

**EL CONTRATO COMO JUSTICIA CONMUTATIVA
VOLUNTARIA. PARTE I***
CONTRACT AS VOLUNTARY COMMUTATIVE JUSTICE

James Gordley**

Universidad de Tulane

Hao Jiang***

Universidad Bocconi de Milán

Resumen. Al momento no existe una teoría unánimemente aceptada acerca de por qué los contratos obligan. Los autores proponen una que se basa en una idea que se remonta a tiempos de Aristóteles: el contrato como una cuestión de la justicia conmutativa voluntaria. En la Parte I del artículo los autores argumentan que esta teoría ofrece una mejor explicación sobre la obligatoriedad de los contratos que las teorías modernas que se basan en la autonomía y en la eficiencia. En la parte II y III muestran cómo esta teoría puede explicar las principales doctrinas del common law que gobiernan cuándo y cómo un contrato de cambio es obligatorio. Finalmente, en la parte IV, analizan los remedios por incumplimiento contractual.

Palabras clave: teoría del contrato – justicia conmutativa – tradición aristotélica

Abstract. At present, there is no generally accepted theory of why contracts are binding. We will propose one based on an idea that goes back to Aristotle: contract as voluntary commutative justice. In Part I, the authors of this article show why that explanation better accounts for the enforceability of contracts than modern explanations based on autonomy and efficiency. In Part II and III, they show how this theory can explain the principal common law doctrines that govern when and how a contract of exchange is enforced. Finally, in Part IV, the authors discuss remedies for breach of contract.

** Profesor distinguido W.R. Irby de la Escuela de Derecho de Tulane; BA, MBA University of Chicago; JD Harvard Law School.

*** Profesor Asociado de Derecho Privado Comparado, Departamento de estudios jurídicos, Universidad Bocconi de Milán; LLB, Nanjing Audit University; JD, LLM, SJD, Tulane Law School.

Keywords: Contract law theory – commutative justice – Aristotelian tradition

Recibido 20 de mayo 2021

Aceptado 13 de julio 2021

*I. Introducción*****

Al momento no existe una teoría unánimemente aceptada acerca de por qué los contratos obligan. Nosotros propondremos una que se basa en una idea que se remonta a tiempos de Aristóteles: el contrato como una cuestión de la justicia conmutativa voluntaria. En principio, un contrato de intercambio debería ser ejecutado cuando es ambas cosas: voluntario y económicamente equitativo. Es voluntario en tanto y en cuanto las partes den más valor a lo que están por recibir, que a lo que están por entregar. La voluntariedad es subjetiva y personal; lo económicamente justo, no lo es. Un intercambio es económicamente justo cuando la prestación que cada parte está por dar es equivalente en valor económico a la prestación que está por recibir. Las prestaciones son equivalentes en su valor económico cuando cada una de las partes está compensada por los riesgos que el contrato les adjudica.

**** Texto traducido por Javier I Habib (Universidad de San Pablo- Tucumán) Nota del traductor. En su vasta obra, James Gordley ha dado continuidad a la tradición jurídica aristotélica, argumentando que esta es mejor que otras teorías para explicar instituciones del derecho civil del *common law* como la propiedad, la responsabilidad por daños, el contrato y el enriquecimiento sin causa. Un panorama general de sus tesis puede encontrarse en James Gordley, “The moral foundations of private law” en *The American Journal of Jurisprudence*, 2002, 47, pp. 1-23. Este trabajo ha sido traducido al español en James Gordley, *Los fundamentos morales del derecho privado*, traducido por Renzo E. Saavedra Velazco y César E. Moreno. Disponible en internet. Un análisis general y crítico de la teoría de Gordley en Javier Habib, “Teorías del Derecho Privado: James Gordley y la tradición Aristotélica”, en Javier Habib, Federico Wayar, Pablo Baca, *Cuestiones Fundamentales de Derecho. En honor al Profesor Ernesto Clemente Wayar*, t 1, Bibliotex, Tucumán, 2020, pp. 67-97.

En la Parte I veremos por qué esta teoría ofrece una mejor explicación sobre la obligatoriedad de los contratos que las teorías modernas que se basan en la autonomía y en la eficiencia. Luego esperamos mostrar cómo esta teoría puede explicar las principales doctrinas del *common law* que gobiernan cuándo y cómo un contrato de cambio es obligatorio. Algunas doctrinas como la de la *unconscionability* [buena fe], *impracticability* [imposibilidad de incumplimiento] y *consideration* [causa] están preocupadas por lo equitativo, aún cuando la doctrina de la *consideration* supuestamente no lo está. Las consideraremos en la Parte II. En la Parte III consideraremos doctrinas que conciernen a la voluntariedad, tales como la del error y la de la frustración del fin del contrato. En la Parte IV analizaremos los remedios por incumplimiento contractual.

II. Por qué obligan los contratos: Autonomía, Eficiencia, o Justicia Conmutativa

Durante el siglo XIX y principios del XX, los juristas en las jurisdicciones del *common law* y *civil law* produjeron lo que académicos como Melvin Eisenberg han llamado “derecho contractual clásico”. Los creadores del “derecho clásico” definieron al contrato en términos de autonomía: El contrato es la voluntad de las partes. Sus teorías eran incapaces de explicar preguntas tales como por qué el contrato obliga, por qué a veces las partes están vinculadas a cláusulas que ellos no acordaron, y por qué a veces el derecho no ejecuta cláusulas que de hecho sí acordaron. Como veremos, estas preguntas no pueden ser respondidas por teorías que explican a las obligaciones contractuales sólo en clave de autonomía. No obstante, ninguna teoría del derecho de los contratos ha podido remplazarla. Como Grant

Gilmore dijo hace casi medio siglo, “Los sistemas han quedado disociados y, actualmente, no vemos forma de volver a unirlos.”¹

En una famosa nota a un libro que escribió dos años después, *The Ages of American Law*, Guilmore observaba proféticamente que un nuevo abordaje estaba surgiendo para cubrir el vacío teórico.² Este utiliza al análisis económico para resolver problemas legales y explica el derecho contractual en términos de eficiencia. La eficiencia de Pareto es un estado en el que una persona no puede mejorar sin que otra empeore. Los contratos son eficientes porque permiten a cada parte recibir algo que valora más de lo que da a la otra parte. Advertiremos que este enfoque no puede responder a las mismas preguntas que obstaculizaron a los teóricos de la voluntad del siglo XIX.

Nosotros creemos que estas preguntas pueden ser contestadas por un abordaje más antiguo, que se remonta a Aristóteles, y que está basado en su idea del contrato como justicia voluntaria.³ En principio, un contrato de intercambio debería ser voluntario y económicamente justo. Es voluntario en tanto y en cuanto una parte valore más lo que va a recibir que lo que va a dar. Es económicamente justo cuando la prestación que cada parte debe realizar es equivalente en valor económico a la que debe recibir. Las prestaciones son equivalentes en valor económico cuando cada parte es compensada por los riesgos que el contrato le impone.

¹ GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* 102 (1974).

² GRANT GILMORE, *THE AGES OF AMERICAN LAW* 108 n.11 (2d ed. 2014).

³ Ver ARISTOTLE, *NICOMACHEAN ETHICS* V.iv 1132a–1133b.

Según este abordaje, el contrato es vinculante porque permitir que un contratante se eche atrás del contrato después de haber sido compensado por asumir un riesgo, sería similar a permitir que esa parte incumpla una apuesta justa. Cuando un contratante no fue compensado por asumir un riesgo, el contrato es injusto y, en principio, no debería ser ejecutable.

Examinaremos las teorías del contrato basadas en la autonomía y en la eficiencia, y luego describiremos nuestra alternativa basada en la justicia conmutativa y la voluntariedad.

A. Autonomía

Según las “teorías de la voluntad”, un contrato es ejecutable porque el promitente ha elegido obligarse a sí mismo.⁴ Según las “teorías de la transferencia”, las teorías de la voluntad no pueden explicar por qué el promisorio debería tener el derecho a ejecutar el contrato. Sus explicaciones son que el promitente eligió transferir ese derecho al promisorio. Hanoch Dagan y William Heller han propuesto una “teoría de la elección”, según la cual, el derecho provee un rango de diferentes tipos de contratos, y las partes eligen aquel que mejor sirve sus intereses.⁵ Discutiremos estas teorías en su orden.

1. Las teorías de la voluntad—viejas y nuevas

Sería anacrónico decir que el common law tenía un derecho de los contratos antes del siglo XIX. Existía en cambio una jurisprudencia amorfa

⁴ Ver, por ejemplo, Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86 COLUM. L. REV. 269, 272 (1986).

⁵ HANOCH DAGAN & MICHAEL HELLER, *THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS* 14 (2017).

que se refería a cuándo se podía ejecutar una promesa bajo los *writs of covenant* o las *assumpsit*. Aparte de algunas páginas en los *Commentaries on the Laws of England*, de William Blackstone, no había bibliografía sobre el contrato aparte de los casos decididos.⁶ En el siglo XIX, los tratados de *common law* comenzaron a aparecer. Los tratadistas, como sus contemporáneos en los países del continente europeo, desarrollaron lo que hoy llamamos “teorías de la voluntad”. Definieron al contrato como el asentimiento o acuerdo de las partes.⁷ Como A.W.B. Simpson dijo una vez, la voluntad de las partes fue considerada “como una doctrina fundamental, desde la cual todas las reglas se derivan”.⁸

La nueva característica no era que las partes debían expresar su voluntad o asentimiento para estar vinculadas a un contrato. Los juristas venían diciendo esto desde tiempos de los romanos.⁹ En el derecho romano, un contratante debía asentir para quedar vinculado a, por ejemplo, una venta o un arrendamiento, pero era el derecho el que luego proveía los términos que la “buena fe” requería en ese tipo de contrato.¹⁰ La innovación de los juristas del siglo XIX fue la de afirmar que la voluntad o asentimiento de las partes

⁶ Ver A.W.B. Simpson, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, 91 L.Q. REV. 247, 250–51 (1975).

⁷ Ver 1 SAMUEL COMYN, A TREATISE OF THE LAW RELATIVE TO CONTRACTS AND AGREEMENTS NOT UNDER SEAL 1 (New York, Isaac Riley 1809); JOHN NEWLAND, A TREATISE ON CONTRACTS, WITHIN THE JURISDICTION OF COURTS OF EQUITY 1 (Philadelphia, Benjamin Warner 1821); JOSEPH CHITTY, JUN., A PRACTICAL TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS, NOT UNDER SEAL; AND UPON THE USUAL DEFENCES TO ACTIONS THEREON 3 (London, S. Sweet, R. Milliken & T. Clark 1826); 2 JAMES KENT, COMMENTARIES ON AMERICAN LAW 450 (Charles M. Barnes ed., Boston, Little, Brown, & Co., 13th ed. 1884); C. E. Dodd, *On the Construction of Contracts.—Assent.—Construction*, 12 LEGAL OBSERVER J. JURIS. 249, 249 (1836); WILLIAM W. STORY, A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS NOT UNDER SEAL 1 (Boston, Charles C. Little & James Brown 1844); Carey, *A Course of Lectures on the Law of Contracts*, 4 L. TIMES & J. PROP. 448, 463 (1845); 1 THEOPHILUS PARSONS, THE LAW OF CONTRACTS 6 (3d ed. 1857); STEPHEN MARTIN LEAKE, THE ELEMENTS OF THE LAW OF CONTRACTS 7–8 (London, Stevens & Sons 1867).

⁸ Simpson, citado en nota 6, at 266.

⁹ Ver Dig. 2.14.1.3. (Ulpiano, Ad edictum).

¹⁰ Ver, por ejemplo, Dig. 19.1.1.1. (Ulpiano, Ad edictum).

era la fuente de todas sus obligaciones contractuales.

Pero las teorías de la voluntad no pudieron explicar por qué el contrato es vinculante. No lograron a explicar por qué los jueces suelen encontrar “cláusulas implícitas” para resolver problemas que las partes del contrato nunca contemplaron. Tampoco pueden explicar por qué los jueces a veces se niegan a hacer cumplir un contrato severamente injusto que las partes acordaron.

Para las teorías de la voluntad del siglo XIX, las partes estaban vinculadas porque acordaron estar vinculadas. No se consideró necesaria ninguna otra explicación. El contrato era definido como la voluntad o acuerdo de las partes. Como expresó Valérie Ranouil de los teóricos de la voluntad franceses: la fuerza vinculante del contrato se daba por sentada más que justificada.¹¹ Cita lo que Emmanuel Gounot dijo sobre sus posturas: "El contrato es vinculante porque es el contrato".¹² Los juristas del *common law* pensaban lo mismo. De hecho, estaban desconcertados con que para la doctrina de la *consideration* [causa] no todos los acuerdos voluntarios eran vinculantes.

Sus incapacidades para proveer explicaciones adicionales son un típico ejemplo del conceptualismo del derecho privado clásico. Una vez que las obligaciones contractuales eran definidas como aquellas que surgen de la voluntad de las partes, se infería que las partes se obligaban al expresar sus voluntades de obligarse. En su *Liberty of Contract*, Roscoe Pound describió

¹¹ Ver VÉRONIQUE RANOUIL, L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE: NAISSANCE ET EVOLUTION D'UN CONCEPT 71–72 (1980).

¹² EMMANUEL GOUNOT, LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE EN DROIT PRIVE: CONTRIBUTION A L'ETUDE CRITIQUE DE L'INDIVIDUALISME JURIDIQUE 129 (Arthur Rousseau ed., 1912); ver también RANOUIL, citado en nota 11, p 72 n 31.

este tipo de razonamiento como “jurisprudencia mecánica, una condición del pensamiento jurídico, y la acción judicial, en la que las deducciones desde conceptos (...) se desarrollan lógicamente, a expensas de los resultados prácticos.”¹³

La misma circularidad es inherente a cualquier teoría que afirme que la razón última por la que las partes están obligadas es que eligieron estar obligadas. Charles Fried y Ernest Weinrib han construido teorías de la voluntad modernizadas, basadas en una idea kantiana de autonomía.¹⁴ Según Fried, “Para que yo sea lo más libre posible, que mi voluntad tenga el mayor rango posible, consistente con la voluntad similar de otros, es necesario que haya una forma en la que pueda comprometerme.”¹⁵ Críticos como Eisenberg han señalado que una persona que está obligada por una promesa que no está dispuesta a cumplir, tiene menos opciones que antes. Entonces, es menos libre. En sus propias palabras, “nada en la teoría de la autonomía de la voluntad nos lleva a favorecer elecciones anteriores por sobre elecciones posteriores, y a coaccionar a una parte a llevar a cabo una acción que ahora autónomamente se niega a realizar”.¹⁶

Tampoco puede una teoría basada en la voluntad o autonomía, explicar por qué los jueces suelen encontrar “cláusulas implícitas” en los contratos para resolver problemas que las partes nunca contemplaron. Oliver Wendell Holmes y Samuel Williston rechazaron las teorías de la voluntad porque la voluntad de las partes claramente no es la fuente de esas cláusulas. Como

¹³ Roscoe Pound, *Liberty of Contract*, 18 YALE L.J. 454, 457 (1909).

¹⁴ Ver CHARLES FRIED, *CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* 8 (1981); ERNEST J. WEINRIB, *CORRECTIVE JUSTICE* 5 (Timothy Endicott et al. eds., 2012).

¹⁵ FRIED, citado en nota 14, at 13.

¹⁶ Ver Melvin A. Eisenberg, *Theory of Contracts*, en *THE THEORY OF CONTRACT LAW* 206, 233 (Peter Benson ed., 2001).

decía Williston, “Asumir, primero, que todas las personas conocen el derecho y, segundo, que celebran sus contratos con referencia al derecho y adoptan sus disposiciones como cláusulas del acuerdo es, de hecho, apilar una ficción sobre otra. . . .”.¹⁷ Propusieron entonces la “teoría objetiva”, que definía al contrato como un conjunto de consecuencias que el derecho imputa a lo que las partes dijeron o hicieron, quieran las partes o no esas consecuencias.¹⁸ La pregunta que no respondieron fue la de por qué el derecho imputaba un cierto conjunto de consecuencias en lugar de otro conjunto. Charles Fried, que pensó que el fundamento del derecho contractual es el principio de que las promesas son obligatorias, reconoció que cuando un juez encuentra cláusulas implícitas en un contrato, no se debería hacer “el intento fútil de juzgar el caso según el principio promisorio”.¹⁹ Los críticos de Fried han señalado que si este tiene razón, entonces el principio promisorio no logra explicar la mayor parte del derecho de los contratos.²⁰

Una teoría basada en la voluntad o la autonomía no es capaz de explicar los remedios que los jueces dan cuando un intercambio es severamente injusto. Según las teorías de la voluntad del siglo XIX, las partes deberían estar obligadas por cualquier término que hayan acordado. Como dijo Joseph Story:

[C]ualquier persona que no se encuentre, por su condición o circunstancias particulares, en discapacidad, tiene derecho a disponer de su propiedad de la manera y en los términos que elija; y si sus

¹⁷ 2 SAMUEL WILLISTON, THE LAW OF CONTRACTS § 615 (1920).

¹⁸ Idem § 20.

¹⁹ Ver FRIED, citado en nota 14, pp 60–61, 63, 69.

²⁰ Ver Eisenberg, citado en nota 16, p 279; ver también Conrad Johnson, *The Idea of Autonomy and the Foundations of Contractual Liability*, 2 L. & PHIL. 271, 300 (1983).

acuerdos son prudentes y discretos, o rentables o no rentables, o lo que fuera, son consideraciones, no para los Tribunales de Justicia, sino para que el contratante mismo delibere.²¹

Antes del siglo XIX, las *courts of equity* habían otorgado remedios en casos en que un contrato era “*unconscionable*” [celebrado sin total consciencia].²² Continuaron resolviendo de esa manera durante el siglo XIX, a pesar de las teorías de la voluntad. Sin embargo, ya no decían que la razón era que el cambio era injusto. Decían, como observa A.W.B. Simpson, que estaban otorgando remedios por fraude, y que la dureza de los términos era evidencia del fraude.²³ Pero esa no podía haber sido la razón real. En los casos en los que confirieron remedios, la víctima del intercambio pernicioso no alegó que la otra parte le mintió.²⁴ Los jueces estaban brindando remedios por la inequidad del cambio mientras se negaban a admitirlo, puesto que las teorías de la voluntad no permitían explicar por qué debían de hacerlo.²⁵

La misma dificultad es inherente a cualquier teoría que sostenga que la razón última por la que los contratos son vinculantes es que las partes expresaron su voluntad de vincularse. Fried ha reconocido que, a pesar del principio de que las promesas son vinculantes, “Algunos contratos, aunque superen todos los requerimientos que hasta ahora he desarrollado, parecen demasiado duros como para hacer cumplir”.²⁶ Por ejemplo, un rescatador no debería cobrar en

²¹ JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON EQUITY JURISPRUDENCE AS ADMINISTERED IN ENGLAND AND AMERICA 267 (Boston, Charles C. Little & James Brown, 4ta ed. 1846).

²² Ver JAMES GORDLEY, THE PHILOSOPHICAL ORIGINS OF MODERN CONTRACT DOCTRINE 147–51 (1991) [a partir de ahora PHILOSOPHICAL ORIGINS].

²³ Ver A.W.B. Simpson, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 U. CHI. L. REV. 533, 569 (1979).

²⁴ Ver James Gordley, *Equality in Exchange*, 69 CALIF. L. REV. 1587, 1599 (1981) [a partir de ahora *Equality in Exchange*].

²⁵ Ver *idem* pp 1598–99.

²⁶ Ver FRIED, citado en nota 14, p 109.

demasía para salvar la carga de un barco averiado. Fried no explica por qué.

2. Teorías de la “transferencia”

Como Hanoch Dagan y Michael Heller observaron, la autonomía por sí misma no contesta la pregunta: “¿Por qué los individuos libres no deberían ser capaces de cambiar de parecer sin incurrir en responsabilidad civil?”²⁷ Una respuesta, observaron, ha sido la formulación de las llamadas teorías de la transferencia.²⁸ La voluntad del promitente crea un derecho legal en el promisorio a requerir que el promitente cumpla.²⁹ La negativa del promitente de cumplir es injusta porque priva al promisorio de ese derecho.³⁰

Según Peter Benson, en su reciente libro, *Justice in Transactions*:

[Uno debe] entender la formación del contrato como efectuando, entre las partes, un tipo de *adquisición transaccional*, que inviste en ellas títulos exclusivos respecto a lo que se prometieron. Y desde que la adquisición de cada una de las partes es desde el otro, está constituido por una transferencia entre ellos... [E]l incumplimiento contractual puede ahora ser plausiblemente visto como una violación a los derechos ya adquiridos en el momento de la formación del contrato. El incumplimiento se torna en un equivalente a tratar de “recuperar” o “retener” aquello que, como una cuestión de derecho, uno *ya* ha dado

²⁷ DAGAN & HELLER, citado en nota 5, p 21.

²⁸ Ver idem p. 33.

²⁹ Ver idem p. 34.

³⁰ Ver Seana Valentine Shiffrin, *Promising, Intimate Relationships, and Conventionalism*, 117 PHIL. REV. 481, 507, 516 (2008) (explicando que el efecto de una promesa es crear una obligación moral en el promitente y un “poder” en el promisorio para hacer que el promitente cumpla la promesa, y cómo es una “transferencia del poder de una parte de cambiar de opinión a la otra parte”); ver también ARTHUR RIPSTEIN, *FORCE AND FREEDOM: KANT’S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY* 109 (2009). Según Arthur Ripstein, la voluntad de las partes puede transferir un derecho preexistente de una a otra. Ver idem. También puede “crear nuevos derechos”, incluyendo derechos a cosas que no necesitan existir totalmente determinados antes de la transferencia. Idem.

al otro.³¹

Según Arthur Ripstein, la voluntad de las partes puede transferir un derecho preexistente de una a la otra.³² También puede “crear nuevos derechos, incluyendo derechos a cosas que no necesitan de existir completamente determinados antes de la transferencia”.³³ Según Seana Shiffren, “[Una] promesa por parte de B [a A] crea una obligación moral para con A y el poder en A de insistir o liberar a B de su prestación.”³⁴ “[E]l poder detrás de esto de hacer promesas (...) incumbe la transferencia del poder de cambiar de parecer de una parte a la otra”.³⁵

Benson señaló que esta explicación de por qué los contratos obligan no es nueva. Observó correctamente que fue propuesta por “los grandes escritores del derecho natural de la tradición civil continental, como Hugo Grotius y Samuel Pufendorf”.³⁶ Como lo ha puesto en evidencia uno de los autores de este trabajo, Grotius había tomado esta idea de un grupo de filósofos-juristas que escribieron durante los siglos XVI y XVII, conocidos por los historiadores como los escolásticos tardíos.³⁷ Los escolásticos tardíos tendrán relevancia en este artículo porque fueron los primeros en intentar realizar una síntesis entre el derecho civil de los romanos y las ideas filosóficas de Aristóteles; en particular, la idea del contrato como justicia conmutativa voluntaria.³⁸

³¹ PETER BENSON, JUSTICE IN TRANSACTIONS: A THEORY OF CONTRACT LAW 8 (2019).

³² Ver RIPSTEIN, citado en nota 30, p 116.

³³ Idem.

³⁴ Shiffren, citado en nota 30, p 507.

³⁵ Idem p 516.

³⁶ BENSON, citado en nota 31, p 10.

³⁷ JAMES GORDLEY, THE JURISTS: A CRITICAL HISTORY 96–97 (2013) [de ahora en mas THE JURISTS].

³⁸ Ver idem pp 84–101.

Cajetan (Tommaso de Vio Gaetano, 1469–1534) argumentó que una persona a la que se le había prometido un regalo no podía exigir, como una cuestión de justicia conmutativa, que se cumpliera la promesa. Ciertamente, el promitente actuó mal al incumplir su promesa, y en ese sentido la promesa obligaba. Pero hacer un regalo es una cuestión de liberalidad, no de justicia conmutativa. La negativa de cumplir no deja a la parte decepcionada en una situación peor a la que estaría si la promesa nunca hubiese sido hecha. Cajetan llegó a la conclusión de que el promisorio podía afirmar que el promitente actuó injustamente con él sólo si su situación hubiera empeorado por haber cambiado de posición en vistas al [*reliance on*] cumplimiento de la promesa.³⁹ Los líderes de la escolástica tardía no estaban de acuerdo con Cajetan. Luis de Molina (1535-1600) señaló que, si el donante se hubiera desprendido de algo y se lo hubiera entregado al donatario, la cosa pertenecería al donatario.⁴⁰ Según el derecho romano, el donante no podía reclamar la cosa a menos que el donatario fuera culpable de una gran ingratitud.⁴¹ Pero no hay nada mágico en el momento de la entrega. En principio, argumentó Molina, el donante debería poder transferir el derecho a una cosa, o el derecho a demandarla, antes de entregarla. Si este es el caso, entonces, privar al donatario de ese derecho no cumpliendo la promesa, viola a la justicia conmutativa.⁴² Leonard Lessius (1554-1623) estuvo de acuerdo, Hugo Grotius (1583-1645) siguió a Lessius y, Molina, y escritores posteriores como Samuel Pufendorf (1632–

³⁹ Ver CAJETAN (TOMASSO DI VIO), COMMENTARIA a THOMAS AQUINAS, SUMMA THEOLOGICA II-II, Q. 88, a. 1; Q. 113, a. 1 (1698).

⁴⁰ Ver LUDOVICUS MOLINA, DE IUSTITIA ET IURE TRACTATUS III, disps. 272, 281 (1614).

⁴¹ La regla es descrita en LEONARDUS LESSIUS, DE IUSTITIA ET IURE, CETERISQUE VIRTUTIBUS CARDINALIS LIBRI QUATUOR lib. 2, cap. 18, dub. 8, no. 52 (1628), y MOLINA, citado en nota 40, disps. 272, 281.

⁴² Ver MOLINA, citado en nota 40, disp. 262.

1694), hicieron eco de Grotius.⁴³

Una “teoría de la transferencia” explica por qué, cuando el promitente transfiere un derecho al promisario, el contrato es ejecutable. En sí misma, no obstante, no explica por qué el promitente debería querer transferir ese derecho, o por qué el Derecho debería honrar esa intención. Como notó Grotius, si el promitente así lo deseara, podría expresar su intención de hacer algo a favor del promisario, o incluso declarar su compromiso moral de hacerlo; todo ello sin transferir un derecho.⁴⁴ Para Benson y Ripstein, la razón es la libertad. Según Benson, “[E]sta concepción transaccional (...) presupone nociones particulares de libertad e igualdad, especificadas en términos de la independencia interna mutua que todas las personas tienen en sus relaciones con las otras.”⁴⁵ Según Ripstein,

Una obligación de derecho que concierne prestaciones futuras es un título para reclamar tal prestación, consistente con la libertad del obligado, tal como un permiso otorgado a través del consentimiento es un título para hacer algo a otro, consistente con la libertad de esa persona. Los acuerdos entre personas privadas son expresiones de sus respectivas libertades...⁴⁶

Entonces, como en las teorías de la voluntad, el valor últimamente en juego es la libertad de los contratantes de hacer lo que eligen. Transferir un derecho a otro a ejecutar un contrato antes de la prestación es un ejercicio de

⁴³ Ver LESSIUS, citado en nota 41, lib. 2, cap. 18, dub. 8, no. 52; HUGO GROTIUS, DE IURE BELLI AC PACIS LIBRI TRES II.xi.1.3-4 (1688); SAMUEL PUFENDORF, DE IURE NATURAE LIBRI OCTO III.v.5-7 (1688); JEAN BARBEYRAC, LE DROIT DE LA GUERRE ET DE LA PAIX DE HUGUES GROTIUS n.2 a II.xi.1; n.1 a II.xi.3 (1729); JEAN BARBEYRAC, LE DROIT DE LA NATURE ET DES GENS . . . PAR LE BARON DE PUFENDORF n.10 a III.v.9 (1734).

⁴⁴ Ver GROTIUS, citado en nota 43, II.xi.1.6; 2.1-4.

⁴⁵ BENSON, citado en nota 31, p 468.

⁴⁶ RIPSTEIN, citado en nota 30, p 112.

la libertad de uno, como lo es cualquier cosa que uno elige libremente hacer. Llamarlo ejercicio de la libertad de uno dice nada acerca de por qué una persona querría ejercitar su libertad de esa manera. No indica nada acerca de por qué el derecho de los contratos protege ese ejercicio de la libertad. No puede explicar—como no lo hace la teoría de la voluntad—por qué el derecho encuentra los términos que encuentra en un contrato. Como Richard Craswell apuntó, una teoría basada en la autonomía de la libertad no puede explicar las cláusulas que el derecho debería integrar en un contrato. Cualquier conjunto de cláusulas podría ser consistente con la libertad de las partes de elegir los términos respecto de los cuales quieren obligarse.⁴⁷

Benson sostuvo que los términos injustos son inconsistentes con la “libertad abstracta” de los contratantes. El precio de mercado, o valor de cambio de las prestaciones, “[s]iendo inherentemente relacional, el mismo para todos y no decidido por alguno en particular, (...) incorpora el mismísimo tipo de punto de vista de igualdad abstracta relacional, que el requerido por la igualdad contractual y, que las partes, como personas iguales, presumiblemente aceptan al contratar con el otro.”⁴⁸ “[E]s la conceptualización de la substancia de las prestaciones [dadas por cada una de las partes] como valores de cambio, lo que suscita, con completa claridad, que el contrato se abstrae de la particularidad y es una expresión de la igualdad abstracta de las partes.”⁴⁹

Aún aceptando que las partes sean “iguales”, o si se quiere, “abstractamente iguales”, es difícil ver qué tiene que ver el precio de mercado

⁴⁷ Ver Richard Craswell, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, 88 MICH. L. REV. 489, 514–29 (1989).

⁴⁸ BENSON, citado en nota 31, p 185.

⁴⁹ Idem p 386.

con la igualdad abstracta de las partes. ¿Por qué, al tratar a la otra parte como mi igual, yo debería intercambiar a precios que no son determinados por nosotros? ¿Es porque esos son los precios justos? ¿Pero por qué el hecho de que no son determinados por ninguna de las partes significa que son justos? ¿Es porque, en palabras de Benson, hay una “intención presunta” en el contrato de intercambio, que “es una intención de dar y recibir igual valor”?⁵⁰ Si esto es así, ¿no se trata entonces de otro intento fallido de basar la justicia substantiva en la autonomía o intención de las partes?

Shiffrin no se compromete con la cuestión de si acaso la autonomía puede explicar por qué el promitente puede transferir un derecho al promisario a demandar la prestación. Ella piensa que es “plausible que el poder sea inherente a los derechos y capacidades básicas de autogobierno de los individuos”, pero “no tratará de establecer definitivamente que el poder ... es inherente a las capacidades de los agentes morales autónomos.”⁵¹ Su línea de argumentación principal es que en las relaciones humanas, y, particularmente, en las relaciones íntimas o personales, “debemos contar con el poder de hacer promesas obligatorias, para permitir relaciones de una cierta complejidad, con la dinámica moral justa, para desarrollarnos y florecer.”⁵² Así, la autora reconoce que la razón por la que las promesas obligan y, de hecho, la razón por la que un contratante haría una promesa obligatoria, depende de lo que esa parte pueda lograr con la promesa. La razón va a ser diferente en diferentes relaciones íntimas y personales, y diferente (de nuevo) en los intercambios entre desconocidos. Pero para entender los derechos del promisario,

⁵⁰ Peter Benson, *The Unity of Contract Law*, en *THE THEORY OF CONTRACT LAW: NEW ESSAYS* 118, 188 (Peter Benson ed., 2001) (énfasis omitido).

⁵¹ Shiffrin, cita en nota 30, p 520.

⁵² Idem p 516.

necesitamos entender cuál es esa razón.

3. La teoría de la elección

Según Dagan y Michael Heller, las teorías contractuales que ruedan en torno a la pregunta “[¿Q]ué es la libertad?” “han llegado a un punto final”.⁵³ Ellos proponen una “teoría de la elección”, que reconoce que las partes están mejor servidas, de diferentes maneras, en diferentes tipos de contratos. Reconocen que tal aproximación se asemeja a aquella del Derecho Romano, en el cual, como hemos dicho antes, las partes consentían para vincularse a un contrato de un cierto tipo, que es normalmente gobernado por términos que ellos no determinaron.⁵⁴

Sin embargo, los términos de estos contratos varían para reflejar “bienes” diferentes al valor de la autonomía privada. Como Shiffrin, estos autores están preguntando qué es lo que una persona puede lograr al emitir una promesa. Pero esta búsqueda los lleva en una dirección equivocada, si es que se busca lo que las partes pueden lograr al vincularse a un contrato de intercambio. Según Dagan y Heller, “Los bienes principales del contrato son la utilidad y la comunidad”.⁵⁵

Dagan y Heller notan que “están usando los términos utilidad y eficiencia indistintamente”.⁵⁶ En la próxima sección, veremos que uno no puede explicar los términos que el derecho encuentra en un contrato con la noción de eficiencia. Estos autores afirman que la “comunidad” se refleja

⁵³ DAGAN & HELLER, citado en nota 5, p 10.

⁵⁴ Ver idem p 8.

⁵⁵ Idem p 16.

⁵⁶ Idem p 51

particularmente en los contratos que conciernen al “trabajo” y al “hogar”, presumiblemente porque las personas que celebran esos contratos están buscando comunidad, y no meramente beneficios materiales.⁵⁷ No hay dudas. Pero si uno enlistara los valores que las partes buscan cuando se vinculan en un intercambio, no habría razón para frenarse en la comunidad. Cuando una persona compra un violín o un boleto para la sinfónica, sus valores son estéticos. Cuando se afilia a una universidad o compra un libro, sus propósitos—frecuentemente, uno espera—refieren a la adquisición de conocimiento. Cuando compra una membresía a un gimnasio, sus propósitos serán la salud y la excelencia estética. Cuando se compra un trago en un bar, estará buscando relajación, diversión, u olvido. En tales casos, tal vez busca acompañamiento o comunidad. Pero está celebrando un intercambio de un específico tipo: una compra, un alquiler, o un contrato de servicios. Estamos de acuerdo en que los términos que el derecho encuentra en tales contratos deben de estar explicados según un valor distinto a la autonomía. Pero no vemos cómo ese valor pueda ser la utilidad o la eficiencia. Proponemos que se trata de la justicia económica.

Dagan y Heller sostienen, no obstante, que “la autonomía ... es todavía el último valor del contrato”.⁵⁸ Dagan se ocupa de la justicia económica en un libro recientemente publicado con Michael Heller, y en un artículo con Avihay Dorfman.⁵⁹ Sus explicaciones giran en torno a la autonomía, no a la utilidad o la eficiencia. La autonomía implica que las partes puedan “relacionarse en un

⁵⁷ Idem pp 52-56 (argumentando que no es la justicia distributiva lo que ellos consideran un valor “externo” a una preocupación por la autonomía, la utilidad y la comunidad). En nuestra opinión, que se expone a continuación, los contratos laborales son especiales porque refieren tanto a la justicia conmutativa como a la distributiva.

⁵⁸ Idem p 16.

⁵⁹ Ver en general idem; ver también HANOCH DAGAN & AVIHAY DORFMAN, JUSTICE FOR CONTRACTS 47 (2020).

contrato como iguales, tanto al asumir la coautoría de determinación, o influenciando la determinación de, los términos de la interacción, como satisfaciendo las expectativas razonables de los típicos productores de términos.”⁶⁰ El remedio por *unconscionability* [mala fe] es lo que “más dramáticamente” “ejemplifica [una] preocupación” ante la situación de “que uno de los contratantes no sea lo suficientemente competente, como para hacer y aceptar promesas contractuales”.⁶¹ Los términos contractuales son “substantiva[mente] injustos” cuando “no son razonablemente favorables para la otra parte”.⁶² Son “procedural[mente] (...) injustos” cuando reflejan una ausencia de “auto-determinación”⁶³ o “elección significativa”⁶⁴ porque “la parte débil sufre de ‘enfermedades físicas o mentales, ignorancia, analfabetismo o inhabilidad para entender el lenguaje del acuerdo’”.⁶⁵ Como veremos más tarde, no importa cuán vulnerable un contratante pueda ser, el mismo estará vinculado a al contrato en tanto y en cuanto los términos no favorezcan irrazonablemente a la otra parte.⁶⁶ De otra manera, las personas vulnerables no podrían contratar. Más aún, es extraño pensar que el hecho de que los términos favorezcan irrazonablemente a una parte dependa de si acaso la parte desventajada haya tenido participación en la determinación de los mismos, o haya esperado que ellos sean diferentes. Si las partes contratan al precio de mercado determinado por la oferta y la demanda, ninguno influencia el precio. Si firman un contrato con cláusulas justas, las mismas serán ejecutadas en contra de la parte que no los haya podido influenciar y no los

⁶⁰ DAGAN & DORFMAN, citado en nota 59, p 48 (énfasis omitido).

⁶¹ DAGAN & HELLER, citado en nota 5, p 86.

⁶² DAGAN & DORFMAN, citado en nota 59, p 47.

⁶³ Idem.

⁶⁴ DAGAN & HELLER, citado en nota 5, p 87 (signos de citación omitidos).

⁶⁵ DAGAN & DORFMAN, citado en nota 59, p 47 (citando al RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 208 cmt. d (AM. L. INST. 1981)).

⁶⁶ Ver Subsección II.C.1.

haya entendido o esperado. La justicia económica de un contrato no depende de la autonomía de las partes.

B. Eficiencia

La teoría económica moderna explica a los contratos en términos de eficiencia. La eficiencia de Pareto es un estado en el que un contratante no puede mejorar sin que otro empeore. Los economistas no hablan de equidad. Sin embargo, sin el concepto de equidad, no pueden explicar por qué la eficiencia es un objetivo que vale la pena perseguir. La dificultad, como lo nota Guido Calabresi en su artículo *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, es que un contrato que hace que ambas partes estén mejor *ex ante* no siempre las hace mejor *ex post*.⁶⁷ *Ex ante*, cuando firman un contrato, ambas partes esperan estar mejor. *Ex post*, habrá ganadores, que estarán mejor, y perdedores, que no. Como señaló Calabresi, “todas las supuestas mejoras”, es decir, todos los cambios que supuestamente son óptimos de Pareto, “conllevan, al menos *ex ante*, la posibilidad de perdedores”.⁶⁸ Cada vez que el derecho ejecuta un contrato, lo hace en contra de alguien que llegó a un acuerdo y perdió, al menos comparado con algún otro acuerdo que pueda haber hecho. Decir que los contratos obligan es decir que un contratante no puede evitar cumplir por solo considerar que el contrato es desventajoso. Melvin Eisenberg dice lo mismo:

La preferencia expresada por un promitente cuando contrata es mantener su promesa. La preferencia expresada por el promitente cuando se busca ejecutar judicialmente el contrato es no cumplir su

⁶⁷ Ver, en general, Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 YALE L.J. 1211 (1991).

⁶⁸ *Idem* p 1227.

promesa; de lo contrario, no habría razón para que el promisor busque la ejecución judicial. Nada en la teoría de la preferencia revelada [revealed-preference theory] puede decirnos cuál de estas dos preferencias [debería] primar para el derecho.⁶⁹

Como veremos, nuestra tesis es que algunos riesgos deben ser asumidos por una u otra parte, y que un contrato justo es aquel que distribuye esos riesgos de una manera en que cada una de las partes sea compensada por el riesgo que asumió. Un contratante que se niega a cumplir reniega; está peor que antes del contrato, pero es justo que se le haga responsable.

Una segunda pregunta es por qué los jueces suelen integrar el contrato con cláusulas que las partes nunca acordaron. Como se analizará a continuación, los economistas notaron correctamente que las cláusulas que las partes redactarían para ellas mismas son aquellas que imponen los riesgos y cargas del intercambio sobre la parte que puede soportarlos al menor costo. Los contratantes podrían ajustar el precio para que la parte que asume el riesgo o carga sea compensada por hacerlo. Cuando el derecho impone un riesgo o carga a la parte que más fácilmente puede soportarlo, aunque las partes no ajustaran el precio, siempre pueden hacerlo, dejando asentadas sus expectativas respecto a los riesgos que correrán. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficiencia, no importa si los términos son justos. De hecho, desde el punto de vista de la eficiencia, realmente no importa qué términos el derecho determina para los contratos, a menos que sean tan repugnantes como para inducir a las partes a redactar sus propios términos. La ganancia en eficiencia es simplemente que las partes no incurrirán en el gasto de hacerlo.

⁶⁹ Eisenberg, citado en nota 16, p 239; ver también MICHAEL J. TREBILCOCK, THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT 244 (1993).

Es probable que tal explicación atraiga solo a alguien que crea que una explicación en términos de equidad es imposible, y está buscando una alternativa.

Una tercera pregunta es por qué el derecho a veces establece remedios para cuando el contrato es injusto. Un contrato puede ser eficiente incluso en los casos más claros en los que el derecho otorga remedios por injusticia. Si un barco se está hundiendo y sólo otro barco puede rescatarlo, cualquier precio para realizar ese rescate es “eficiente”, siempre y cuando sea más alto que el costo de hacerlo, y más bajo que el valor del barco, su carga y las vidas de la tripulación y los pasajeros. A cualquier precio dentro de ese rango, cada parte estaría mejor que sin ningún contrato. Sin embargo, un rescate por un precio exagerado es un ejemplo paradigmático de un contrato que los jueces no ejecutarían. Tal cual señaló Eisenberg, un contrato no se haría cumplir si involucrara a un geólogo, que estudiando formaciones rocosas, se encontrara con un viajero, que se quedó varado sin comida ni agua, luego de que su automóvil se descompusiera, y le hiciera prometer una fortuna por un viaje a la ciudad más cercana.⁷⁰ Ese precio es eficiente, pero no es justo. No es justo, diríamos, porque el rescatador no está siendo compensado por ningún riesgo que asumió. Pero los economistas hablan de eficiencia, no de equidad.

Según Richard Posner, líder del movimiento del Análisis Económico del Derecho, la razón para suavizar la rigidez del contrato recién señalado no es la injusticia del mismo. En un artículo con William Landes, Posner explicó que si se negara un remedio al rescatado, los propietarios de barcos sobreinvertirían en equipo de seguridad, para reducir la posibilidad de que sus

⁷⁰ Ver Melvin Aron Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. L. REV. 741, 755 (1982) [de ahora en más *The Bargain Principle*].

barcos deban ser rescatados.⁷¹ Una vez más, este tipo de explicación puede ser satisfactoria sólo para quien duda que exista algo así como un contrato injusto y, por lo tanto, crea que debemos buscar la explicación en otra parte. Posner sugirió otra explicación en su influyente tratado *Economic Analysis of Law*. Aunque cualquier precio más alto que el costo del rescate y más bajo que el valor del barco y su carga mejorará la situación de ambas partes, “[e]stimar el rango podría ser costoso, y las partes podrían invertir mucho tiempo y recursos negociando dentro de ese rango. De hecho, cada contratante podría estar tan determinado a absorber la mayor parte de las ganancias potenciales de la transacción, que nunca llegarían a un acuerdo”.⁷² Supongamos, sin embargo, que las partes perdieron poco tiempo negociando y que ninguna es tan ciega al beneficio propio como para preferir que el barco se hunda en lugar de llegar al acuerdo. ¿Debería hacerse cumplir el acuerdo aún cuando, para dar el ejemplo de Posner, acordaran “un precio igual al 99 por ciento del valor del barco y su carga”?⁷³

Más aun ¿Qué pasa con el viajante varado en el desierto que promete una fortuna a cambio de un viaje hasta la ciudad más cercana? ¿Es ese acuerdo invalido porque, de lo contrario, los viajeros de ruta sobre-invertirán en el mantenimiento de sus autos y agua embotellada, o porque las partes podrían perder valioso tiempo en discusiones, o porque las negociaciones podrían fracasar ya que el viajero preferirá morir antes que acordar?

C. *Justicia Conmutativa Voluntaria*

⁷¹ Ver William M. Landes & Richard A. Posner, *Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, 7 J. LEGAL STUD. 83, 92–93 (1978).

⁷² RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 62 (7th ed. 2007).

⁷³ *Idem* p 118.

Aunque parezca extraño, el derecho contractual moderno se explica mejor utilizando la antigua idea del contrato como justicia conmutativa voluntaria. En principio, un contrato de intercambio debe ser ejecutado cuando es voluntario y económicamente justo. Es voluntario siempre que una parte aprecie más lo que va a recibir que lo que va a dar. Es económicamente justo cuando la prestación que realiza cada parte es equivalente en valor económico a la que recibe.⁷⁴ Las prestaciones son equivalentes en valor económico cuando cada parte es compensada por los riesgos que el contrato le impone.

Este enfoque es capaz de dar respuesta a las preguntas que dejan planteadas las teorías basadas en la voluntad de las partes o en la eficiencia. Un contrato es vinculante cuando los términos son justos, porque permitir que el contratante se eche atrás es como permitir que incumpla una apuesta justa. El derecho integra cláusulas en el contrato que las partes nunca aceptaron expresamente porque esas cláusulas son justas. Cuando un contrato es económicamente injusto, no debe ser ejecutado, porque la parte desfavorecida no fue compensada por un riesgo impuesto por el contrato. El contrato es injusto de la misma manera en que una apuesta es injusta.

La idea aristotélica del precio justo, o de la igualdad en el cambio, a menudo ha sido mal entendida. Para ver por qué, podemos consultar el trabajo de los juristas de los siglos XVI y XVII, ya mencionados como los creadores de la “teoría de la transferencia”. Ellos utilizaron la idea de la igualdad en el cambio para construir la primera teoría sistemática del derecho de los contratos. Los historiadores se refieren a ellos como los "escolásticos tardíos". Los líderes fueron Domenico de Soto (1494-1560), Molina y Lessius. Sus

⁷⁴ Ver ARISTOTLE, citado en nota 3, V.iv 1132a–32b.

conclusiones, incluidas aquellas que refieren al precio justo, fueron tomadas por destacados juristas continentales como Grotius y Pufendorf en los siglos XVII y XVIII, y no fueron descartadas hasta el surgimiento de las teorías de la voluntad en el siglo XIX. Estos autores no consideraban al valor económico como una característica estable de un objeto, como su color. En cambio, fueron unos de los primeros en reconocer que el valor económico de cualquier activo, en cualquier momento, depende de su valor en el futuro.⁷⁵ Su valor en el presente es la suma de los valores que pueda tener en el futuro, descontados por la probabilidad de que tenga esos valores. Los economistas modernos expresan esta idea matemáticamente. Asigne a cada conjunto de circunstancias una probabilidad, y el valor esperado de la prestación (V_e) es el valor que tendrá bajo cada conjunto de circunstancias (V_1, V_2, \dots, V_n) descontadas por la probabilidad de que cada uno ocurra (p_1, p_2, \dots, p_n). Entonces, $V_e = p_1V_1 + p_2V_2 + \dots + p_nV_n$. En un lanzamiento de moneda, si gano \$100 cuando sale cara y pierdo \$ 100 cuando sale cruz, el valor esperado para mí es $.5 \times \$ 100 + .5 \times - \$ 100 = 0$. Estos autores fueron los primeros en formular el concepto de valor esperado.⁷⁶ Usaron ese concepto para determinar daños por incumplimiento contractual.⁷⁷ Lo usaron para determinar una apuesta justa: Las ganancias y pérdidas potenciales de un apostador, descontadas por la probabilidad de que ocurran, son iguales a las del otro. Según el historiador de las matemáticas James Franklin, esa formulación marcó un hito en el desarrollo de la teoría de la probabilidad.⁷⁸

Los escolásticos tardíos identificaron el precio justo de un objeto con

⁷⁵ Ver abajo notas 77–78.

⁷⁶ Ver abajo notas 77–78.

⁷⁷ Ver MOLINA, citado en nota 40, disp. 736.

⁷⁸ Ver JAMES FRANKLIN, *THE SCIENCE OF CONJECTURE: EVIDENCE AND PROBABILITY BEFORE PASCAL* 286–88 (2001) (citando a Soto y Lessius hablando de apuestas y seguros).

su precio de mercado.⁷⁹ Sabían que ese precio variaba de un día a otro y de una región a otra. Creían que debía hacerlo para responder a los factores que llamaron necesidad, escasez y costo.⁸⁰ Esos factores son como los que los economistas modernos toman en cuenta al trazar curvas de oferta y demanda. Pero a diferencia de los economistas modernos, los escolásticos tardíos no entendían a la oferta y la demanda como proyecciones distintas que se cruzan para determinar el precio de mercado.⁸¹ Más bien creían que el precio de mercado estaba determinado por el juicio común, *communis aestimatio*, de quienes comerciaban en el mercado, el precio que con mayor precisión refleja la necesidad, la escasez y el costo.⁸²

Consideraban el riesgo de que el precio de mercado cambie como un riesgo inherente al ser dueño de algo, tal como el riesgo de que esa cosa se destruya. Es un riesgo que asumen las partes cuando intercambian. Una parte que pierde si los precios caen, habría ganado si los precios hubieran subido. Como decía Soto, un comerciante debe soportar sus pérdidas si “la mala suerte lo golpea, por ejemplo, por una abundancia inesperada de bienes”, y podrá vender por más si “la fortuna le sonrío y luego hay una escasez inesperada, . . . [p]orque, como el negocio de comprar y vender está sujeto a eventos fortuitos de muchos tipos, los comerciantes deben asumir riesgos a sus propias expensas y, por otro lado, pueden esperar la buena suerte”.⁸³ De manera

⁷⁹ Ver PHILOSOPHICAL ORIGINS, citado en nota 22, pp 94–97.

⁸⁰ Ver DOMENICUS SOTO, DE IUSTITIA ET IURE LIBRI DECEM lib. 6, q. 2, a. 3 (1553); MOLINA, citado en nota 40, disp. 348; LESSIUS, citado en nota 41, lib. 2, cap. 21, dub. 4. La misma opinión era sostenida por los miembros de la escuela nórdica del derecho natural. Por ejemplo, GROTIUS, citado en nota 43, II.xii.14; PUFENDORF, citado en nota 43, V.i.6.

⁸¹ Ver ODD LANGHOLM, PRICE AND VALUE IN THE ARISTOTELIAN TRADITION 116 (1979).

⁸² Ver SOTO, cita en nota 80, lib. 6, q. 2, a. 3; MOLINA, cita en nota 40, disp. 348; LESSIUS, cita en nota 41, lib. 2, cap. 2, dub. 2. Para los jurista de la escuela nórdica del derecho natural, ver GROTIUS, cita en nota 43, II.xii.14, II.xii.23 (diciendo que los precios están determinados “teniendo en cuenta” estos factores y explicando que la frase *communis aestimatio* describe cómo se le pone precio al riesgo en un contrato de seguros); PUFENDORF, citado en nota 43, V.i.8.

⁸³ SOTO, citado en nota 80, lib. 6 q. 2 a. 3.

similar, Lessius notaba, “[É]sta es la condición de los comerciantes, que así como pueden ganar si reciben bienes a un pequeño costo, pierden si el gasto fue desproporcionado o extraordinario”⁸⁴. Un contratante que no está dispuesto a soportar las pérdidas sufridas porque el precio de mercado ha caído es como un adquirente que quiere revocar la compra-venta porque la propiedad ha sido destruida. Asumió un riesgo, y está tratando de evadir sus consecuencias.

El riesgo de que más adelante los precios vayan a cambiar es, entonces, uno que las partes deben asumir, si los precios van a fluctuar para reflejar la necesidad, la escasez y el costo. Puesto que el riesgo se refleja en el precio, ninguna de las partes se vuelve más rica o más pobre en el momento de la transacción. En contraste, una parte se enriquece a expensas de la otra si se aprovecha de lo que Lessius llamó la ignorancia de esa parte, o la necesidad de cobrar más que el precio de mercado.⁸⁵ Cobrar un precio alto por un rescate es un ejemplo de cómo aprovechar esa necesidad. Vender por encima o por debajo del precio de mercado a alguien que no conoce el precio es un ejemplo de cómo aprovecharse de su ignorancia.

El derecho romano, interpretado por los juristas medievales, otorgaba un remedio por lo que se llamaba *laesio enormis*, una desviación de más de la mitad del precio justo, que los juristas medievales, como los escolásticos tardíos, identificaban con el precio de mercado. La razón de la acción, explicaron los escolásticos tardíos, era que ese precio violaba gravemente el principio de la igualdad en el cambio.⁸⁶ Las acciones se concedían sólo por

⁸⁴ LESSIUS, citado en nota 41, lib. 2, cap. 21, dub. 4.

⁸⁵ Ver idem.

⁸⁶ Ver, por ejemplo, GLOSSA ORDINARIA al CORPUS IURIS CIVILIS C 4.44.2 a auctoritate iudicis (Venice, 1581).

violaciones graves, por razones pragmáticas relacionadas con la estabilidad del comercio.⁸⁷

Las otras cláusulas de un contrato eran justas en tanto y en cuanto preservaran la igualdad. Un ejemplo era la garantía del vendedor de que los bienes estaban libres de defectos. El vendedor podía renunciar a la garantía, pero sólo si le cobraba al comprador un precio más bajo para compensarlo por asumir ese riesgo.⁸⁸

Continúa en próximo número

⁸⁷ Ver SOTO, citado en nota 80, lib. 6, q. 2, a. 3; MOLINA, citado en nota 40, disp. 348; LESSIUS, citado en nota 41, lib. 2, cap. 21, dub. 2.

⁸⁸ Ver MOLINA, citado en nota 40, V, disp. 353.