de gobierno; por lo que si el Estado decide entrar en negociaciones o celebra compromisos a nivel internacional, deberá respetarlos independientemente del gobierno de turno.

No es un cuestionamiento a la libertad, porque el Estado ha ejercido su plena libertad y soberanía al decidir entrar en negociaciones o adoptar determinada política comercial. Además, tampoco es cierto que el Estado pierda grados de libertad en su manejo económico como resultado de los compromisos que

asuma en el contexto de las negociaciones antes señaladas. Finalmente, si así se estimara conveniente, el gobierno tiene la potestad de no suscribir aquellos tratados cuyas cláusulas resulten lesivas al interés nacional, o denunciar aquellas que ya ha negociado.

DIEZ CANSECO: Es necesario partir por entender la democracia como un concepto integral. No se trata tan sólo de un régimen político sino un sistema efectivamente inclusivo en el que se generen igualdad de oportunidades para la gente y que permita la adecuada satisfacción de las necesidades de las personas, de manera que podamos hablar de una ciudadanía plena. En este sentido, el rol de los Estados es fundamental, más aún en países como el nuestro. Por ello, cuando se habla de libre comercio en el formato del TLC, vemos expresados los nuevos intereses de la economía globalizada que ponen en jaque a los Estados Nacionales, poniendo en discusión su rol frente a la regulación de las relaciones económicas y su capacidad de definir su modelo de desarrollo.

Sobre la legitimidad del proceso –y considerando que el TLC sería un acuerdo permanente–, algo que no se destaca lo suficiente, es que son los negociadores peruanos los que están definiendo, prácticamente en solitario los parámetros de la propia negociación, definiendo que tipo de rol jugará el Estado peruano con relación a la economía nacional, lo que conlleva limitaciones a la propia Constitución Política, a la garantía de una serie de derechos, a las competencias de los poderes del Estado, tal como es el caso del tipo de leyes que podrá dar no o no el Congreso de la República. Aquí hay una fuerte contradicción: los negociadores peruanos son ahora legisladores y definen los límites en los que se tendrán que enmarcar los poderes del Estado. Esto es inaceptable. No es posible que un puñado de funcionarios nombrados –más allá de su capacidad e integridad profesional– tenga tal poder de decidir y comprometer unilateralmente al Perú.

Se pone en evidencia las limitaciones que el proceso de globalización económica impone a los Estados, cuestionando y recortando sus capacidades en función de las relaciones económicas y los intereses del capital. La negociación del TLC con EE.UU. no puede hacerse de espaldas al país, ni se puede negociar con el apuro con el que lo estamos haciendo.

STRUBLE: Uno de los beneficios de un TLC es que puede contribuir a generar reformas y fortalecer las

³ Ver: BHAGWATI, Jagdish “The Singapore and Chile Free Trade Agreement”. En: <http://www.columbia.edu/~jb38/testimony.pdf> “...the bilaterals, between us (se refiere a los EE.UU.) and small countries are increasingly used to establish ‘templates’ by different lobbies which then proceed to argue, both in Congress and then at the multilateral negotiations, that this template must logically be extended to the multilateral trade negotiations. Since in many cases, it is the developing countries who hesitate and oppose these lobbying demands at the multilateral talks, and since bilaterals with the developing countries are used to create the templates, the process has also been described realistically, perhaps cynically, as an application of the Leninist policy of ‘divide and rule’”.

instituciones democráticas. Las naciones democráticas y prósperas tienen ciertos elementos en común. Cuentan con reglas transparentes y predecibles que ofrecen a los inversionistas –que en muchos casos son ciudadanos de esas naciones y no extranjeros– garantías de que sus derechos y sus propiedades serán respetados. Las democracias no son arbitrarias. Fíjense en la Unión Europea, por ejemplo. La Unión Europea agrupa a veinticinco países con gobiernos independientes cuyas filosofías políticas van desde la democracia social hasta la conservadora. Los tratados de libre comercio reducen la arbitrariedad y permiten a la vez la implementación de una gran variedad de políticas económicas locales.

MONNING: En EE.UU. la administración Bush y los medios de comunicación utilizan con frecuencia los términos “libre mercado” y “democracia” intercambiabilmente. Evidentemente, la fuerza de las instituciones democráticas puede apoyar el desarrollo de verdaderos mercados libres, y los beneficios económicos de un mercado libre pueden coadyuvar al desarrollo de más instituciones democráticas (transparencia, eliminación de la corrupción, etc.), pero las iniciativas económicas de los mercados libres NO garantizan el establecimiento o desarrollo de la democracia. Los acuerdos comerciales, incluyendo el GATT/OMC, TLCAN y CAFTA, necesariamente representan la decisión de gobiernos miembros de sacrificar ciertos derechos soberanos a cambio de beneficios futuros a ser disfrutados en un ambiente de mercado abierto y libre comercio. El pobremente llamado movimiento “antiglobalización” (Seattle, Montreal, Davos, Cancún, Santiago/reunión de APEC, etc.) representa la conciencia de aquellos que buscan construir instituciones democráticas y expandir las protecciones al ambiente, al trabajo y a los derechos humanos. Los puristas del libre comercio sostienen que los acuerdos de libre comercio son, por diseño, de naturaleza económica y no el vehículo apropiado para ocuparse de temas como libertad y democracia. Para aquellos que ven el crecimiento económico, el comercio y el desarrollo unidos inextricablemente, un argumento fuerte debe ser hecho para usar estos instrumentos como medio de identificar estándares de derechos democráticos, derechos humanos, ambientales y derechos de trabajo. Algunos representantes de las economías en desarrollo argumentan que incluir temas de democracia y libertad en la agenda de comercio podría entorpecer y retardar su desarrollo económico. Posponer esta protección a un futuro más “conveniente” es minimizar o subvertir los objetivos articulados del GATT, OMC y la “Ronda de Desarrollo” de Doha, que reconocen el objetivo del desarrollo económico como ligado a la eliminación de la pobreza y los beneficios compartidos.

OSCÁTEGUI: El problema con los acuerdos internacionales, sean comerciales o no, es que no pueden ser modificados por voluntad de sólo una de las partes. Esto debería obligar a la búsqueda de un consenso nacional sobre la base de información clara sobre los posibles afectados por el acuerdo, y sobre la base de la atenuación de los efectos negativos que pudieran existir. Algunos, por lo general ultraliberales, consideran que el Estado actúa siempre mal e ineficientemente, que la política económica que se hace en el Perú es siempre mala y que va a seguir siéndolo. Esto es una extensión de su ausencia de nacionalismo, de su pretensión de ser “ciudadanos del mundo”, y de su convicción de que el país estaría mejor si dependiera directamente de alguna potencia, digamos EE.UU. Por esto, creen que lo mejor que puede ocurrir es maniatar al Estado y así reducir la posibilidad de hacer política económica por parte de los gobiernos nacionales. Anteriormente, hace poco, siguiendo el ejemplo de los liberales argentinos, quisieron eliminar, prácticamente, la política monetaria (y la fiscal) con la dolarización. La debacle de esa medida en Argentina los llevó a no insistir en la dolarización, pero no a abandonar el sueño de maniatar al Estado. Ahora consideran que los acuerdos comerciales pueden maniatar al Estado lo suficiente como para que sea incapaz de hacer política económica, no sólo política comercial, sino política económica en general. Al respecto es bueno no perder de vista que maniatar la política comercial implica, necesariamente, reducir la capacidad de hacer política monetaria y fiscal. Sin embargo, tal como la debacle de Argentina lo mostró, no es bueno inmovilizar esta capacidad.

5. ¿Hasta qué punto son determinantes para la conclusión y ejecución del TLC las elecciones presidenciales y el consiguiente cambio en la composición del congreso de EE.UU.? En el caso de Perú, a diferencia de EE.UU., el TLC se viene negociando “a espaldas” del Congreso, ¿puede afectar esta situación la futura aprobación del tratado por parte de éste?

DE LA FLOR: El triunfo del Presidente Bush en EE.UU. para un segundo período hace prever que la política comercial de EE.UU. se mantendrá y en consecuencia se impulsarán las negociaciones comerciales que EE.UU. mantiene con sus socios.

En el caso del Perú, el TLC no se negocia “a espaldas” de nadie, por el contrario el MINCETUR ha realizado todos los esfuerzos necesarios para que la Negociación del TLC con EE.UU. sea transparente. Para ello se desarrolló un Plan Nacional de Comunicaciones y se acreditaron 133 instituciones participantes: 24 gobiernos regionales, 12 ministerios, 22 organismos públicos, 40 gremios empresariales, 11 universidades

y escuelas de postgrado, 4 centrales sindicales, 5 colegios profesionales, 5 centros de investigación, 5 asociaciones y 5 fundaciones.

Como parte del mismo Plan se ha desarrollado una página web informativa (www.tlcperu-eeuu.gob.pe), se han elaborado paquetes informativos básicos sobre el TLC, se han auspiciado actividades de difusión en regiones, se han organizado conferencias públicas sobre el TLC, se realizó un taller sobre el TLC para Presidentes Regionales, se realizó un seminario sobre TLC para Prensa Especializada y se han realizado 56 acciones con el Congreso de la República del Perú.

Definitivamente, nuestro Congreso ha estado informado sobre cada paso en las negociaciones. Las acciones realizadas con dicha institución son las siguientes: 13 Comunicaciones Generales sobre las negociaciones, sus objetivos y sensibilidades; 11 presentaciones en audiencias organizadas por el Congreso; 13 reuniones con las bancadas parlamentarias; 8 reuniones individuales con Presidentes del Congreso, Presidentes de las Comisiones Parlamentarias y Congresistas; 6 comunicaciones invitando a participar en los grupos de trabajo y las rondas de negociación; y 5 respuestas por escrito a requerimientos informativos.

Adicionalmente, se ha apoyado la participación directa de 25 congresistas en la sexta ronda de negociación.

DIEZ CANSECO: Los objetivos de EE.UU. están claramente planteados en el Trade Promotion Authority Act (TPA), que rige al equipo negociador y define los objetivos a obtener y establece los límites para la negociación, es un acuerdo entre Republicanos y Demócratas, lo que nos muestra que en términos generales los intereses norteamericanos están claramente definidos y consensuados. El triunfo de Bush, nos indica que nada ha cambiado. Sin embargo, sí vale la pena mencionar que dentro del congreso norteamericano existen sectores críticos, los cuales se han pronunciado claramente con relación al inmenso peligro que las pretensiones norteamericanas sobre el tema de patentes tendría en el acceso a los medicamentos genéricos.

La situación del Perú es diametralmente distinta. La definición de los intereses nacionales para la negociación la está haciendo el MINCETUR, si bien coordinando con otros ministerios, ha establecido algunos mecanismos de diálogo con la sociedad civil y efectuado reuniones informativas en el Congreso de la República, estos mecanismos son insuficientes, ya que no aseguran una adecuada incorporación de los temas sensibles en la posición negociadora. En ese sentido, la relación del MINCETUR con el Congreso ha

sido muy débil y en ello el Congreso tiene que aceptar parte de responsabilidad. En primer lugar, no existe un marco para las negociaciones que establezca principios que deben ser garantizados, de manera que existan límites naturales que deban seguir los negociadores frente a temas que implican aspectos constitucionales. Por ello, es urgente que el Congreso de la República establezca a través de una Ley Marco, los principios rectores para estas negociaciones. El Congreso recibirá el texto final negociado del TLC para su aprobación o denegación, al cual no podrá hacerle ningún tipo de modificación, ni de contenido, ni de forma. Siendo los parlamentarios también responsables de la suscripción del acuerdo, es necesario que se establezcan principios claros que desarrollen y defiendan principios constitucionales que hoy son amenazados por los intereses comerciales.

En segundo lugar, es preocupante que el Congreso de la República no cuente con una instancia permanente de seguimiento de las negociaciones que le permita, no sólo conocer el avance de las negociaciones, sino alcanzar propuestas específicas y fiscalizar oportunamente el proceso.

STRUBLE: En los años 80, durante un gobierno del Partido Republicano, EE.UU. inició las negociaciones del tratado de libre comercio con los países vecinos de México y Canadá. Estas negociaciones concluyeron durante un gobierno del Partido Demócrata. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) entró en vigencia en el año 1993. Las interrogantes, comentarios e inquietudes que generaron las negociaciones en los tres países fueron muy parecidas a las que comienzan a surgir a medida que avanza el debate en el Perú. En este caso, he observado que el MINCETUR ha estado muy activo difundiendo los temas en negociación y buscando el aporte de distintas entidades públicas y privadas, incluyendo el Congreso. Congresistas y asesores han participado en el llamado "cuarto de al lado" durante las rondas de negociaciones que se han venido llevando a cabo. Por ejemplo, en la última Ronda de Tucson ha habido una importante delegación de más de veinte congresistas.

MONNING: La reelección del Presidente George Bush y el control por el Partido Republicano de la Casa de Representantes y el Senado muestra la continuación de las políticas comerciales de Bush con el apoyo del Congreso. Con autoridad negocial "sin trámite previo" que cumplir, la administración de Bush puede negociar acuerdos bilaterales o multilaterales que sólo requieren un voto de "sí" o "no" del Congreso. En otras palabras, el Congreso americano no puede enmendar o cambiar el texto de cualquier acuerdo negociado por los representantes de la administración. Aparentemente, la prioridad de la administración Bush es asegurar

múltiples acuerdos comerciales bilaterales usando cronogramas deliberados para proteger sus intereses percibidos. Mientras CAFTA (el acuerdo de libre comercio entre EE.UU. y Centro América) representa un pacto reciente de comercio regional, la búsqueda por la administración de un área de libre comercio de las Américas (FTAA/ALCA) parece destinada a tomar una posición secundaria a la negociación más probable de acuerdos bilaterales que imitarán el acuerdo comercial de EE.UU. con Chile.

OSCÁTEGUI: En lo que respecta a EE.UU. esta pregunta fue resuelta por la realidad, pues ya ocurrieron las elecciones y ganó Bush, quien venía impulsando estos tratados. Sin embargo, así hubiera ganado Kerry no era de esperar ningún cambio significativo. Los TLC con los países de América Latina son beneficiosos para EE.UU., y surgen de su incapacidad de aglutinar a todo un continente con una propuesta única de relación comercial. Los tratados bilaterales son más convenientes para ellos con la finalidad de llegar a la Ronda de Doha con acuerdos que sería imposible obtener en acuerdos multilaterales. En esta Ronda, EE.UU. espera negociar como bloque con los otros grandes bloques comerciales, Europa, Asia. Por esto, la política de Estado de EE.UU. bajo Kerry también hubiera sido mantener los TLC, independientemente de lo que los candidatos dijeron durante el período electoral. Debemos preocuparnos más por la aprobación del Congreso peruano, pues ante la poca transparencia de las negociaciones la población peruana se está formando las más diversas ideas y expectativas, que pueden no corresponder con la realidad. Esto podría ser causa de manifestaciones de desacuerdo y descontento.

Inversión

6. Los TLC estipulan una serie de reglas que tienen por objeto crear las condiciones idóneas para que las empresas, tanto nacionales como extranjeras, maximicen sus ganancias. Sin embargo, no contienen la exigencia de ninguna contraprestación en términos de colaboración al desarrollo del país, ¿qué papel juega el tema relativo a la responsabilidad social de las empresas en las negociaciones del TLC?

DE LA FLOR: Debemos recordar que el TLC de por sí es un instrumento que facilitará y promoverá el ingreso de nuevas inversiones a nuestro país. Una de las razones primordiales de haber iniciado negociaciones con EE.UU. fue justamente tener la posibilidad de incrementar los flujos de inversión, tanto extranjera como nacional hacia nuestro país.

Respondiendo concretamente la pregunta, debo informarles que el TLC incorpora dos capítulos vinculados a la responsabilidad social de las empresas. El primero es el de Normas Laborales y el segundo vinculado a los Estándares Medio Ambientales.

Adicionalmente, es conveniente aclarar que las empresas que producen eficientemente están generando empleos que en sí mismos ya contribuyen al desarrollo del país.

DIEZ CANSECO: El capítulo de Inversiones del TLC con EE.UU., es un capítulo muy sensible ya que desde los principios de "Trato Nacional" y el "Principio de nación más favorecida", puede recortar la capacidad del Estado de impulsar medidas que busquen vincular las inversiones con el desarrollo nacional: por ejemplo, establecer requisitos de desempeño a las inversiones que vinculen a la inversión extranjera con desarrollo nacional, regional o local, estableciéndole requisitos como la transferencia de tecnología, el cumplimiento con determinado tipo de requisitos ambientales o sociales, etc. Ello es una necesidad nacional.

El TLC también establece limitaciones a la posibilidad de incorporar mecanismos para el control de capitales u otros controles financieros. Esta limitación es muy seria en particular para el control de los llamados "capitales golondrinos", que se mueven como capital especulativo y que han llegado a ocasionar serias crisis económicas. Mantener estos mecanismos de control de capitales es muy importante, deben poder estar siempre disponibles para los países en desarrollo, de manera que se pueda asegurar la estabilidad económica.

Los requisitos de desempeño para la inversión que se están limitando en la negociación, son un mecanismo eficiente mediante el cual se genera un vínculo entre responsabilidad social de las empresas y las inversiones. Parece que para muchas personas, y mucho más para los grandes intereses económicos, hablar de responsabilidad social de la empresa –como sucedió en la discusión de la Ley de Regalías Mineras– es estar en contra de la inversión, y esto está reflejándose en la negociación del TLC.

STRUBLE: Esta pregunta requiere una aclaración. Ninguno de los tratados de libre comercio que ha firmado EE.UU. establece garantías de ganancias para compañías privadas. Lo que hacen estos acuerdos es establecer reglas claras y perdurables que hagan previsible la actividad económica a fin de atraer inversiones. Por otro lado, la contribución al desarrollo del país por parte de las empresas, con TLC o sin TLC, está constituida por los impuestos que pagan al fisco y el empleo que generan, así como

la expansión de productos de calidad a precios bajos y asequibles al público.

Un aspecto importante de todos los tratados de comercio que hemos firmado es el reconocimiento de la responsabilidad social. Por ejemplo, el CAFTA recientemente suscrito con los países centroamericanos, contiene una estrategia diseñada especialmente para apoyar el respeto –en el ámbito interno de cada país– de los derechos laborales, así como para fortalecer la capacidad de las naciones centroamericanas para hacer cumplir la legislación laboral. El CAFTA incluye un capítulo innovador sobre el tema de protección ambiental y mecanismos de resolución de controversias. Allí se establece la realización de audiencias públicas, el acceso público a diversos documentos, una mayor transparencia y sólidas disposiciones contra la corrupción.

MONNING: Las inversiones (inversiones extranjeras directas) son vistas como la llave del desarrollo económico, la erradicación de la pobreza y la panacea para los problemas económicos, sociales y aun los políticos. Pero, los acuerdos de inversión representan un intento de los gobiernos de establecer un sistema basado en reglas para la inversión privada directa. El enlace entre las inversiones y el desarrollo necesariamente requiere o que el gobierno proteja los intereses domésticos o que negocie los términos para alcanzar objetivos de desarrollo. En el caso de la industria minera peruana, la cual representa aproximadamente el 52 por ciento de todo el intercambio por exportación peruano, varios modelos han surgido indicando diversos resultados en términos de beneficios amplios para la sociedad provenientes de la inversión en operaciones mineras. Las operaciones mineras extranjeras en Tintaya y Las Bambas aparecen como modelos de la participación de la comunidad en la negociación en temas relacionados con la transferencia de la tierra, protección del medio ambiente, derechos humanos, y los objetivos de desarrollo a largo plazo. Las compañías australianas-británicas y suizas involucradas con Tintaya y Las Bambas pueden ser apropiadamente llamadas inversionistas “socialmente responsables”.

La ley peruana también requiere un “gravamen social” a todos aquellos postores de exploraciones de minerales y concesiones mineras. Queda por verse si el resultado de estos “gravámenes sociales” será recolectado y distribuido de una forma que, en realidad mejore la situación de las comunidades empobrecidas localizadas en las cercanías de ricas reservas de mineral.

La controversial operación minera de Yanachoca en Cajamarca, Perú, representa otro ejemplo de cómo otro inversionista extranjero (Newmont Minning Company,

EE.UU.) podría o no promover políticas empresariales socialmente responsables. Cuando Yanacocha inició sus operaciones mineras en Cajamarca en 1994, Cajamarca se situaba como la cuarta región más pobre del Perú. Diez años más tarde, y después de billones de dólares de extracción de oro y plata de los yacimientos mineros de Yanacocha, Cajamarca se sitúa como la segunda región más pobre de Perú. El impacto ambiental y social de la compañía Minera Yanacocha (envenenamiento por mercurio en Choropampa, junio de 2000) y los impactos sobre el agua han provocado resistencias de amplia base para nuevas exploraciones en el cerro Quilish en Cajamarca. La compañía Minera Yanacocha ha tomado un paso sin precedentes al anunciar la aceptación de la suspensión de su permiso de exploración del cerro Quilish por el Gobierno y al comprometerse a dialogar con la comunidad a través de las Mesa de Dialogo reconociendo su pobre comunicación con la comunidad cajamarquina en el pasado (El Comercio, 4 de noviembre de 2004, Yanacocha pagó un aviso publicitario).

La responsabilidad social necesita ser exigida, no quedar como una opción voluntaria. Los inversionistas extranjeros, sus socios corporativos nacionales y los ministros de gobierno necesitan convocar a los representantes de las comunidades a la identificación de prioridades de desarrollo antes, no después de que los acuerdos de inversión hayan sido negociados e implementados.

OSCÁTEGUI: La pregunta debería decir “los TLC estipulan una serie de reglas que tienen por objeto crear las condiciones idóneas para que las empresas de EE.UU. maximicen sus ganancias”. Me es difícil pensar en empresas peruanas ingresando al mercado estadounidense, competitivamente y en las magnitudes en que ingresan al Perú las empresas norteamericanas. Por esto, los acuerdos al respecto serán, fundamentalmente, una protección a las empresas de EE.UU. Los temas como el de la “responsabilidad social de las empresas” no tienen lugar en las negociaciones del TLC, lo que no quiere decir que no deberían tenerlo.

Propiedad intelectual

7. Los sistemas de patentes básicamente están pensados para otorgarle a los inventores los incentivos necesarios para que investiguen y creen más al permitirles internalizar los beneficios de sus esfuerzos en forma exclusiva por un periodo de tiempo. El dilema se presenta con relación a los costos sociales de estos sistemas ya que generan menor difusión y acceso a los medicamentos. Teniendo en cuenta la realidad social peruana, ¿cómo resolvería el dilema con relación a las patentes médicas?

DE LA FLOR: Estamos negociando para que en el TLC se adopten mecanismos que permitan un adecuado y oportuno acceso a los medicamentos, principalmente a los esenciales, para los consumidores peruanos.

Es necesario tener en cuenta que mecanismos como las licencias obligatorias y las importaciones paralelas constituyen una flexibilización a los derechos de patente, permitidos en los ADPIC-Declaración de Doha e incluidas en la propuesta de EE.UU. Algunas de las condiciones para su utilización son situaciones tales como emergencia nacional u otra circunstancia de urgencia extrema.

Ahora bien, cuán flexibles pueden ser las condiciones para la utilización de estos mecanismos dependerá de los resultados de la negociación. Apuntamos a que éstas guarden relación con los intereses legítimos del país, pero también evitando violentar los derechos del titular de la patente.

Una ayuda para comprender el verdadero impacto de los productos patentados es conocer el ritmo de ingreso de nuevas medicinas al Perú. Así, de las 122 moléculas nuevas lanzadas en el mundo en los últimos seis años, sólo 36 fueron traídas al país y únicamente 11 tienen un mercado interno interesante como para ser copiadas. Tomando en cuenta que en las farmacias peruanas se comercializan alrededor de 5 mil medicamentos, el número de nuevas patentes es ínfimo.

DIEZ CANSECO: El tema ha sido ya debatido en la OMC y los países que hoy estamos negociando el TLC ya tenemos un acuerdo sobre la materia: en la Ronda de Doha de la OMC se consagraron los intereses de la salud pública por encima de los intereses comerciales y este tiene que ser el límite natural para la negociación de temas referidos a propiedad intelectual. Allí ya se estableció la vigencia de patentes por un plazo de 20 años, cifra que es por demás alta y que supone importantes limitaciones para acceder a medicamentos genéricos. Las pretensiones de EE.UU. de establecer en el TLC un esquema ADPIC *plus*, mediante el cual buscan ampliar el plazo de las patentes (segundos usos o la protección de los datos de prueba), y el ámbito de patentabilidad (*patentamiento* de plantas y animales con pequeñas variaciones genéticas) son inadmisibles. Ceder en esto sería conceder mayores beneficios a los grandes monopolios farmacéuticos, incrementando el costo social que ya genera la protección de las patentes.

La industria farmacéutica es la tercera industria mundial luego de la industria armamentista y petrolera. Por lo tanto, los *lobbies* e intereses tras la negociación del TLC son muy grandes y comprometen a importantes sectores políticos en EE.UU. El tema del SIDA es un buen ejemplo: en el Perú 76,000 personas

aproximadamente viven con SIDA. Un tratamiento con medicamentos genéricos costaría US\$ 408 por persona al año, mientras que un tratamiento similar con medicamentos de marca costaría US\$ 4,300. Estamos hablando de un precio diez veces mayor. Este costo más alto no sólo lo tendría que asumir los pacientes, sino que supondrá una significativa alza del presupuesto público, si consideramos que según los datos del Ministerio de Salud el 72 por ciento de las medicinas que se recetan y aplican en hospitales públicos y centros de atención médica son medicamentos genéricos. Aquí, hay que saludar la firme posición del Ministerio de Salud en este tema, defendiendo el acceso a medicamentos genéricos y definiendo claramente cuáles son los temas inaceptables en la negociación. Los límites para la negociación del tema de patentes ya están puestos por el propio Ministerio de Salud y en ellos debemos ser muy firmes: encauzarnos hacia un régimen tipo ADPIC *plus* es inadmisibile ya que pone en serio riesgo la salud de millones de peruanos.

STRUBLE: El temor a que la protección de los derechos de propiedad intelectual (que es un elemento esencial del TLC) afecte el precio y la disponibilidad de las medicinas en el Perú, es un tema de preocupación en el país. EE.UU. defiende con firmeza en la OMC y asegura que las normas internacionales sobre los derechos de propiedad intelectual no afecten el acceso de los países pobres a las medicinas esenciales. Ningún tratado comercial que hayamos negociado va en contra de este principio. De hecho, el tratado suscrito recientemente con América Central incluye una cláusula específica reiterando esa posición. Éste se encuentra disponible en la Internet para que todas las personas interesadas puedan informarse. En el Perú, el 98 por ciento del total de medicinas son vendidas como medicamentos genéricos y no cuentan con ninguna patente. Ellas no son cubiertas por la protección de los derechos de propiedad intelectual. Hay que señalar que el nivel de protección de las patentes de productos farmacéuticos en el Perú es muy bajo. Por esta razón, los fabricantes de varios países prefieren no vender sus medicinas en el Perú por temor a que sean pirateadas. No es, pues, la protección de la propiedad intelectual lo que afecta a los pacientes peruanos, sino más bien la débil protección lo que los ha privado de las dos terceras partes de los medicamentos que se han desarrollado en los últimos cinco años y que sí están disponibles en otros países.

MONNING: Las patentes médicas representan uno de los temas de comercio más controversiales del nuevo milenio. Los efectos devastadores del VIH/SIDA destruyen vidas y llevan a la ruina a las familias que buscan aliviar el sufrimiento de esta enfermedad debilitante. Las naciones africanas ocupan el primer lugar en el mundo

en pérdida de vidas humanas por motivo del VIH/SIDA, pero ningún país ha escapado del horroroso impacto de esta enfermedad incurable. Las compañías farmacéuticas más importantes han luchado para proteger sus patentes y derechos exclusivos dentro del mercado, sobre las drogas que alivian y extienden las vidas de los pacientes. Algunas concesiones han sido hechas por estas enormes compañías farmacéuticas, pero el verdadero tema está relacionado no sólo a las drogas relativas al VIH/SIDA, sino a un ancho rango de medicinas que podrían salvar vidas o prolongarlas. En este terreno, la OMC y la OMS necesitan proponer la excepción de algunas medicinas salvadoras de vidas de la así llamada protección de las patentes. Una forma de prevenir la actividad del mercado negro lucrando con los productos médicos "similares" o producidos de modo paralelo es la participación del Gobierno, por intermedio de sus ministerios de salud, en la producción y adquisición "al costo" de los productos en manos de los propietarios de las patentes para combatir y prevenir las enfermedades fatales.

Un tema relacionado en el campo de la protección de las patentes es la práctica de las farmacéuticas multinacionales y compañías productoras de alimentos de expandir sus portafolios de productos "capturando" y patentando la propiedad de plantas aborígenes, animales y otros componentes biológicos regionales. La explotación del mundo en desarrollo y los productos regionales indígenas, sean alimentos, plantas, insectos o animales no debería beneficiar a aquellas compañías con abogados, grandes presupuestos y el *know how* para acelerar las aplicaciones de las patentes desde sus laboratorios a las oficinas de patentes. Un caso muy conocido involucra la patente de la compañía Monsanto sobre una variedad de frijol rojo cultivada por agricultores de subsistencia mexicanos por centurias. Ahora que Monsanto ha patentado esta variedad de frijol, está cobrando a los agricultores por el uso de la patente para continuar cultivando este producto autóctono de sus tierras y que es un elemento esencial de sus culturas.

En el caso de Perú, la rica variedad de plantas autóctonas, insectos y animales de las regiones andina y amazónica representa una atractiva fuente para la extracción foránea y las patentes. La explotación de esta rica y potencialmente lucrativa variedad de plantas y otros recursos naturales estaría mejor protegida a través de convenios internacionales y no sujetos a una carrera contra el tiempo hacia la oficina de patentes que sólo beneficiará a las grandes multinacionales en detrimento de las comunidades tradicionales y las economías de los países en desarrollo.

OSCÁTEGUI: Las patentes no son otra cosa que derechos monopólicos sobre ciertos procesos o productos. Esto no es necesariamente malo, sobre todo en esta época en la

que parte de la investigación, sobre todo la investigación aplicada, es realizada por empresas. El objetivo es garantizar que el investigador sea adecuadamente retribuido. Sin embargo, si tener una patente por 20 años ya es, en mi opinión, exagerado, ampliar este tiempo, como lo quieren los norteamericanos, es contraproducente. Deberíamos tener en cuenta que los acuerdos sobre el respeto a la propiedad intelectual no son, propiamente, temas de comercio internacional. Los acuerdos comerciales no tienen por qué incorporarlo. Sin embargo, EE.UU. los viene imponiendo como parte de esos acuerdos. El argumento es que ellos tienen por objeto proteger la producción intelectual y así incentivarla. Una forma de ver esto desde el lado de los países emergentes, debe ser que, como su propósito es incentivar la producción intelectual, los acuerdos en el TLC deben buscar que esta sea incentivada no sólo en EE.UU., sino también en el Perú. Por esto, si los acuerdos a los que se llega garantizan únicamente la lucha contra la "piratería" (que es un problema policial, pero no es un tema de comercio libre), no serían beneficiosos para el Perú, pues nuestro país transferiría recursos como pago a la propiedad intelectual sin recibir nada a cambio. Dada la diferencia en capacidad tecnológica, educativa, etc., nuestro país produce ninguno o muy pocos inventos patentables que puedan ser comercialmente atractivos en el mercado norteamericano. Por esto, nosotros no recibiríamos nada o casi nada, pero transferiríamos recursos. En cambio, una relación balanceada en el tema de la propiedad intelectual sería un acuerdo sobre el uso de los recursos globales, generados por el acuerdo comercial, tanto en EE.UU. como en el Perú, para incentivar la producción intelectual y la capacidad tecnológica también en nuestro país. Esto podría ser en la forma de repartirnos, en cantidades iguales o muy cerca de ello, con EE.UU., el fondo total generado entre ambos países por este concepto, y usar la parte de esos recursos que nos correspondería para mejorar la educación y la capacidad tecnológica del Perú. En lo que respecta a los productos relacionados con la salud, los plazos de las patentes no deberían aumentar. Pero, no debemos dejar de decir que lo mejor sería que los acuerdos sobre la propiedad intelectual y todos los demás que estén relacionados con el desarrollo del comercio, sean resultado de las negociaciones en la Ronda de Doha y no de acuerdos entre un gigante y algunos pigmeos.

Agricultura

8. Teniendo en cuenta la política de subsidios aplicada por EE.UU. a sus productos agrícolas ¿puede ser perjudicial al desarrollo agrícola nacional "abrir" nuestro mercado a dichos productos?

DE LA FLOR: Primero es conveniente aclarar que la aplicación de subsidios por parte de algunos países

conlleva a impactos ambiguos sobre las economías de los países receptores. Existen impactos positivos sobre el bienestar de los consumidores derivados de la posibilidad de adquirir productos a menores precios y destinar los excedentes a la adquisición de otros bienes y servicios; sin embargo, también existen impactos negativos sobre los ingresos de los productores locales en países no competitivos en los productos subsidiados. Lo importante es observar el balance sobre el bienestar de la economía en su conjunto.

En concreto para la negociación con EE.UU., los subsidios en este país no afectan a todo el universo agropecuario, sino solamente a 14 productos, gran parte de los cuales presentan un interés ofensivo para el Perú en la presente negociación, considerando el enorme potencial del mercado norteamericano y la competitividad nacional.

De estos 14 productos, el Perú sólo produce 7, siendo deficitario en todos; es decir, la producción es insuficiente para abastecer a la demanda interna, la misma que por su magnitud, no representa un mercado significativamente atractivo para los grandes productores internacionales. Además, de los 7 productos importados, solamente 2 provienen mayoritariamente de EE.UU., mientras que el resto proviene principalmente de Bolivia, Argentina o Uruguay.

Ahora, el hecho que el real interés defensivo del Perú respecto a los productos subsidiados en EE.UU. sea verdaderamente reducido, no quiere decir que vayamos a descuidar este aspecto de la negociación, todo lo contrario. Nosotros partimos siendo realistas y reconociendo que los subsidios agrícolas no surgen con el TLC ni van a dejar de existir con él; pero también somos conscientes que las negociaciones nos brindan una gran oportunidad por constituir un marco para plantear mecanismos creativos orientados a corregir las distorsiones causadas por los subsidios. Esta es la firme posición del Perú en estas negociaciones y en esa línea venimos trabajando.

DIEZ CANSECO: Definitivamente abrir nuestro mercado a los productos agrarios subsidiados generaría una grave crisis agraria nacional. Este es uno de los temas más sensibles del TLC, ya que muestra de manera expresa la relación asimétrica que existe en la negociación. Los millonarios subsidios que tienen los agricultores en EE.UU., generan distorsiones a los precios internacionales de los productos agrícolas afectando significativamente a los productores nacionales. No podemos aceptar las condiciones que nos exige EE.UU., en donde ellos han manifestado que se reservan la potestad de mantener sus subsidios y ayudas internas al agro, y que sólo debatirán estos

temas en el marco de la OMC. Junto con esta posición, EE.UU. nos exigen que nosotros eliminemos la Franja de Precios, que es el mecanismo más eficiente que hoy tenemos para contrarrestar estas distorsiones y esto es sólo para algunos productos nacionales.

Es inadmisibles que la posición del equipo negociador peruano en este tema sea dubitativa. Colombia y Ecuador han sido muy firmes en este aspecto. Si el propio Ministro de Agricultura, Álvaro Quijandría ha afirmado recientemente a un diario nacional que “si mantenemos la franja de precios no se podrá lograr un TLC con Estados Unidos”, lo cual equivale a tirar la toalla, entonces me pregunto: ¿qué tipo de firmeza en nuestra posición negociadora es esa?

Es cierto que con el ATPDEA el crecimiento de la industria agro-exportadora ha sido significativo, y que es necesario consolidar y preservar éste crecimiento y su importante aporte a la economía nacional, pero esto no se puede hacer a costa del resto de sectores productivos nacionales que son mayoritarios y que sostienen los productos más importantes de la canasta alimenticia nacional y de la que dependen miles de familias campesinas, en donde están los sectores más pobres de la población. Un TLC que ponga en riesgo a este sector es inadmisibles, ya que compromete la seguridad alimentaria y la economía de miles de familias, que constituyen aproximadamente el 65 por ciento de la PEA en el área rural.

STRUBLE: El MINCETUR ha hecho un estudio del impacto real de los productos subsidiados que vienen tanto de EE.UU. como de otros países. Este estudio muestra que los subsidios no afectan a todo el universo agropecuario, sino a 14 productos básicos de un universo de más de 1,100 productos. De esos 14 productos, el Perú produce únicamente 7 y en estos casos la producción nacional resulta insuficiente para abastecer la demanda interna. De los 7 productos sólo 2 provienen mayoritariamente de EE.UU. –algodón y trigo. En las negociaciones que se llevan a cabo estamos conversando sobre lo que se puede hacer para contrarrestar el impacto de dichos subsidios.

Por otro lado, es la OMC la que establece límites a los subsidios agrícolas. Cabe recordar que el subsidio más alto permitido por la OMC fue otorgado a la Unión Europea y es de alrededor de \$67 mil millones. El segundo subsidio más alto fue concedido al Japón, unos \$33 mil millones mientras que el límite fijado por la OMC para EE.UU. es de \$19 mil millones. Hace dos años EE.UU. propuso a ese organismo que se eliminaran todos los subsidios agrícolas en un plazo de cinco años. Sin embargo, nuestros principales competidores –la UE y el Japón– no respondieron.

MONNING: El tema de los subsidios agrícolas es uno de los más importantes en la agenda comercial contemporánea. Recientemente la OMC resolvió una controversia en favor de Brasil, quien presentó una queja contra EE.UU. basada en la distorsión del mercado producida por los subsidios de EE.UU. a la industria del algodón. Durante el primer gobierno de la administración Bush los subsidios agrícolas fueron dramáticamente incrementados en el intento presidencial de solidificar el apoyo de los agricultores del medio oeste de granos, algodón, azúcar y otros productos de exportación (ver: Ley Farm Bill del 13 de mayo de 2002). Estos subsidios que distorsionan el comercio desafían los principios del libre comercio y conllevan el desplazamiento de los productores agrícolas locales por los productos agrícolas subsidiados de EE.UU. (los agricultores mexicanos del maíz han sido drásticamente impactados por la importación del maíz norteamericano subsidiado). Asimismo, la exportación de productos agrícolas de países en desarrollo ha demostrado ser económicamente desastrosa en sus esfuerzos por competir con productos similares en los EE.UU. que gozan de subsidios o cuotas de protección (algodón, azúcar, maíz, espárragos, nueces, etc.).

Como principio básico de equidad y fundamento del libre comercio, las naciones importadoras no deberían ser expuestas a competir con los productos subsidiados de EE.UU. Para crear equidad e igualdad en los acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio, las economías importadoras deberían luchar por el derecho a imponer modificaciones tarifarias, cuotas o requerir la eliminación de los subsidios injustos a los productos agrícolas de EE.UU. Hacerlo de otra manera significaría aceptar la competencia desleal en detrimento de los productores agrícolas locales y de los objetivos políticos más amplios en materia económica y social.

OSCÁTEGUI: Hay pocos productos agrícolas en los cuales somos competidores de la producción norteamericana. Creo que hay productos agrícolas que nunca podremos producir a los precios que pueden ser producidos en países como EE.UU., me refiero al trigo, la cebada, la soya, por ejemplo. En este sentido, los subsidios de ese país a gran parte de su producción agrícola no nos afectan directamente. Sin embargo, en aquellos productos en los que su producción subsidiada competiría ventajosamente con nuestra producción, tendríamos que conseguir que los acuerdos a los que se llegue nos permitan reciprocitar y aplicarles medidas equivalentes.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN EL PERÚ: SU IMPACTO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*

Reseña por Javier de Belaunde L. de R.**

Será en lo sucesivo imposible discutir sobre la situación de la enseñanza del Derecho en nuestro país, sin tener en cuenta el informe elaborado en el 2004 por Luis Pásara sobre la enseñanza del Derecho en el Perú y su impacto en la administración de justicia. La iniciativa se debe a la preocupación del entonces Ministro de Justicia, Baldo Kresalja, quien supo identificar no sólo una vinculación que muchas veces pasa inadvertida (enseñanza del Derecho/administración de justicia), sino al investigador que desde una perspectiva socio-jurídica podía dar luces sobre el estado de la cuestión.

Pásara, es un reconocido investigador sobre temas de justicia y uno de los más representativos exponentes del movimiento de reforma de la enseñanza del Derecho que tuvo tanta vigencia en América Latina en la década de los setenta y que alcanzó en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, una de sus más influyentes expresiones.

“Nos hemos olvidado del abogado”, expresa un entrevistado por Pásara, sintetizando cómo la crítica social a la administración de justicia generalmente se expresa en una desaprobación a jueces y fiscales y no comprende a los abogados. Así la preocupación sobre la formación y desempeño de estos es escasa o percibida como un tema aparte. Este olvido es absolutamente injustificado. No sólo los jueces y fiscales son abogados, sino el abogado tiene un rol determinante en el sometimiento y procesamiento del conflicto que es llevado a los tribunales.

El primer interés del Informe está pues, en poner sobre la mesa la imposibilidad de identificar seriamente las falencias de un sistema de justicia –sobre cuya incapacidad para responder a las expectativas sociales

hay consenso– sin percibir que el problema comienza en las facultades de Derecho, es decir en la formación de los abogados. Por tanto, resulta imposible acometer un proyecto integral de reforma judicial sin acometer una profunda revisión de los estudios universitarios de Derecho.

El Informe, realizado en corto tiempo (marzo a julio de 2004), no intenta agotar el tema. En realidad, podríamos decir, quiere abrir un debate imprescindible y urgente, aportando y sistematizando datos objetivos para establecer un estado de la cuestión que quizás sospechábamos, pero cuyas dimensiones de gravedad y características, ciertamente no conocíamos.

Pásara busca, “desde la perspectiva de las necesidades de un sistema de justicia que se halla en franco estado de crisis” identificar la situación de la enseñanza del Derecho en el Perú. Para ello, además del procesamiento de algunas investigaciones parciales previas y de la información documental disponible, el investigador ha usado cinco instrumentos: a) entrevistas a autoridades de las facultades de Derecho; b) encuesta aplicada a diez estudiantes en cada facultad; c) encuesta aplicada a cinco profesores en cada facultad; d) observación de cinco clases en cada facultad; y e) entrevista a un conjunto de informantes calificados (profesionales experimentados y conocedores, con amplio reconocimiento público). Los primeros cuatro instrumentos fueron aplicados en 23 de las 47 facultades de Derecho; en 10 facultades más se aplicaron, debido a diversas limitaciones, sólo algunos de los instrumentos.

Para comprender adecuadamente el interés del Informe, resulta inevitable dar algunas pinceladas sobre

* PÁSARA, Luis. “La enseñanza del Derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia”. Lima: Ministerio de Justicia. 2004. 114 pp.

** Miembro del Comité Consultivo de THEMIS-Revista de Derecho. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex miembro de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia-CERIAJUS.

su contenido. Un primer capítulo se ocupa del **estado de la justicia y el papel de los abogados**, analizando la percepción social del problema y del rol de los abogados, describiendo, de otro lado, con información y mucha perspicacia, cómo se ejerce la profesión en el Perú hoy. Cuestión central en este capítulo es el acápite en el cual se analizan las calidades del abogado litigante y sus consecuencias para la justicia. El conocimiento del caso; la solidez del razonamiento jurídico; la calidad para redactar; la disposición y capacidad para la negociación; y la preocupación por el interés del cliente, son materia de un "bisturí" analítico que tiene un interés que ciertamente trasciende a los propósitos del Informe.

El segundo capítulo se introduce en **las facultades de Derecho, lugar de formación del abogado**. Revelador y sorprendentemente ilustrativo en cuanto a sus consecuencias es el acápite sobre el marco normativo. El caso de las filiales, del bachillerato automático y del otorgamiento del título profesional, y de la enseñanza a distancia, son cuestiones relativamente nuevas y que no pueden ser soslayadas sobre todo para un análisis de las perspectivas en la evolución inmediata del problema. Párasa luego nos da información objetiva sobre el crecimiento y características del número de facultades de Derecho. Eran 25 en 1986, y la mayoría eran públicas, hoy son 47 y la mayoría son privadas. "La expansión del número de universidades privadas, correspondientes al modelo empresarial del D.L. 882, está acompañada de una mayor permisividad en el ingreso a ellas...". En 1986 estudiaban Derecho 34,770 alumnos; según datos disponibles, en el 2003 eran 44,153 los alumnos; casi uno de cada diez estudiantes universitarios del país estudia Derecho. Pero sin duda, lo más revelador del capítulo está en la descripción del panorama institucional: las verdaderas condiciones en las que se enseña y estudia Derecho. Los datos sobre las bibliotecas, por ejemplo, son ilustrativos.

Los protagonistas de la enseñanza del Derecho ocupan el tercer capítulo: la condición docente y el perfil de los estudiantes. Encontramos una constante sobre la información: "No se dispone de información oficial sobre el número de profesores de Derecho existentes en el país", pero "de los 2225 profesores en funciones en las 32 facultades de las que se obtuvo información, cuatro de cada cinco se desempeñaban como profesores por horas", ello debilita la tarea docente y hace muy limitada la posibilidad de investigación. El 69% son contratados, "lo que nos refiere a personal docente que ejerce la función sin haber pasado por un concurso de selección". Más allá de estos y otros datos sobre la condición de los docentes, dos cuestiones son destacadas por el mismo Párasa. Una se refiere a la falta de definición

institucional de objetivos y métodos: "De la diversidad de conductas observadas en clase, puede deducirse que la manera de enseñar queda librada a la iniciativa y la seriedad, el criterio y los conocimientos o la imaginación de cada docente". La otra se refiere a los contenidos: "Un aspecto de particular interés en la observación de clases fue el referido a asuntos de ética profesional. Hubo varios casos en los cuales el profesor enseñaba a sus alumnos cómo circunvalar la ley".

El estudio aporta al conocimiento del perfil del estudiante: a) quién estudia Derecho; b) sus motivaciones para escoger la carrera; c) las expectativas de desempeño profesional que albergan; d) las características del trabajo académico del estudiante promedio; e) sus percepciones del rol del profesor y del alumno; y f) el balance de los alumnos sobre la formación recibida y el servicio ofrecido por las facultades. Esta agenda tan rica ofrece datos y reflexiones muy importantes para analizar en perspectiva lo que podemos esperar de la profesión legal en el corto plazo. Sobre el trabajo académico: "Pocos estudiantes hicieron referencia a la actitud favorable a la lectura como un rasgo del alumno ideal. Con frecuencia, los profesores entrevistados indicaron que una de las mayores carencias entre los estudiantes de Derecho (...) es la poca dedicación a la lectura. Sin embargo, las observaciones de clase permitieron verificar que los profesores no exigen a los alumnos en clase que muestren los resultados de las lecturas aparentemente exigidas". Sobre las motivaciones: "entre el sector de estudiantes que eligieron la carrera debido a su utilidad, apenas 1.2% de estudiantes de universidades privadas deseaba ser juez, frente a 20% de los estudiantes de universidades públicas, cuya motivación para estudiar derecho era la misma". Sobre la valoración de los estudiantes de su formación hay datos que parecen revelar una percepción preocupante de lo que se requiere para ejercer la profesión: "La mitad de los estudiantes entrevistados manifestaron sentirse frustrados debido a la formación recibida; sin embargo, resulta sorprendente que sólo uno de cada cinco estudiantes (21.4%) considere que no está siendo preparado para un buen desempeño como abogado".

El capítulo cuarto informa sobre **la dinámica de la enseñanza del Derecho** en dos acápites: el primero es sobre **los contenidos** (qué se enseña); una opinión recogida parece sintetizar el estado de la cuestión: "no hay que ir más allá de lo que nos dice la ley". El segundo acápite es sobre **los métodos** (cómo se enseña); luego de contrastar lo que los profesores y alumnos dicen que hacen, con las observaciones del contenido y dinámica de las clases en las que impera la tradicional clase conferencia, se arrojan diversas conclusiones. Una anota: "La mayoría de los docentes

que decían hacer en clase aquello que en realidad no hacen, sí sabían cómo debería ser su labor en aula. La deficiencia docente en el cómo enseñar corresponde, entonces, a la renuencia a abandonar un método tradicional de enseñanza que resulta menos laborioso y exigente para el profesor”.

El Informe termina con un capítulo sobre **conclusiones, recomendaciones y alternativas**; que plantea reflexiones sobre los resultados del estudio, sobre las posibilidades de mejorar las contribuciones del abogado a la justicia y sobre alternativas sobre decisiones a tomar. En este último aspecto se plantean cambios legales; cambios en el interior de las universidades y cambios en el sistema universitario.

Como puede apreciarse, estamos ante un informe con gran variedad temática y con una riqueza de información y análisis enormes. Probablemente en un tiempo mayor se podría haber alcanzado una sistematización más precisa, pero ciertamente lo brindado en el informe contiene, a nuestro entender, todos los elementos para conocer con mucha claridad los aspectos centrales del problema y para plantearnos medidas urgentes a fin de evitar lo que resulta en este momento previsible: que las deficiencias en la enseñanza del Derecho, por su nivel de gravedad, ahonden en el corto plazo la crisis de vigencia social no sólo del sistema de administración de justicia, sino del sistema legal.

En esta línea, quisiera destacar tres cuestiones que me parecen relevantes:

1) En un estudio que hicimos en 1993 sobre la enseñanza legal en Lima, constatamos una grave situación que afectaba severamente las perspectivas de mejorar la administración de justicia. Entonces, la baja calidad de la enseñanza parecía importantemente vinculada a las limitaciones económicas de la universidad peruana. En el 2004, el Informe Pásara nos revela que la situación se ha agravado y tiende a empeorar. A los viejos problemas de la universidad peruana, se ha sumado otro: la transformación, permitida por el marco legal, de la enseñanza universitaria en un negocio sin mínimos mecanismos de control o acreditación. Con las excepciones que se pueden contar sin usar todos los dedos de una mano, la universidad-empresa es hoy en día una vía de acceder al título profesional de abogado (el cual, dicho sea de paso, se otorga a nombre de la Nación) sin mínimos requisitos de calidad. El Informe Pásara nos revela

un mundo ignoto para muchos y alucinante en sus características, el de las filiales de estas universidades-empresa. Debe anotarse que el “producto” de estas filiales (centros de estudios en sedes distintas a la de la Universidad) aún no ha llegado al Poder Judicial.

- 2) El tratamiento que Pásara da a la universidad-empresa puede ser polémico. Un mérito en sí mismo del trabajo es poner el tema sobre la mesa. En esa línea el “encuentro” de las filiales es particularmente importante. Una conclusión a la que podría arribarse es que muchas de estas filiales podrían estar engañando a sus estudiantes, pero según revela Pásara, esta conclusión podría ser precipitada: “el centro de la oferta de estas universidades es el título profesional, no la formación, y acaso esa oferta corresponda a una demanda social en la que escasean la seriedad y los objetivos definidos para formarse profesionalmente”. Un abogado y docente anotó: “Lo que los alumnos buscan es tener las pistolas. Y el título profesional son las pistolas. Con eso saldrán a la calle”. Estimo que existe una responsabilidad social ineludible que lleva a revisar con seriedad y urgencia las recomendaciones del Informe sobre la necesidad de modificar el marco legal vigente, con particular énfasis en la derogación de la ley que autoriza la creación de filiales. Dice Pásara: “el engañado mayoritario no es el estudiante que acude a una facultad de Derecho... El engañado por el nivel al que ha descendido la enseñanza del Derecho es el ciudadano que, como respecto de otros profesionales, espera del abogado un servicio eficiente y, en cambio, paga a cambio de poco o nada”.
- 3) Resulta fundamental que desde las universidades que aspiran a brindar un auténtico servicio al país, se asuma el reto de plantear una profunda revisión de la enseñanza del Derecho. No resulta posible que preguntas elementales de para qué enseñar, qué enseñar y cómo enseñar, no formen parte de la agenda permanente de las facultades de Derecho. En esa línea, el Informe Pásara plantea un reto: que estas preguntas superen el ámbito de la competencia particular y que se pueda generar en la colectividad universitaria una reflexión común sobre las medidas a tomar para lograr que la enseñanza del Derecho sirva no sólo para mejorar el sistema de justicia, sino para que los ciudadanos recuperen algo de confianza en el sistema legal y en el Derecho como forma de organizar la vida en sociedad.

SISTEMA DE TITULACIÓN DE LA PROPIEDAD Un análisis de su realidad organizativa*

Reseña por Alfredo Bullard González**

El Derecho no es más que la suma de una serie de ideas, organizadas para ser puestas al servicio de la convivencia humana. El trabajo que reseñamos es una clara muestra de un esfuerzo de entender esas "ideas" para llevarlas a la dimensión que les corresponde. El profesor y académico español Benito Arruñada ha escogido la idea llamada "propiedad", la ha buscado con cuidado, ha estudiado su conducta con detalle, ha visto de qué se alimenta y de qué no, cómo sobrevive y quién la mata, qué la alegra y qué la entristece. Nos ha indicado quiénes son sus enemigos y cómo debemos protegerla. Y lo más importante, nos ha dicho que la "leyenda de la propiedad" sí tiene un impacto en la vida de los seres humanos. Que la propiedad sea una invención humana no le quita su rol en generar bienestar a los hombres. Es que el Derecho es algo más que simple invención o mera imaginación. Es invención e imaginación aplicada que pueden ayudar a los hombres a vivir mejor.

Para ello, Benito usa las herramientas que le brinda el análisis económico del Derecho. Ello le permite sacar la idea de una mitología inútil y sujetarla con la "cuerda" de la razón aplicada, al razonamiento científico que intenta alejar al Derecho de una filosofía de conceptos inútil e infértil.

Por supuesto que las reacciones no se dejarán esperar con la publicación de este libro. Algunos verán a Benito como una suerte de subversivo que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la que se mueven los conceptos, va a disparar sobre ellos y matarlos para eliminarlos de la vida del hombre.

Este razonamiento se expresará en términos tales como "va contra todo lo establecido", "atenta contra toda nuestra tradición jurídica", "pretenden sustituir

al Derecho por instituciones económicas", "es puramente eficientista", "¿dónde está la idea de justicia?", entre otros.

Como muestra el trabajo que estamos reseñando, el análisis económico del Derecho no propone acabar con el Derecho ni eliminar el uso de conceptos. Sólo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica en su capacidad para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humana.

¿Por qué usar el análisis económico del Derecho? El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Sólo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así.

Sobre la base de estos elementos, es posible desarrollar modelos de predicción sumamente complejos que, con la ayuda incluso de ciencias exactas como las matemáticas, consiguen asombrosos resultados en la práctica.

Cuando uno comprende que el Derecho es un sistema de regulación de la conducta humana que persigue

* ARRUÑADA, Benito. "Sistema de Titulación de la Propiedad. Un análisis de su realidad organizativa". Lima: Palestra Editores. 2004. 398 pp.

** Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Profesor de análisis económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía-ALACDE. Master en Derecho, Universidad de Yale.

orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que solemos llamar “consecuencia jurídica”, descubrirá de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta. Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa o simplemente redactar un contrato, son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá a alcanzar o no los fines que nos proponemos.

Lo que ha hecho Benito en el trabajo que reseñamos es aplicar esta metodología a la evaluación de los incentivos que crean los sistemas de propiedad, poniendo un especial énfasis en el papel del sistema registral. Ello nos permite descubrir que la propiedad no es la idea abstracta o el concepto que hemos inventado los hombres, sino la forma como la implementamos. Pocos trabajos han relacionado tan bien la función económica de la propiedad con los mecanismos operativos que la ponen en práctica, que la hacen oponible y que permiten que se desarrollen sus fines.

El trabajo de Benito Arruñada dista además de caer en la tentación de limitarse a la descripción meramente conceptual. Es fácil para muchos cultores del análisis económico del Derecho caer en lo mismo que se critica y quedar atrapados en una mera especulación conceptual. El trabajo se embarca en el difícil reto de revisar las experiencias concretas, la historia de las instituciones en diversas latitudes y en distintas épocas. Y ello se refuerza con data e información que es analizada con cuidado y que nos permite descubrir elementos que la simple especulación conceptual suele soslayar. La más evidente es la repuesta a la pregunta ¿funcionan las cosas?

En ese sentido, el libro entrena nuestra intuición para saber qué funciona y qué no, qué dio resultados y qué no nos llevó a ninguna parte, qué vale la pena y qué es mejor reservar para el olvido. Y lo hace contándonos casos reales, experiencias concretas y evaluando sus consecuencias con una minuciosidad que es difícil encontrar en un trabajo de la extensión del presente. Esto enmarca el trabajo dentro de los límites de la llamada economía neoinstitucional, de cuya sociedad científica, la International Society for New Institutional Economics (ISNIE), Arruñada ha sido elegido Presidente hace poco, y que se caracteriza justamente por no conformarse con el concepto, por comprender que las instituciones, si bien son en principio reglas abstractas creadas por los hombres, tienen que tener una dimensión práctica.

En esa línea, no basta con definir que los derechos reales son exclusivos, tal exclusividad debe ser puesta en práctica. Pero, a su vez, poner la exclusividad en

práctica tiene costos reales, porque si bien el sistema de exclusión tiene por finalidad reducir los costos de transacción en la economía, ese mismo sistema se convierte a sí mismo en un costo de transacción que puede conducirnos a que “la planchada nos salga más cara que la camisa”. En esa línea, Benito nos invita a escapar de la forma común en que pensamos los abogados, que perseguimos construir sistemas perfectos sin pensar que la perfección cuesta. Benito nos invita a ser realistas, a poner a la propiedad en el suelo, lejos de la profundidad de los conceptos jurídicos en los que las ideas sobrenaturales que plagan el Derecho suelen esconderse.

Aquí surge una feliz coincidencia entre el trabajo de un español como Arruñada y la situación del Perú y buena parte de Iberoamérica. En concreto, el Perú ha experimentado una interesante evolución en su sistema de propiedad, de la mano del desarrollo de un nuevo sistema registral. Los mecanismos de titulación de la propiedad informal (COFOPRI y PETT); la creación del Registro Predial Urbano; la relativa y aún incompleta modernización de los registros públicos; la continua amenaza del notariado, con sus intentos de elevar los costos de transacción para generar más rentas; entre otros hechos; convierten al Perú en un laboratorio perfecto para probar las tesis que Benito nos sugiere. Y muchas de sus conclusiones se confirman.

Por ejemplo, la necesidad de competencia como mecanismo para mejorar la calidad de la contratación privada es una muestra. Por otro lado, la protección de terceros a través de la acción estatal puede crear monopolios que pueden ser necesarios. Pero ello de ninguna manera puede justificar la creación de sistemas “privados” de apropiación de rentas monopólicas por medio de la actuación de los notarios. Así, es constante la presión de los notarios para que, en defensa de una supuesta necesidad de mayor seguridad jurídica, se requiera su intervención con carácter obligatorio, de modo que puedan apropiarse de los recursos de los usuarios y pese a no satisfacer necesidad real alguna.

La discusión entre la alternativa de uso de un sistema de registro de derechos y un sistema de registro de documentos nos ayuda también a romper paradigmas. No necesariamente un sistema es superior al otro. En Derecho no existe el famoso “cebo de culebra”, ese ungüento que los charlatanes ofrecen en las calles y que supuestamente cura todas las enfermedades y males del cuerpo y el alma. En Derecho las instituciones deben responder a una realidad social determinada y no siempre esta realidad adolece de lo mismos males. En ciertas circunstancias (como puede ser en las áreas rurales apartadas del Perú), un registro de derechos puede ser demasiado caro para funcionar y un registro de documentos, o incluso el mantenimiento de los

derechos en un régimen de privacidad, pueden ser remedios más adecuados.

Arruñada nos advierte que el mundo real puede hundir a la propiedad si esta no asume que sus fuerzas no provienen de su naturaleza conceptual, sino de su capacidad de adaptarse al mundo real. Este libro les dirá por qué en ciertos lugares la propiedad no existe, y por qué en otros sí. Y no es sólo un problema de fe. No basta creer que necesitamos a la propiedad para que ésta resuelva nuestros problemas. La propiedad hay que vivirla.

Si quisiera resumir el libro, diría que lo que busca es matar un cierto tipo de idea de propiedad, la meramente abstracta y conceptual, para resucitarla en la forma de una idea práctica, capaz de resolver problemas reales, liberado de la "mitología" dogmática que suele atrapar a nuestras instituciones jurídicas. La supervivencia de la propiedad como institución depende justamente de "matarla" bajo cierta visión y

recuperarla como una idea nueva, vinculada a la realidad y que permita que el Derecho escape de convertirse en una leyenda conocida y relatada por sólo unos cuantos abogados iniciados en una especie de ocultismo conceptual. No queremos que la propiedad quede reducida al dicho de esos cuantos "iluminados" que recorriendo un bosque la vieron por un instante y nos sujetan a la dictadura de creerles todo lo que nos dicen sólo porque los demás no tuvimos la suerte de "conocer el mito".

Benito Arruñada nos libera de esa dictadura y nos muestra que la realidad del mito está en la cabeza de los hombres, en su capacidad de razonar, de ser creativos y de encontrar soluciones prácticas. Así, la propiedad, sí vale la pena.

En síntesis, no me queda sino invitarlos a leer el libro, a acompañar a Benito Arruñada en su aventura. Será una aventura interesante, académica e intelectualmente exigente.

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de **THEMIS-Revista de Derecho** estuvo conformada por: Javier de Belaunde (Director), Federico de Cárdenas, Giorgio Massari, Iván Blume, Milagros de Pomar y Oscar Súmar.