

EL CONTRATO COMO JUSTICIA CONMUTATIVA VOLUNTARIA. PARTE II

THE CONTRACT AS VOLUNTARY COMMUTATIVE JUSTICE. PART II*

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.

Keywords: Contract law theory – commutative justice – Aristotelian tradition

* Traducción de Javier Habib (Universidad de San Pablo-Tucumán)

** 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.

Recibido 20 de octubre 2021

Aceptado 13 de diciembre 2021

II. La Justicia en los Contratos de Cambio

Esta parte trata sobre la justicia del precio y sobre la justicia de los términos auxiliares. Luego pasa a tratar acerca de cómo estas preocupaciones sobre la justicia se reflejan o deberían reflejarse en las doctrinas [instituciones] del common law.

A. La Justicia del Precio

Los economistas modernos explican a los contratos en términos de eficiencia, no justicia. No obstante, las herramientas de la economía moderna pueden ser usadas para hacer más precisa a la idea aristotélica del precio justo. Como hemos visto, los autores de la tradición aristotélica identificaron al precio justo con el precio de mercado. Pensaban que un intercambio al precio de mercado no haría a ningún contratante ni más pobre ni más rico, al tiempo en que celebraron el contrato. El riesgo de que el precio fuera a cambiar a partir del momento de la celebración, y que consecuentemente una de las partes fuera más rica o más pobre, era uno que las partes habían asumido, ya que los precios debían fluctuar para reflejar los factores que llamaron necesidad, escasez y costo.

Los economistas modernos explican más claramente por qué los precios deben fluctuar para reflejar lo que llaman oferta y demanda. Si los precios estuvieran congelados, la oferta de un bien o servicio ya no sería igual a la demanda. A un precio inferior al que fijaría el mercado, los bienes y servicios no llegarán a quienes estén dispuestos a pagar más por ellos. Irán a quien esté primero en una fila de posibles compradores o tenga amigos que puedan asegurarse de que los obtenga. A un precio más alto, los bienes y servicios no se venderán. Por lo tanto, una función de un mercado competitivo es racionar los precios de los bienes y servicios. Van a quien pague más por ellos. Otra función es la de canalizar recursos hacia la producción de los bienes cuyo precio está subiendo, y apartar recursos de la producción de bienes cuyo precio está bajando. Para realizar esas funciones, los precios de mercado deben cambiar. Los

economistas, entonces, han dado una explicación más clara de por qué cada contratante debe asumir el riesgo de perder por haber contratado, en lugar de haber esperado contratar.

Al asumir ese riesgo, cada parte está haciendo una apuesta de ganar o perder: una parte estará mejor habiendo contratado si el precio de mercado se mueve en una dirección, y peor si se mueve en otra. Esa apuesta, sin embargo, no es como las que hacen los jugadores en un casino. Estos están creando un riesgo de que una persona vaya a ganar o perder que solo existe por las reglas del juego que están jugando. No están asignando un riesgo, como el riesgo de que cambie el precio de mercado, que debe ser asumido por alguien. Como dicen los economistas, la mayoría de la gente es reacia al riesgo. Las personas con aversión al riesgo no suelen apostar. Pero si reparten entre ellas los riesgos contractuales que deben asumir.

Para los autores de la tradición aristotélica, un intercambio a precio de mercado es como una apuesta justa. No hace a las partes contratantes ni más ricas ni más pobres en el momento en que contratan porque, aunque el precio de mercado pueda llegar a caer luego del contrato, podría así también subir.⁸⁹ Los economistas modernos han dado una explicación más clara del porqué. Suponga que personas con un conocimiento superior del mercado pudieran saber si el precio de mercado actual es demasiado bajo, y que aumentará en el futuro. Si hubiera un número suficiente de tales personas, y esas personas tuvieran el dinero suficiente, el precio de mercado se corregirá constantemente a medida que compitan entre ellos. No puede permanecer por mucho tiempo por encima o por debajo del nivel en el que es tan probable que suba como que baje.

Eso, al menos, es lo que los economistas llaman la “hipótesis del mercado eficiente”.⁹⁰ Se puede hacer una analogía con los jugadores de un juego de dardos. El mejor jugador del mundo no podría superar el promedio de mil jugadores mediocres si a los mil se les diera una sola puntuación calculada tomando la distancia promedio desde la

⁸⁹ Ver supra p. 743, para. 1.

⁹⁰ Eugene F. Fama fue el primero en proponer la hipótesis. Ver Eugene F. Fama, *The Behavior of Stock-Market Prices*, 38 J. BUS. 34, 94 (1965); ver también, en general, Paul A. Samuelson, *Proof That Properly Anticipated Prices Fluctuate Randomly*, 6 INDUS. MGMT. REV. 41 (1965).

diana. Por ejemplo, un error de un jugador un pie hacia la izquierda y un error de otro jugador un pie hacia la derecha se cuentan como dos dianas. De manera similar, entre los compradores y vendedores que intentan predecir cómo cambiará el precio de mercado, algunos adivinarán alto, y otros adivinarán bajo, pero el promedio de sus predicciones debería estar en el correcto.

Vemos entonces por qué, cuando las partes contratan en mercados competitivos, sus contratos deben ser obligatorios. Al celebrar un contrato, las partes asignan el riesgo de que los precios vayan a cambiar en el futuro. En ese momento, ninguna de las partes se enriqueció a expensas de la otra, o, dicho de otra manera, cada parte fue compensada por el riesgo que asumió. Permitir que una de las partes reniegue de un riesgo por el que ha sido compensada al haberlo asumido sería injusto. Las herramientas de la economía moderna nos permiten ver más claramente por qué eso sería injusto.

De hecho, cuando reconocemos por qué el precio de mercado es normalmente justo, podemos ver por qué, en la gran mayoría de los casos, el Derecho ejecuta un contrato de intercambio sin ningún examen especial de si es justo. Es posible que ninguna de las partes haya pensado sobre la justicia del trato pero, aunque cada persona “busque sólo su propio beneficio”, para citar a Adam Smith, “lo hace ... dirigida por una mano invisible que promueve un fin que no era parte de su intención”, en este caso, contratar a un precio justo para la otra parte.⁹¹

Sin embargo, puede darse que una de las partes esté en mejores condiciones que la otra para predecir la dirección que el mercado pueda tomar y, todavía, será justo hacer cumplir el contrato. Una posibilidad es que una de las partes tenga información que otras que operan en el mercado no tienen. Aún según la hipótesis del mercado eficiente, esa parte estará en mejores condiciones de hacer la predicción. Hay dos razones por las este contrato celebrado a precio de mercado, en el que es más probable que una de las partes gane y no que pierda, deba ser considerado válido.

⁹¹ Ver ADAM SMITH, THE WEALTH OF NATIONS lib. IV, cap. ii (1776).

Primero, si la parte contratante gastó tiempo o dinero en adquirir información, el contratante hizo una apuesta diferente: una apuesta a que valdría la pena el costo de hacerse de la información. Si esa apuesta vale la pena, es justo que se beneficie de ella. Tales esfuerzos permiten que el precio actual del mercado refleje con precisión las posibilidades de que cambie en el futuro. En consecuencia, esos esfuerzos deben ser recompensados.

En *Laidlaw v. Organ*, un contratante se enteró de la firma del Tratado de Ghent, que puso fin a la guerra de 1812, un domingo por la mañana bien temprano.⁹² Poco después del amanecer, llamó al demandado, con quien había estado negociando, y compró 111 cabezales de tabaco. El demandado no conocía el tratado, y había preguntado al demandante si conocía alguna noticia que pudiera afectar el valor del tabaco, pero el demandante permaneció en silencio. La noticia hizo subir el precio del tabaco entre un 30% y un 50%. La Corte Suprema de los Estados Unidos se negó a otorgar un remedio.

Como el abogado del demandante argumentó, no hubo “no hubo elusión o maniobra por parte del comprador, a parte de levantarse temprano en la mañana, y obtener, por una diligencia y un estado de alerta mayor, aquella inteligencia por la cual se regula el precio de la materia parima”.⁹³ Tomás de Aquino, explicando la idea de Aristóteles de la justicia conmutativa, decía que un comerciante que ha descubierto que los bienes pueden comprarse a bajo precio en un lugar y venderse por más en otro, debería recibir la diferencia como un “pago por su trabajo”.⁹⁴

Hay otra razón por la que es justo permitir que una persona con tal información se beneficie de ella. Independientemente de cómo la haya adquirido, él u otra persona se beneficiarían de tener esa información. Exigirle que lo revele a la persona con la que está negociando es simplemente transferirle el beneficio a esa persona, que recibe un precio más favorable que todos los demás, porque estaba comerciando con una persona que tenía esa información. No hay injusticia en permitir que la persona con información

⁹² Ver 15 U.S. 178, 182–83 (1817).

⁹³ Id. p. 193.

⁹⁴ THOMAS AQUINAS, SUMMA THEOLOGIAE II-II, Q. 77 a. 4.

anticipada se quede con el beneficio. Según Santo Tomás de Aquino y los escolásticos tardíos, no es injusto que un comerciante llegue a una ciudad asolada por el hambre con un cargamento de grano para vender al precio de mercado vigente, aunque sepa que hay suficientes barcos en camino para aliviar la hambruna.⁹⁵

Una segunda posibilidad es que la hipótesis del mercado eficiente no sea verdadera. Si no es verdadera, entonces algunas personas, que tienen la información generalmente disponible para otros comerciantes, poseen una habilidad que les permite predecir con mayor precisión si el precio de mercado subirá o bajará. Un intercambio a precio de mercado sigue siendo justo por las mismas dos razones. El contratante que se beneficia ha gastado tiempo y dinero en adquirir la habilidad él mismo, o comprado el consejo de alguien que la ha adquirido. Ha apostado a que el tiempo y el dinero que gastó en adquirir esa habilidad o consejo vale la pena. Si gana la apuesta, debería poder beneficiarse. Los esfuerzos de los comerciantes calificados harán que el precio de mercado actual refleje con mayor precisión los riesgos de que suba o baje en el futuro. Además, como antes, sería absurdo exigirle que compre o venda a un precio menos favorable que otros. El beneficio de la habilidad iría entonces a la persona con la que por caso comercie.

Otra posibilidad es que no exista un precio de mercado definido y fácilmente determinable debido a que el producto comercializado no es fungible sino único. Un ejemplo es el mercado de la vivienda. Una casa no puede ser mostrada a todos los posibles compradores a la vez, ni un comprador puede ver, de una vez, todas las casas que podría desear comprar. El riesgo que cada contratante asume no es simplemente que el mercado de la vivienda suba o baje después del contrato. El riesgo, para el vendedor, es que si hubiera esperado más tiempo podría haber obtenido un precio más alto y, para el comprador, que si hubiera buscado más tiempo podría haber encontrado una casa mejor por el mismo precio, o una casa tan buena por un precio más bajo. El contratante que no espera ni busca más, asume ese riesgo.

⁹⁵ Ver id. en art. 3; SOTO, supra nota 80, en lib. 6, q. 3, art. 2; LESSIUS, supra nota 41, en lib. 2, cap. 21, dub. 5. Ver también WIM DECOCK. LE MARCHÉ DU MÉRITE PENSER LE DROIT ET L'ÉCONOMIE AVEC LÉONARD LESSIUS 88–89 (2019) (hablando de Vitoria, Molina y Lessius).

Si ambos contratantes estuvieran igualmente informados sobre el riesgo de comprometerse en lugar de esperar, su contrato aún sería justo de la misma manera en que una apuesta justa lo es. Sin embargo, por las razones que acabamos de comentar, el contrato puede ser justo aún si los contratantes no están igualmente informados. Cuando una parte no busca más información acerca de las posibilidades de obtener una oferta mejor, la misma corre el riesgo adicional de que la información no valga el costo de buscarla. Si busca más información, está apostando a que vale la pena el costo. Si su apuesta vale la pena, nuevamente, es justo que se beneficie de ella. De hecho, es a través de este proceso que los precios de los bienes únicos se ajustan a la oferta y a la demanda.

Lessius decía que las dos circunstancias en las que un precio podría ser injusto son cuando el contrato se hizo por necesidad o por ignorancia.⁹⁶ De hecho, si una parte contrata a un precio menor al precio de mercado, la razón debe ser: que no puede utilizar el mercado, o que no sabe cuál es el precio de mercado.

En casos de necesidad, un contratante no recibe el precio de mercado porque es incapaz de usar el mercado. Un ejemplo es la hipótesis de Posner del rescate en el mar, en la que el rescatador cobró “un precio igual al 99 por ciento del valor del barco y su carga”.⁹⁷ Otro ejemplo es el caso de Eisenberg en el que un rescatista encontró a un viajero varado en el desierto sin comida ni agua y le cobró una fortuna para que lo llevara a la ciudad más cercana.⁹⁸

En estos casos, si se permitiera que el rescatador obtenga el beneficio, no sería porque las partes se repartieron un riesgo entre ellas, y él ganó. No sería debido a que gastó más tiempo o dinero adquiriendo información que le permitiera obtener ganancias; información, por ejemplo, acerca de dónde podría encontrar una persona que necesite un

⁹⁶ Ver LESSIUS, supra nota 41, en lib. 2, cap. 21, dub. 4. Los teóricos que no reconocen que el precio de mercado sea justo no tienen un estándar para determinar cuándo una parte ha ido demasiado lejos al explotar las vulnerabilidades de la otra. A falta de ese estándar, Dagan y Dorfman argumentan que, en principio, las partes contratantes no están obligadas a tener en cuenta las vulnerabilidades de las demás. Ver DAGAN & DORFMAN, supra nota 59, p. 46.

⁹⁷ POSNER, supra nota 72, p. 118.

⁹⁸ Ver The Bargain Principle, supra nota 70, p. 755.

rescate. De hecho, el riesgo en cuestión no es uno, como el riesgo de que el precio de mercado cambie, que debe ser asumido por una u otra parte. El alto precio de un rescate, a diferencia del alto precio de mercado, no raciona bienes o servicios a quienes están dispuestos a pagar más por ellos, ni aumenta la oferta de rescatistas que buscan personas que necesitan ser rescatadas. De hecho, si cada barco, o cada viajero en el desierto, tuviera la misma probabilidad de hundirse o morir sin ayuda de otro, y pudieran negociar por adelantado, cada uno estaría de acuerdo en no aprovecharse de la necesidad del otro para obtener un precio alto. De otra manera estarían apostando por un evento fortuito, y las personas con aversión al riesgo no apuestan.

La otra razón por la cual una persona contrataría a un precio menos favorable que el precio de mercado es que la misma no conozca el precio de mercado al momento de contratar. En tales casos, los Tribunales de Equidad otorgaron alivio por vicio de la voluntad [unconscionability] incluso antes de que la doctrina fuera reconocida por el Uniform Commercial Code y el Second Restatement of Contracts. Un tribunal de Kentucky lo hizo en 1892 en *Wollums v. Horsley*. Un hombre de sesenta y cuatro años, discapacitado, que vivía en una granja de montaña aislada de 200 acres, y que no tenía contacto con el mundo, vendió los derechos mineros de su tierra a un sofisticado hombre de negocios que estaba comprando derechos mineros sobre miles de acres en la localidad. Los derechos mineros valían entonces más de treinta veces el precio a pagar.⁹⁹ Los vendedores en general conocían el precio de mercado, pero no el anciano.

En *Wollums*, el vendedor desconocía el precio de mercado de su tierra. Según la doctrina del vicio de la voluntad [unconscionability], los tribunales dan remedios legales a compradores que no conocían el precio de los bienes que compraron a un vendedor

⁹⁹ Ver *Wollums v. Horsley*, 20 S.W. 781, 781–82 (Ky. 1892). De manera similar, un Tribunal de Equidad se negó a hacer cumplir una permuta de tierra en Michigan valuada en \$ 15,000, sin estar sujeta a hipoteca, por una parcela de tierra en Florida valuada en \$ 25,000 y sujeta a una hipoteca de \$ 25,000. El propietario de la parcela de Michigan no había escuchado que el “Gran Boom (de Florida)” se había derrumbado y creía que la parcela de Florida valía \$ 40.000. Ver *Johnston Realty & Inv. Co. contra Grosvenor*, 217 N.W. 20, 21 (Michigan, 1928).

puerta-a-puerta, por varias veces el precio de mercado.¹⁰⁰

En tales casos, el precio del contrato no fue una apuesta justa respecto a cuál será el precio de mercado. No son casos en los que un contratante era capaz de cobrar más por estar explotando su conocimiento o habilidad de predecir precios de mercado, cuya adquisición le costó tiempo o dinero. No son ventas de un producto único en el que cada parte sabía que podría recibir una oferta mejor si esperaba. La parte favorecida fue capaz de cobrar un precio alto porque conoció a alguien que no conocía el precio de mercado y, de hecho, en estos casos, buscó a esa persona. El precio que cobró no fue justo. No reflejaba ningún gasto de tiempo o dinero por el que la parte favorecida debería ser recompensada, ni un riesgo que la parte desfavorecida haya asumido y por el cuál fue compensada.

En todos estos casos, había una razón por la que la parte desfavorecida no recibió el precio de mercado. En casos de necesidad, no había otra parte con la que podía contratar. En casos de ignorancia, había alguna razón por la que no sabía el precio de mercado. En *Wollums*, el hombre era anciano, incapaz, solitario, y estaba viviendo en una finca de montaña aislada. En los casos de las ventas puerta-a-puerta, el vendedor hizo su acercamiento a la casa del comprador, lo que dificultó el cotejo de precios y, para algunas personas, decirle al vendedor que se fuera. Algunos estudiosos usan el termino “vicios de la voluntad procedural” [procedural unconscionability] para describir dificultades como estas. Piensan que tanto el vicio de la voluntad procedural como el vicio de la voluntad substantivo son necesarios para que los tribunales den remedios. Discutiremos esta tesis luego, cuando consideremos la doctrina del vicio de la voluntad [unconscionability].¹⁰¹ Todo lo que necesitamos notar aquí es que el mal remediado es la injusticia substantiva: el no recibir el precio de mercado. Si el anciano en *Wollums* hubiera cobrado el precio de

¹⁰⁰ Ver *Jones v. Star Credit Corp.*, 298 N.Y.S.2d 264, 266–67 (Sup. Ct. 1969); *Frostifresh Corp. v. Reynoso*, 274 N.Y.S.2d 757, 759 (Sup. Ct. 1966), *rev'd on other grounds*, 281 N.Y.S.2d 964 (App. Div. 1967); *Toker v. Westerman*, 274 A.2d 78, 81 (N.J. Dist. Ct. 1970); *Am. Home Improvement, Inc. v. Maclver*, 201 A.2d 886, 889 (N.H. 1964) (discutiendo un ejemplo de precios extravagantes por ventanas y paredes); UNIF. CONSUMER CREDIT CODE § 5.108 cmt. 4 (NAT'L CONF. OF COMM'RS ON UNIF. STATE L. 1974) (“[Una] venta a domicilio de un juego de utensilios de cocina. . . por \$ 375 en un área donde se puede conseguir fácilmente un juego de calidad comparable. . . por \$ 125 o menos”).

¹⁰¹ Ver infra Subsección II.C.1.

mercado por su tierra, o los clientes pagado el verdadero precio justo en la venta puerta a puerta, no habría habido un daño que las cortes deban reparar.

B. La Justicia de los Términos Auxiliares

Los términos de prestación de un contrato especifican lo que cada parte debe dar y recibir. En una compraventa, son la cosa y el precio. Algunos términos auxiliares distribuyen los riesgos y las cargas del intercambio especificado por los términos de prestación. Otros términos auxiliares especifican el procedimiento a través del cual los derechos de las partes deben ser determinados. Los economistas no hablan de justicia pero, de nuevo, sus explicaciones de los cambios nos ayudan a entender cuándo ambos tipos de términos auxiliares son justos.

1. Términos Auxiliares que Distribuyen Riesgos y Cargas

Según los autores de la tradición aristotélica, estos términos mantienen la igualdad. Si el vendedor no garantiza sus productos contra defectos, el comprador desprevenido pagará un precio razonable por un producto defectuoso. El vendedor puede renunciar a la garantía, pero solo si reduce el precio para reflejar el riesgo de que la mercancía sea defectuosa.¹⁰² Un intercambio es injusto si impone un riesgo a un contratante por el que no es compensado.

De nuevo, las herramientas de la economía pueden dar mayor precisión a esta respuesta. Los economistas explican que, si bien los contratantes no desean apostar, sí desean asignar riesgos que deben recaer en una u otra parte. Los economistas describen a la mayoría de los contratantes como “adversos al riesgo”. Un contratante adverso al riesgo no apostará \$100 a que una moneda saldrá cara a menos que gane más de \$ 100 si sale cruz. Por lo tanto, una persona adversa al riesgo no celebrará un contrato como el de lanzamiento de moneda, que crea un riesgo que sin el contrato no existiría. Más bien, asignarán los riesgos que una u otra parte tiene que asumir, colocándolos en la parte que pueda asumirlos al menor costo, y ajustarán el precio del contrato para compensarla por

¹⁰² Ver MOLINA, supra nota 40, en disp. 353.

hacerlo.¹⁰³

Lo harán, según Posner, siempre que el vendedor no tenga un monopolio.¹⁰⁴ En realidad, no debería importar si el vendedor tiene un monopolio, siempre que ambas partes conozcan el costo de asumir un cierto riesgo. Suponga que el vendedor estaría dispuesto a asumir un riesgo de \$100, y que el comprador no estaría dispuesto a asumirlo por menos de \$500. Si el vendedor es un monopolista, podrá forzar al comprador a pagar más que el precio del producto en un mercado competitivo. Todavía, la responsabilidad del vendedor por el riesgo de los vicios ocultos es como cualquier otro accesorio que se pueda vender con el producto. Si el vendedor fuera el único productor de automóviles del mundo, cobraría un precio alto por ellos. Y todavía estaría dispuesto a colocar butacas de cuero si los compradores estuvieran dispuestos a pagar una cantidad adicional que supere el costo de colocarlas. De manera similar, el vendedor asumirá un cierto riesgo si los compradores están dispuestos a pagar una suma mayor al costo que le insuma hacerlo.

Por lo tanto, si los contratantes ven claramente el costo de un riesgo impuesto por un término de su contrato, los términos serán justos de la misma manera en que lo son en una apuesta justa. Un contratante podrá perder, pero habrá sido compensado por haber tomado el riesgo de que podía perder. Un contrato no es justo si impone un riesgo o carga en un contratante sin haberlo compensado.

Aún cuando el contrato haya impuesto un riesgo en una parte que no puede soportarlo de la manera mas barata, el contrato será económicamente justo, si esa parte fuera compensada por asumir el riesgo. En ese caso, no obstante, la otra parte asumirá el riesgo ella misma, en lugar de compensarlo. Si está claro que los términos del contrato imputan riesgos al contratante que no los puede soportar de la manera más barata, es poco probable que la otra parte lo compense por hacerlo.

Un ejemplo ilustrativo es el conocido caso *Weaver v. American Oil Co.*¹⁰⁵ Un

¹⁰³ Ver POSNER, supra nota 72, p. 116.

¹⁰⁴ Ver id.

¹⁰⁵ Ver 276 N.E.2d 144, 145, 147 (Ind. 1971).

hombre con poca educación alquiló una estación de servicios a una empresa petrolera. El contrato contenía una cláusula que eximía de responsabilidad a la compañía por cualquier daño causado por la negligencia de sus empleados. La cláusula estaba escondida entre muchas otras en un contrato de adhesión, y nadie le había señalado su importancia al locatario. El conductor de uno de los camiones de la compañía negligentemente prendió fuego a la estación y quemó al locatario. En aplicación de la doctrina del vicio de la voluntad [unconscionability], el tribunal se negó a hacer valer la cláusula.

Cuál sea el contratante en mejores condiciones de soportar el riesgo, según la teoría económica, depende de tres factores. En este caso, todos indican que la compañía petrolera podía soportar el riesgo con un costo menor. Un factor es quién pueda estimar la magnitud del riesgo. Un riesgo es menor para el contratante que lo puede estimar mejor debido a más o menos la misma razón por la que el riesgo de jugar al poker es menor para quien pueda echar un vistazo a las cartas de los otros jugadores. Otro factor es quién pueda controlar mejor el riesgo. Si el contratante que lo puede hacer es quien debe soportar el costo cuando el riesgo se materializa, entonces se elimina el otro riesgo de que omita llevar a cabo las precauciones que debería tomar para que el riesgo no se materialice. Un tercer factor es quien pueda distribuir mejor el riesgo en transacciones similares, ya sea comprando un seguro o auto-asegurándose. El riesgo de que una casa se incendie es menor para una compañía de seguros que para un dueño porque puede distribuir ese riesgo entre las muchas casas que asegura. El riesgo de una mala racha es menor para un casino que para un jugador cualquiera.¹⁰⁶

En este caso, la compañía petrolera podía prever mejor la probabilidad de que uno de sus conductores fuera negligente, y podía controlar mejor ese riesgo evaluando a quién contrata. Podía distribuir mejor el riesgo de que sus choferes fueran a causar daño a un locatario entre sus varios locatarios. No obstante, el contrato puso el riesgo en la cabeza del locatario. Entonces es poco probable que la compañía petrolera haya compensado por completo al locatario por asumir el riesgo. Si la compañía petrolera podía soportar el

¹⁰⁶ Respecto al primero y al último de estos factores, ver Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 90-91 (1977). Respecto al segundo, ver GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS* 135 (1970).

riesgo por menos costos que el locatario, lo haría ella misma en lugar de compensar completamente al locatario. Si, por ejemplo, Amoco hubiera estado queriendo soportar el riesgo por \$100 y Weaver por \$500, Amoco no habría alocado el riesgo en Weaver y además bajado su renta por \$500.¹⁰⁷

También es posible que, aunque el contrato haya impuesto un riesgo al contratante que más fácilmente podía soportarlo, el contrato sea injusto debido a que esa parte no haya sido compensada por hacerlo. Un ejemplo puede ser otro caso conocido, *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*¹⁰⁸ Una mujer que recibía asistencia social había hecho una serie de compras en una tienda. El contrato estipulaba que todos los pagos que ella hiciera se aplicarían proporcionalmente a todos los artículos que compró, de modo que ningún artículo se pagaría por completo hasta que todos estuvieran pagados. Cuando incumplió con un pago, la tienda buscó tomar posesión de todo lo que había comprado, aunque ya había pagado una cantidad mayor que el precio de sus compras anteriores.

Posner y Richard Epstein apuntaron que estos términos pueden haber sido establecidos en neto beneficio para los clientes de la tienda.¹⁰⁹ Debido a que la tienda podía recuperar todo lo que un cliente haya alguna vez comprado, la misma corría menos riesgo en vender a estos clientes nuevos artículos a crédito. Entonces podía cobrar precios más bajos, o tasas de interés más bajas. La dificultad con este argumento es que no hay evidencia de que la tienda haya hecho eso por la Sra. Williams. Si hubiera evidencia, la tienda seguro la habría introducido. Lo que se puede decir es que la señora pagó el mismo precio y se le cobró la misma tasa de interés que a un nuevo cliente con la misma calificación crediticia. Por lo tanto, aún cuando el contrato le impuso un riesgo que podía soportar más fácilmente, la tienda no la compensó por soportarlo. Una vez más, el contrato no fue justo de la misma manera en que una apuesta justa lo es.

¹⁰⁷ Ver Weaver, 276 N.E.2d p. 145.

¹⁰⁸ Ver 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965).

¹⁰⁹ Ver POSNER, supra nota 72, p. 117; Richard A. Epstein, Unconscionability: A Critical Reappraisal, 18 U. CHI. J.L. & ECON. 293, 306–08 (1975).

En *Weaver* y en *Williams*, los tribunales destacaron que las partes desfavorecidas eran incapaces de comprender los términos que consintieron. Como se mencionó anteriormente, según algunos académicos, esa incapacidad hizo que el acuerdo estuviera “viciado de manera procedural” [procedurally unconscionable], lo que, en la opinión de estos autores, es un prerrequisito para la acción de reparación. Discutiremos esta tesis más adelante.¹¹⁰ Aquí, un vez más, todo lo que debe ser notado, es que no se habría otorgado remedio alguno, si el término en cuestión, no hubiera sido sustancialmente injusto, a pesar de la incapacidad de las partes para comprender los términos. Hemos visto por qué eso fue así.

2. Términos Auxiliares que Modifican Derechos Procedurales

Algunas veces los términos auxiliares de un contrato especifican el procedimiento por medio del cual los derechos de las partes deben determinarse. Por ejemplo, prevén arbitraje, o como suele suceder con los contratos de trabajo, prevén un procedimiento interno para determinar cuestiones que de otra manera deberían ser resueltas por un juez. Estos términos afectan las cargas de determinar los derechos de las partes, y los riesgos de hacer una determinación imprecisa.

La justicia de estos términos depende de las consideraciones que ya hemos descrito. Son justos si no incrementan las cargas o riesgos que asume una parte comparada con la otra. Un ejemplo podría ser un procedimiento que sea más barato para ambas partes, y que sea más preciso que un litigio. Los términos son también justos si el procedimiento que crean es más cargoso o riesgoso para una de las partes, pero esta parte en desventaja ha sido compensada por la carga.

El procedimiento puede resultar más oneroso para una de las partes, aunque aumente el costo de determinar sus derechos para ambas partes, en la misma cantidad. Una de las partes quizás tenga más dificultades para acceder a los recursos financieros

¹¹⁰ Ver infra II.C.2.c. y II.C.3.a.

que son necesarios para soportar el aumento de costos. La otra parte puede entonces forzarla a aceptar un acuerdo injusto para evitar los costos.

El procedimiento puede ser más riesgoso para una de las partes, aún cuando disminuya su precisión de una manera imparcial, de modo que cualquiera de las partes tenga la misma probabilidad de vencer, a que si el caso fuera resuelto por los tribunales. Como se mencionó anteriormente, una parte puede asumir mejor un riesgo si lo enfrenta muchas veces en transacciones similares. Una parte que participa con frecuencia en disputas similares puede preferir un procedimiento menos costoso pero menos preciso porque sus victorias y derrotas se promediarán. El riesgo de inexactitud pesará más sobre una parte que pueda sufrir mucho si pierde y que nunca se verá envuelta en una disputa similar.

El procedimiento proporcionado por un término auxiliar siempre será injusto si es más caro y no aumenta precisión, o menos preciso pero sin disminución de costos. La única razón por la que una parte insertaría un término auxiliar en un contrato que previera tal procedimiento es que la carga del costo mayor o el riesgo de una precisión disminuida pesarán más levemente sobre él que por sobre la otra parte, debido a las razones que se acaban de describir. El propósito de tal término será inducir a la otra parte a acordar para evitar el aumento de costos o evitar el riesgo de perder. Compensar a la otra parte de manera justa por asumir esa carga y ese riesgo frustraría el propósito mismo de imponérselo. Se puede asumir con seguridad que no recibió una compensación justa.

Otra posibilidad es que el procedimiento no solo sea menos preciso sino que además esté sesgado, de modo que una parte tenga más probabilidades de ganar, y la otra de perder, a que si un tribunal determinara sus derechos. Aquí, nuevamente, uno puede asumir con seguridad que la parte desfavorecida no fue compensada justamente por exponerse al riesgo de un procedimiento sesgado en su contra. Hacerlo frustraría el propósito de insertar un término que prevea un procedimiento sesgado.

C. Reevaluando la Doctrina del Common Law

Esta sección ilustra cómo estas cuestiones sobre la justicia aparecen reflejadas en las doctrinas de la unconscionability [vicios de la voluntad así como lesión subjetiva/objetiva], consideration [causa] e impracticability [imposibilidad sobrevenida así como teoría de la imprevisión].

1. La Doctrina de la Unconscionability

En el siglo XVIII, los Tribunales de Equidad se negaban a hacer cumplir los contratos que consideraban “inconcebibles” [unconscionable].¹¹¹ El siglo XIX fue la era de las teorías de la voluntad. Se consideró que la voluntad de las partes era la fuente de todas sus obligaciones contractuales. Un reclamo por injusticia dejaría de lado a la voluntad expresa de las partes. Sería de esperar, entonces, que los tribunales dejaran de otorgar acciones contra los acuerdos “inconcebibles”. Sin embargo, como A.W.B. Simpson lo puso de relieve, los tribunales continuaron dando acciones, pero la razón fundamental cambió. Los tribunales alegaban que se negaban a hacer cumplir un contrato “inconcebible”, no porque los términos fueran injustos, sino “porque la dureza de los términos era evidencia de fraude, no una base independiente de reparación...”¹¹²

Algunos autores contemporáneos, por el contrario, afirman que estos tribunales hacían lo que decían. Argumentan que los contratos “vagamente condenados como inconcebibles exhibían casi invariablemente alguna especie de fraude, error, incapacidad o falta de causa”.¹¹³ Sin embargo, como el autor principal de este artículo lo ha demostrado en otra obra, si uno lee los casos del siglo XIX y principios del XX, es difícil encontrar alguno en el que la parte que obtuvo la reparación alegara que la otra parte le había mentado.¹¹⁴ Las cortes otorgaban remedios porque los términos eran injustos mientras negaban que lo estaban haciendo.

¹¹¹ Ver PHILOSOPHICAL ORIGINS, *supra* nota 22, p. 147–51.

¹¹² Simpson, *supra* nota 6, p.269.

¹¹³ HOWARD J. ALPERIN & ROLAND F. CHASE, CONSUMER LAW: SALES PRACTICES AND CREDIT REGULATION 245 (1986); Note, Unconscionable Contracts: The Uniform Commercial Code, 45 IOWA L. REV. 843, 846 (1960).

¹¹⁴ Ver Equality in Exchange, *supra* nota 24, p. 1650–55.

En 1952, el §2-302 del Uniform Commercial Code permitió la defensa por unconscionability tanto en Tribunales de Derecho como en Tribunales de Equidad.¹¹⁵ En 1981, se adoptó una disposición equivalente en el §208 del Second Restatement of Contracts.¹¹⁶ Aunque la mayoría de los académicos han aceptado la doctrina de la unconscionability, estos no han dejado atrás a las teorías de la voluntad. Más bien las han modernizado.

Algunos autores han seguido el mismo camino que los Tribunales de Equidad del siglo XIX. Sugieren que la doctrina de la unconscionability no permite a los tribunales decidir cuándo un contrato es sustancialmente injusto o, al menos, que no debería permitirlo. La cuestión no radica en la injusticia de los términos, sino en el proceso mediante el cual se formó un contrato. Según Epstein, la doctrina de la unconscionability “debería utilizarse únicamente. . . para vigilar el proceso mediante el cual se forman los contratos”.¹¹⁷

En un sentido similar, Stephen Smith observó, acertadamente, que cuando se otorgan remedios, suele estar presente lo que él llama “asimetría cognitiva” entre las partes. Una de las partes tenía “poca educación, poca inteligencia, falta de conocimiento [o] falta de independencia”. O, “el contrato era difícil de entender, estaba en letra pequeña o trataba acerca de probabilidades que eran difícil de estimar”.¹¹⁸ Smith concluye, incorrectamente, que no se otorga reparación por una injusticia sustancial. Es cierto que es más probable que los contratos sean sustancialmente injustos cuando hay asimetría cognitiva. Según Smith, sin embargo, los casos de “asimetría cognitiva. . . son casos. . . en los que los tribunales tienen buenas razones para preocuparse por el fraude, la intimidación, la violencia o una simple falta de acuerdo, pero que en ellos carecen de evidencia directa del defecto”.¹¹⁹ El fraude, la violencia y la intimidación son razones independientes para invalidar un contrato. Pero no son casos de mera “asimetría cognitiva”. Son casos en los que una de las partes mintió a la otra, amenazó a la otra o

¹¹⁵ U.C.C. § 2-302 (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM’N 1952).

¹¹⁶ Restatement (Second) of Confs. § 208 (Am. L. Inst. 1981).

¹¹⁷ Epstein, *supra* nota 109, p. 294–95, 315.

¹¹⁸ STEPHEN A. SMITH, CONTRACT THEORY 344 (Peter Birks ed., 2004).

¹¹⁹ *Id.* p. 364.

confió en el juicio de la otra parte. Los casos de “simple falta de acuerdo” son casos de error, que discutiremos más adelante. A menudo, la ignorancia de una de las partes sobre la injusticia del acuerdo puede deberse a la falta de educación, inteligencia o conocimiento. Pero en estos casos, el remedio sólo se otorga cuando los términos son económicamente injustos. De lo contrario, un gran número de personas no podrían celebrar contratos vinculantes.

La posición intermedia, adoptada por la mayoría de los académicos, es que, importando la injusticia sustantiva, el contrato debe ser tanto “sustantiva” como “procesalmente” inconcebible para que un tribunal otorgue reparación.¹²⁰ El contrato es sustancialmente inconcebible cuando los términos son injustos. Cualquier tipo de “desventaja en la negociación” puede constituir unconscionability procedural. El Uniform Consumer Credit Code enumera ejemplos como los mencionados por Smith: “incapacidad. . . [para] proteger razonablemente sus intereses a razón de enfermedades físicas o mentales, ignorancia, analfabetismo ”.¹²¹

Ya tuvimos la oportunidad de hablar acerca de la dificultad que implica exigir tanto unconscionability procedural como sustantiva cuando discutimos la teoría de Dagan, que entiende que el derecho debería detectar ambas situaciones para invalidar un contrato.¹²² Como vimos, para Dagan, la procedural unconscionability significa una ausencia de “autodeterminación”¹²³ o de “elección significativa” [meaningful choice].¹²⁴ “[L]a parte más débil sufre de ‘enfermedades físicas o mentales, ignorancia,

¹²⁰ Ver Melissa T. Lonegrass, Finding Room for Fairness in Formalism—the Sliding Scale Approach to Unconscionability, 44 LOY. U. CHI. L.J. 1, 8–12 (2012) (describiendo la consideración de estos dos factores como el “abordaje convencional” y contrastando el “abordaje de escala móvil” en “fuerte evidencia de los dos índices cuando no es ya necesario justificar el remedio”); Ver también RESTATEMENT OF CONSUMER CONTS. § 5 (AM. L. INST., Tentative Draft, Apr. 18, 2019) (“Al determinar que un contrato o un término es inconcebible, un mayor nivel de una [forma de unconscionability puede compensar] un menor grado del otro elemento,” pero “en circunstancias apropiadas, un alto grado de substantive unconscionability es suficiente para concluir que un término contractual estándar. . . es unconscionable.”). Nuestro punto no es solo que la substantive unconscionability es suficiente. El punto es que la procedural unconscionability debería ser relevante sólo como evidencia de substantive unconscionability.

¹²¹ Ver UNIF. CONSUMER CREDIT CODE § 5.108(e) (NAT’L CONF. OF COMM’RS ON UNIF. STATE L. 1974).

¹²² Ver supra p. 739–43.

¹²³ Ver DAGAN & DORFMAN, supra nota 59, p. 47.

¹²⁴ Ver DAGAN & HELLER, supra nota 5, p. 86–87 (las citas internas están omitidas).

analfabetismo o incapacidad para entender el lenguaje del acuerdo”¹²⁵ Los vulnerables son a menudo los “pobres o los débiles, los ingenuos y los irreflexivos”¹²⁶ Pero si los términos no son razonables, ¿por qué importaría que la parte desfavorecida los haya aceptado por ser vulnerable? Si era vulnerable, seguramente no recibiría remedios si los términos fueran razonables. El mal que debe remediarse, entonces, debe ser la poca razonabilidad de los términos. La vulnerabilidad simplemente explica por qué hay quien los acepta.

Si el mal que debe remediarse es la injusticia sustantiva, uno podría preguntarse por qué la falta unconscionability procedural debería importar en absoluto. Una razón—aunque no buena—es la creencia de que las partes que pueden protegerse deben hacerlo o sufrir las consecuencias de no haberlo hecho. Pero, ¿por qué negar remedio a una parte en base al hecho de que habiéndose podido proteger de un contrato injusto no lo hizo?

La única buena razón para denegar acciones en casos en que una de las partes podría haberse protegido es que aparecen dudas respecto de si el contrato es verdaderamente injusto. Si un hombre o mujer de negocios experimentado, familiarizado con la industria y los términos contractuales que se suelen utilizar, negociara un contrato y luego protestara que el precio o los términos eran injustos, pensaríamos que es poco probable que su afirmación sea cierta. La “unconscionability procedural” debería importar, pero solo en base a que es más probable que los términos del contrato sean sustancialmente injustos.

En consecuencia, cuando las cláusulas son claramente injustas, los tribunales deben otorgar acciones de reparación, aún cuando no haya indicios de unconscionability procedural. Es de esperar que estos casos sean raros. Sin embargo, aún antes de que la doctrina de la unconscionability fuera reconocida por el Uniform Commercial Code y el Second Restatement of Contracts, los tribunales de equidad otorgaron reparaciones a pesar de la poca o inexistente evidencia de una unconscionability procedural. Remedio fue otorgado a un médico que había permutado una propiedad valuada en \$ 11.800 por

¹²⁵ Ver DAGAN & DORFMAN, supra nota 59, p. 48 (citando al RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 208 cmt. d (AM. L. INST. 1981)).

¹²⁶ Ver DAGAN & HELLER, supra nota 5, p. 86–87 (las citas internas están omitidas).

una propiedad valuada en \$ 15.000, pero sujeta a una hipoteca de \$ 15.000, que había acordado pagar;¹²⁷ al mecánico de un taller de autos que había adquirido una casa valuada en \$ 12.000 y a los doce días vendido a un maquinista con educación de sexto grado que nunca antes había sido poseedor de propiedad;¹²⁸ cuando un fideicomisario vendió una tierra por una décima parte de su valor;¹²⁹ cuando el dueño de una finca de frutas la dispuso a cambio de una propiedad que valía poco más que su hipoteca, que también asumió;¹³⁰ y cuando el propietario de un piso para cuatro familias lo cambió por un lote baldío que tendría un valor de menos de la mitad del capital que había entregado.¹³¹ Suponga que un comerciante de autos usados le ofrece a un cliente un Mustang 2015 usado, por un precio que es tres veces mayor al fijado por la *Kelley Blue Book* para el automóvil de ese año y modelo. El cliente acepta sin consultar el *Blue Book*, que es una lista de fácil acceso, en la que se estipulan los precios por los que los automóviles son típicamente vendidos. El contrato es económicamente injusto. El cliente fue descuidado, y eso lo sabía el vendedor, pero es difícil entender por qué el vendedor debería poder beneficiarse del descuido del cliente.

2. La Doctrina de la Causa [Consideration]

El common law no examinará la adecuación de la causa. Por lo tanto, un contrato tiene causa incluso si el precio es injusto, aunque hayan acciones bajo la doctrina de la unconscionability.

Sin embargo, como señaló Simpson, los jueces que formularon la regla que dice que la adecuación de la causa es insignificante no estaban enfrentando el problema de qué hacer con los acuerdos injustos.¹³² Estaban decidiendo qué promesas considerar válidas. Tuvieron que establecer un límite a las ejecuciones de promesas a través de acciones por *assumpsit*, y los tribunales ingleses lo impusieron al exigir que la promesa tuviera causa. En un intercambio entre dos partes, ese requisito era evidente. La causa de una promesa

¹²⁷ Ver *State Sec. & Realty Co. v. Shaffer*, 142 N.W. 1058, 1060 (Mich. 1913).

¹²⁸ Ver *Miller v. Coffeen*, 280 S.W.2d 100, 104 (Mo. 1955).

¹²⁹ Ver *Wright v. Wilson*, 10 Tenn. 294, 295 (Ct. Err. & App. 1829).

¹³⁰ Ver *Koch v. Streuter*, 83 N.E. 1072, 1077 (Ill. 1908).

¹³¹ Ver *Linsell v. Halicki*, 215 N.W. 315, 316 (Mich. 1927).

¹³² Ver A.W.B. SIMPSON, *A HISTORY OF THE COMMON LAW OF CONTRACT: THE RISE OF THE ACTION OF ASSUMPSIT* 445–49 (1975).

radicaba en lo que el promitente iba a recibir a cambio. Si estos intercambios hubieran sido las únicas promesas que los jueces hubieran querido hacer cumplir, las reglas sobre la doctrina de la causa se habrían desarrollado de una manera muy diversa. En cambio, decidieron considerar válidas promesas que involucraban a tres partes, o principios de cumplimientos que generan perjuicios [detrimental reliance], así como ciertas convenciones gratuitas, como promesas a yernos y préstamos y comodatos gratuitos.¹³³ Aunque los jueces hayan frecuentemente encontrado causa en estos negocios a través de analogías con los contratos de intercambio, la causa no era como una recompensa, en ningún sentido ordinario de esa palabra. En esos casos, exigir que la causa sea adecuada habría frustrado el propósito mismo que los jueces pretendían alcanzar, que era el de hacer cumplir promesas en las que la contraprestación no era una recompensa. Y así, se terminó diciendo, en las famosas palabras de *Sturlyn v. Albany*, que “cuando una cosa es ... hecha ... siendo nunca muy pequeña, constituye causa suficiente para fundar una acción.”¹³⁴

En *Sturlyn*, el demandante arrendó un fundo a un tercero, quien lo había cedido al demandado. El demandante exigió el alquiler al demandado, quien prometió pagar si el demandante le mostraba una escritura que probara que el alquiler era debido. Los jueces dijeron que la exhibición de la escritura equivalía a la causa del contrato. Como lo nota Simpson, el caso no tiene nada que ver con la validación de contratos desproporcionados.¹³⁵ Como el autor principal de este artículo ha podido de manifiesto en otra obra, la validación de acuerdos desproporcionados fue una consecuencia inusual y ocasional de la regla contra el examen de la adecuación de la causa.¹³⁶ Ni los jueces que desarrollaron la regla, ni los que en el futuro la aplicaron, se enfrentaron al problema de qué hacer con la injusticia económica de los contratos.¹³⁷ Sin embargo, la regla se ha conservado, como lo señala el §79 del Second Restatement of Contracts, “Si el requisito de la causa se cumple, no hay requisito adicional de ... equivalencia entre los valores intercambiados”.

¹³³ Ver id. p. 416–52.

¹³⁴ Ver *Sturlyn v. Albany* (1587) 78 Eng. Rep. 327, 328 (KB).

¹³⁵ Ver SIMPSON, supra nota 132, p. 447.

¹³⁶ Ver, en general, *Equality in Exchange*, supra nota 24.

¹³⁷ Ver id. p. 1595–98.

La consecuencia es que los contratos de intercambio son normalmente válidos, sin que sea necesario examinar si el contrato es justo. Hemos visto por qué esto es como debe ser. El precio al que las partes contratantes intercambian es por lo general justo. Cada parte corre el riesgo de que el precio de mercado cambie, o de que se le ofrezca un precio más favorable si espera un poco más. Los términos serán justos siempre y cuando los riesgos se impongan a la parte que pueda soportarlos con mayor facilidad y que esa parte sea compensada por hacerlo. Los casos en los que el intercambio es injusto son excepcionales, y para tratarlos tenemos la doctrina de la unconscionability.

Sin embargo, la doctrina de la causa se ha utilizado para prevenir injusticias en tres tipos de situaciones. Primero, el caso en que solo una de las partes está legalmente obligada, como en los contratos de opción. En segundo lugar, a una de las partes se le permite comprar o vender una cantidad que desee de una cosa a un precio determinado. En tercer lugar, a una de las partes se le promete más dinero por una prestación que ya estaba obligada a realizar. En las tres situaciones, los tribunales han sostenido que los contratos carecen de causa. La dificultad radica en que la doctrina de la causa es una herramienta tosca en cuanto no permite distinguir los acuerdos que son justos de los que no lo son. En consecuencia, en cada uno de los tres supuestos los tribunales han modificado la doctrina, o establecido excepciones que discriminan entre contratos justos e injustos con mayor precisión. Por lo tanto, no es cierto que, en lo que respecta a la doctrina de la causa, no importe la justicia del intercambio. Más bien, a menos que uno crea que la justicia del intercambio sí importa, uno no podrá comprender la doctrina de la causa.

a. Opciones

En una opción, las partes acuerdan ciertos términos que serán vinculantes sólo si una de las partes así lo decide. Según la doctrina tradicional, una opción carece de causa porque la parte con derecho a elegir no ha renunciado a un derecho legal, ni se ha comprometido a hacerlo.

Una opción puede ser económicamente injusta. Supongamos, por ejemplo, que Arthur promete venderle a Belle su casa por \$ 500,000 en cualquier momento dentro de los próximos cinco años si Belle decide comprarla. La casa ahora vale \$ 300,000. Si su valor supera los \$ 500,000, Belle puede optar por comprar; si se mantiene por debajo de los \$ 500,000, puede optar por no hacerlo. El contrato permite que una de las partes especule a expensas de la otra. Es injusto como una apuesta injusta. Sería injusto permitir que Belle decidiera al final de una noche de póquer si acaso los participantes estaban jugando por dinero.¹³⁸

A veces, sin embargo, la opción puede ser justa y tener un propósito práctico. Suponga, por ejemplo, que Arthur le promete a Belle que puede comprar su casa en cualquier momento de la próxima semana por \$ 500,000. El valor actual de la casa, y la cantidad que Belle estaría dispuesta a pagar en este momento, es \$ 500,000. Sin embargo, Belle no está dispuesta a comprometerse, porque quiere averiguar si puede conseguir el dinero de un prestamista o de su tía rica. Es poco probable que Belle se aproveche de una fluctuación en el precio de mercado de las casas para especular a expensas de Arthur. Además, en tales casos, como señala el Second Restatement of Contracts, “el hecho de que la opción sea un paso preliminar apropiado para la conclusión de una transacción socialmente útil proporciona una base sustancial suficiente para su ejecución”.¹³⁹

La doctrina de la causa no puede discriminar con precisión entre las opciones que son justas y las que no lo son porque no examina a la justicia de manera directa. La respuesta que han dado algunos tribunales y el Second Restatement of Contracts es la de ejecutar las opciones que tengan una causa nominal [nominal consideration].¹⁴⁰ El Second Restatement reconoce que la causa nominal no equivale a una genuina causa. En el caso de una causa genuina, la promesa es hecha, al menos en parte, para inducir al

¹³⁸Las jurisdicciones del Civil law no tienen una doctrina de la consideration. Ver JAMES GORDLEY, THE ENFORCEABILITY OF PROMISES IN EUROPEAN CONTRACT LAW 293 (2001) [de ahora en más ENFORCEABILITY]. Sin embargo, por lo general, se negaran a ejecutar una opción que sea gravemente injusta. Ver id. en p. 279–99.

¹³⁹ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 87 cmt. b (AM. L. INST. 1981).

¹⁴⁰ Ver 1464-Eight, Ltd. v. Joppich, 154 S.W.3d 101, 110 (Tex. 2004) (que adopta la regla del Second Restatement of Contracts § 87(a)). Pero cf. Bd. of Control of E. Mich. Univ. v. Burgess, 206 N.W.2d 256, 257–58 (Mich. Ct. App. 1973) (sosteniendo que una opción de comprar una casa a 60 días, que fue apoyada por una causa nominal, no era ejecutable como una opción).

promisario a entregar un derecho. En el caso de la causa nominal, el promisorio entrega un derecho legal—por ejemplo, \$1—pero la razón no es inducir al promitente a comprometerse sino hacer que su promesa sea legalmente vinculante. Aunque la causa nominal no hará generalmente que el contrato sea válido, el Second Restatement hace una excepción para las opciones que sean justas. Establece que una opción es vinculante si “es en escrito y está firmada por el oferente, y expresa la causa entregada por la oferta, y propone un intercambio en términos justos dentro de un tiempo razonable”.¹⁴¹ Para permitir que la doctrina discrimine entre opciones justas e injustas, el Second Restatement reconoce que es necesario efectuar una evaluación directa de la justicia del cambio.

El problema con la forma de este reconocimiento es que la validez de una opción justa depende de si las partes utilizaron las palabras mágicas. Siempre que un documento escrito de cuenta de una supuesta contraprestación, la opción es vinculante, independientemente de si la supuesta contraprestación se pague o no. Una opción justa no se puede hacer cumplir si el documento establece que “el oferente promete no revocar esta oferta por un período de una semana”, pero sí se puede hacer cumplir si agrega “a cambio de un dólar”. Es más probable que este requisito proteja a quienes tienen menos probabilidades de necesitar protección: las partes que contratan abogados que conocen las palabras mágicas.

La regla de la “oferta firme”, establecida en el Uniform Commercial Code, elimina la necesidad del uso de palabras mágicas. Establece que, entre comerciantes, una opción escrita y firmada de compra o venta a corto plazo que es declarada irrevocable no requiere causa. “[E]n ningún caso tal periodo de irrevocabilidad excederá los tres meses...”.¹⁴² El artículo no requiere que la opción sea hecha en términos justos, pero intenta prevenir la injusticia que por lo general sucede en las opciones a largo plazo. Aunque no mencione a la justicia en los cambios, dice que “[c]ualquier contrato o deber asumido dentro [del Uniform Commercial Code] impone una obligación de buena fe en

¹⁴¹ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 87(1)(a) (AM. L. INST. 1981).

¹⁴² U.C.C. §2-205 (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM’N 1977).

su cumplimiento y ejecución.”¹⁴³

b. Contratos de Suministro

Un contrato puede dejar sin especificar la cantidad de bienes que una de las partes tiene derecho a comprar o vender. En un “contrato a requerimiento” [requirement contract], se trata de la cantidad que una de las partes puede comprar; y en un “contrato a entrega” [output contract], se trata de la cantidad que una parte puede vender.¹⁴⁴ La cuestión acerca de la validez de estos contratos es otro caso en el que la doctrina tradicional de la causa demostró ser una herramienta tosca para prevenir la injusticia económica y, en consecuencia, tuvo que ser modificada.

Según la doctrina tradicional, a estos contratos les falta causa debido a que una de las partes no entrega ningún derecho.¹⁴⁵ El o ella podrá no comprar o vender, o podrá comprar o vender a un tercero. Tal regla ha prevenido que se ejecuten contratos que son severamente injustos. Por ejemplo, en *Wickham & Burton Coal Co. v. Farmers' Lumber Co.*, una de las partes prometió venderle a la otra todo el carbón que ordenara durante un año a \$1.50 la tonelada, a incrementarse a \$1.65.¹⁴⁶ El contrato es injusto porque permite al comprador especular a las expensas del vendedor. Si el precio del mercado del carbón cae bajo el precio contratado, el comprador podrá comprar el carbón en otra parte. Si el precio de mercado sube por sobre el precio contratado, podrá comprar carbón y revenderlo, sacando provecho hasta que la otra parte quiebre. Es injusto en la misma manera en que una tirada de moneda es injusta cuando una parte se obliga a pagar nada si la moneda cae de cara pero cobra un dólar si cae cruz.¹⁴⁷

El problema con la doctrina tradicional es que uno podrá redactar un contrato igualmente injusto, que sí tenga causa. Una de las partes podrá aceptar comprar al menos una tonelada a la otra parte y, al mismo precio, todo el carbón que vaya a ordenar durante

¹⁴³ Id. §1-304.

¹⁴⁴ Ver U.C.C. §2-306 (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM'N 1977).

¹⁴⁵ Ver RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 17 (AM. L. INST. 1981).

¹⁴⁶ Ver 179 N.W. 417, 418–19 (Iowa 1920).

¹⁴⁷ Las jurisdicciones del Civil law no tienen una doctrina de la consideration, aunque siempre van a negarse a ejecutar un contrato a requerimiento que sea gravemente injusto. Ver, ENFORCEABILITY, supra nota 138, en 193–218.

el próximo año. O podrá prometer que si de hecho le compra carbón, no le comprará a ningún otro vendedor. El Uniform Commercial Code resolvió el escollo con una regla que tiene en cuenta a la justicia. Según el §2-306, en un contrato a entrega o a requerimiento, la cantidad a ser entregada u ordenada debe ser “tal entrega o requerimiento que pueda ser considerada como de buena fe, excepto que se trate de cantidades desproporcionadas según algún estimado declarado, o en ausencia de algún estimado declarado, según lo que constituya una normal o previa entrega o requerimiento”.¹⁴⁸

c. Deberes Preexistentes

Según la doctrina tradicional, el cumplimiento de un deber preexistente no puede valer como causa de una promesa. No importa si la promesa fue hecha a una autoridad gubernamental, o a un tercero, o a la otra parte de un contrato.

El abordaje moderno consiste en distinguir estas tres situaciones. En el caso de una promesa hecha a una autoridad gubernamental, el mal a ser corregido es la corrupción. Como el Second Restatement of Contracts observó, “Por lo general, no hay sanciones directas disponibles para un miembro del publico a los efectos de exigir la prestación de un deber, y el peligro de amenazas, explícitas o implícitas, de retener el cumplimiento afecta tanto a intereses públicos como privados.” Tal promesa “es por lo tanto invalida en tanto que está contra de políticas publicas”.¹⁴⁹

En el caso del tercero, rara vez hay un mal que se deba remediar. El Second Restatement concluyó que la promesa debe cumplirse porque “hay menos probabilidad de coerción económica u otras presiones injustas...”. Por lo tanto, “la tendencia del Derecho ha sido simplemente sostener que el cumplimiento del deber contractual puede valer como causa”.¹⁵⁰

El tercer caso se da cuando se hizo una promesa a cambio de una prestación que ha sido ya prometida al promitente. Según el Second Restatement, el propósito de

¹⁴⁸ Ver U.C.C. §2-306 (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM’N 1977).

¹⁴⁹ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 73 cmt. b (AM. L. INST. 1981).

¹⁵⁰ Id. § 73 cmt. d.

negarse a hacer cumplir estas promesas es evitar la injusticia económica. “[Un] promitente sin escrúpulos puede amenazar con incumplir para obtener un bonus.”¹⁵¹ Al contratar, como se describió anteriormente, cada parte ha corrido el riesgo de que los términos del contrato fueran al menos tan buenos como los términos que podría haber logrado en un trato mejor con otra persona. En consecuencia, una parte que pide más que el precio del contrato se comporta injustamente de la misma manera que una persona que incumple una apuesta. Es posible que pueda aprovecharse de la otra parte porque esa parte ya no está en una posición tan buena como para encontrar a alguien que pueda realizar la misma prestación por el mismo precio. En *Lingenfelder v. Wainwright Brewing Co.*, por ejemplo, un constructor demandó un precio mayor para terminar una cervecería.¹⁵² La otra parte no podía contratar otro constructor para completar el trabajo y tener su cervecería terminada en tiempo y forma.¹⁵³

Con todo, la doctrina tradicional es una manera cruda de prevenir la injusticia económica. Como veremos, la modificación de los términos originales puede ser justa porque las circunstancias cambiaron. Consecuentemente, el §89(a) del Second Restatement establece que una promesa que modifica un deber es válida “si la modificación es justa y equitativa en vista a circunstancias imprevistas por las partes al celebrar el contrato”.¹⁵⁴ Un ejemplo es lo resuelto en *Angel v. Murray*.¹⁵⁵ Un colector de basura se había obligado a recoger toda la basura del pueblo por un canon anual fijo. Inesperadamente, un desarrollista construyó un nuevo complejo de casas en el pueblo, aumentando de sobremanera los costos del colector. El tribunal consideró válida la promesa hecha por el gobierno del pueblo de pagarle un monto adicional como compensación por sus extra costos.

3. La Doctrina de la Impracticabilidad

La doctrina de la unconscionability e incluso la doctrina de la consideration se

¹⁵¹ Id. § 73 cmt. c.

¹⁵² Ver 15 S.W. 844, 847 (Mo. 1891).

¹⁵³ Las jurisdicciones del Civil law no tienen una doctrina de la consideration, aunque siempre van a negarse a ejecutar una promesa injusta de pagar más por una prestación de lo que fue originalmente acordado. Ver, por ejemplo, ENFORCEABILITY, supra nota 138, en p. 219–38.

¹⁵⁴ Ver RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 89(a) (AM. L. INST. 1981).

¹⁵⁵ Ver 322 A.2d 630, 632–38 (R.I. 1974).

ocupan de si acaso un intercambio es económicamente justo al momento en que las partes contratan.¹⁵⁶ La doctrina de la impracticabilidad, lo veremos ahora, se ocupa de si acaso un intercambio devino económicamente injusto luego de que las partes contrataran. El criterio para determinar si acaso un intercambio es justo es el mismo: si cada parte fue compensada por los riesgos que el contrato le adjudica. Por tal razón, la doctrina de la impracticabilidad descansa sobre bases diferentes a la doctrina de la frustración del fin del contrato, que, como veremos, se ocupa no de la justicia económica, sino de la intencionalidad del intercambio.¹⁵⁷

El Capítulo 11 del Second Restatement of Contracts trata a las dos doctrinas juntas. Se dice que las dos dan remedio por “cambios imprevistos de circunstancias”. Según el Second Restatement y el Uniform Commercial Code, el remedio por impracticabilidad depende de que la “no ocurrencia” del evento que hizo a la prestación más difícil fuera “una presuposición básica sobre la cual el contrato fue celebrado”.¹⁵⁸ Esa regla no ayuda. No es del todo clara respecto a qué se entiende por “presuposición básica”. Según los Comentarios Oficiales del Second Restatement, las partes debieron haber asumido esa presuposición conscientemente. “Las partes pueden haber tenido esa ‘presuposición básica’, a pesar de no haber sido conscientes de esa alternativa” .¹⁵⁹ Además, un “presupuesto” puede ser fundamental para la decisión de contratar y no ser “básico”. “[L]as condiciones de mercado y la situación financiera de las partes normalmente no son generalmente esas presuposiciones...”.¹⁶⁰ Entonces llegamos a la curiosa regla según la cuál las partes deben haber tenido una presuposición, la hayan asumiendo conscientemente o no, y que el presupuesto debe ser básico, sea de gran importancia para las partes o no. El lector se queda con la impresión de que los redactores del Restatement no estaban seguros de cuál debía ser la regla, pero no se les ocurrió otra mejor.

¹⁵⁶ Ver RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. §§ 71, 208 (AM. L. INST. 1981).

¹⁵⁷ Ver infra Subsección III.B.1.

¹⁵⁸ U.C.C. § 2-615(a) (AM. L. INST. & UNIF. L. COMM’N 1977); RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 261 (AM. L. INST. 1981).

¹⁵⁹ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 152 cmt. b (AM. L. INST. 1981). El artículo 152 trata del error pero, según el Second Restatement, el término “presuposición básica” tiene el mismo sentido en las reglas que gobiernan esa doctrina como en aquellas que gobiernan las del cambio de las circunstancias. Ver id.

¹⁶⁰ Id.

La doctrina de la impracticabilidad otorga remedios en situaciones en las que la prestación se ha hecho más costosa. Puede haberse tornado más costosa porque devino físicamente más difícil, o porque los precios de mercado han cambiado. A seguido analizaremos cada situación.

a. Complicaciones Debido a Dificultades Físicas

En un caso clásico de California, *Mineral Park Land Co. v. Howard*, los defendidos acordaron tomar, del fundo del demandante, toda la grava y tierra que necesitaran para construir un puente.¹⁶¹ Mucha de la misma se encontraba por debajo del agua, y tomarla habría costado diez a doce veces más que el monto normal. El tribunal entendió que los defendidos no estaban obligados.

El resultado fue justo aún cuando otorgar remedio parezca contradecir el mismísimo propósito del tipo de contrato que las partes celebraron. El contrato era a precio fijo y no a costo adicional. En un contrato a precio fijo, una parte acuerda efectuar una prestación por un precio previamente establecido. Si el costo de su prestación es menor al precio establecido, obtiene un beneficio. Si su costo es superior, sufre una pérdida. En un contrato a costo adicional, la parte que tiene que efectuar la prestación recibe el monto de sus costos más un monto adicional, por lo general un porcentaje, como beneficio. Al hacer un tipo de contrato en lugar del otro, las partes asignan el riesgo de que la prestación va ser más cara que lo previsto. Un contrato a precio fijo adjudica el riesgo a la parte que debe la prestación. El contrato a costo adicional adjudica el riesgo a la parte que recibirá la prestación. Siempre que el precio sea ajustado como para reflejar el riesgo, cualquiera de estos tipos contractuales puede ser justo en la manera en que una apuesta justa lo es.

En un contrato a costo adicional, no hay necesidad de una doctrina especial de la impracticabilidad para proteger a la parte cuyos costos se hayan incrementado. No fue dañada y se habrá beneficiado. La doctrina protege a las partes de los contratos a precio fijo. La pregunta es: ¿Cómo puede ser justo dar remedios a una parte de un contrato a precio justo por el hecho de que sus costos fueron imprevistamente altos? Pareciera ser

¹⁶¹ Ver 156 P. 458, 458–60 (Cal. 1916).

que asumió ese riesgo, y que fue compensada por cargarlos.

Podemos ver una respuesta si consideramos por qué las partes celebrarían un contrato a precio fijo, en lugar de un contrato a costo adicional. Cuando el riesgo debe ser soportado por alguna de las partes, las partes van a asignarlo a aquel que pueda soportarlos de manera más barata. Como lo hemos notado anteriormente, hay tres razones por las que una parte estará en mejores condiciones de soportar un riesgo. Primero, estará en mejores condiciones de prever la magnitud del riesgo. Segundo, estará en mejores condiciones de controlar el riesgo. Y tercero, estará en condiciones de dispersar el riesgo sobre transacciones similares. La parte que proporciona un servicio—sea recolectar basura o construir un edificio o transportar bienes—a menudo está en una mejor condición de prever y controlar los costos y, si los costos son inesperadamente altos, de compensar sus pérdidas con sus ganancias en otros trabajos en los que los costos son inesperadamente bajos.¹⁶²

Por lo tanto, la razón para celebrar un contrato a precio fijo no es que la parte que debe efectuar la prestación esta en mejores condiciones de asumir todos los riesgos. Más bien, está en mejores condiciones de asumir ciertos riesgos: aquellos que mejor puede prever, controlar y dispersar entre otros trabajos que haya asumido. Es con justicia, entonces, que el Derecho otorga remedios cuando el riesgo es uno que el deudor no asumió. Como el juez Skelly Wright dijo en *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, para que el remedio sea otorgado, “una contingencia—algo inesperado—debe ocurrir”, y que “el riesgo del inesperado suceso no haya estado asignado ni por acuerdo ni por costumbre.”¹⁶³ “La prueba de que el riesgo de la ocurrencia de una contingencia haya estado asignada puede estar en el acuerdo de manera explícita o implícita”.¹⁶⁴ En *Transatlantic*, una naviera, que se había obligado a precio fijo a llevar un cargo entero de trigo desde Galveston, Texas, a Irán, se vio obligada a navegar alrededor de África a un costo considerablemente mayor debido a que el Canal de Suez había sido cerrado a causa de una crisis política. Mientras que ninguna de las partes pudo haber controlado tal evento, Skelly Wright dijo que la naviera pudo más fácilmente haberlo previsto y

¹⁶² Ver discusión supra Subsección II.B.1.

¹⁶³ 363 F.2d 312, 315 (D.C. Cir. 1966).

¹⁶⁴ Id. p. 316.

asegurándose. Aunque la nacionalización del Canal de Suez “no indicó necesariamente que el Canal se bloquearía”, “[l]as circunstancias sí indicaron ... una voluntad, por parte de Transatlantic, de asumir riesgos anormales”.¹⁶⁵

En todo caso, es más razonable esperar que los propietarios-operadores de embarcaciones se aseguren contra los peligros de la guerra. Están en la mejor posición para calcular el costo de la prestación por rutas alternativas (y por lo tanto para estimar el monto del seguro requerido) e indudablemente son sensibles a los problemas internacionales, que afectan de manera única a la demanda y el costo de sus servicios.¹⁶⁶

b. Complicaciones Debido a un Cambio en el Precio de Mercado

Una prestación puede resultar más costosa, no porque sea físicamente más difícil de realizar, sino porque los precios de mercado han cambiado. Existe un debate actual acerca de si se debe otorgar remedio en esta situación.

Un tribunal estadounidense no lo ha hecho todavía. El Comentario Oficial al Uniform Commercial Code sugiere que los tribunales deberían hacerlo.

El incremento del costo por sí mismo no sirve de excusa para efectuar la prestación, a no ser que la suba de los costos haya ocurrido debido a una contingencia imprevista, que altera la naturaleza esencial de la prestación. No es la suba ni el colapso del mercado en sí mismo una justificación, ya que es exactamente ese tipo de riesgo comercial el que los contratos comerciales hechos a precios fijos buscan cubrir. Pero una grave escasez de materias primas o de suministros, debido a una contingencia como la guerra, un embargo, la pérdida de cultivos locales, el cierre imprevisto de las principales fuentes de suministro, o causas parecidas, que generan un marcado aumento en los costos, o impiden por

¹⁶⁵ Id. p. 318–19.

¹⁶⁶ Id. p. 319.

completo al vendedor hacerse de los suministros necesarios para poder cumplir, están dentro de lo contemplado por este artículo.¹⁶⁷

Según este Comentario, el remedio será otorgado cuando “un marcado aumento en el costo” sea causado por “una grave escasez de ... suministros, debido a una contingencia como la guerra, un embargo, la pérdida de cultivos locales, el cierre imprevisto de las principales fuentes de suministro, o causas parecidas”. Una razón para pensar que el Comentario quiere decir lo que dice consiste en que el redactor fue Karl Llewellyn, que estudió Derecho en Suiza, y estaba completamente familiarizado con el Derecho alemán. Es difícil para alguien familiarizado con el Derecho alemán leer este Comentario sin pensar en los primeros casos en los que el más alto tribunal alemán para asuntos civiles otorgó remedio por cambios imprevistos y severos en el precio de mercado. En un caso, el estallido de la Primera Guerra Mundial hizo que el precio del carbón para caldera se disparara.¹⁶⁸ En otro, el colapso de Alemania en 1918 causó un incremento gigante en el precio del alambre de hierro.¹⁶⁹

Gran parte del debate en los Estados Unidos sobre si se debe otorgar alivio se ha centrado en el caso *Westinghouse*.¹⁷⁰ Westinghouse se había obligado a proporcionar un suministro continuo de uranio a un precio fijo para alimentar generadores nucleares. El precio del uranio se disparó debido a la crisis del petróleo árabe. Las partes resolvieron el caso antes de la apelación.

Como sugiere el propio Comentario al §2-615, no se debe otorgar alivio cuando el cambio en los precios de mercado “es exactamente el tipo de riesgo comercial que los contratos comerciales hechos a precios fijos buscan cubrir”. De ello no se sigue que dicho

¹⁶⁷ Ver U.C.C. § 2-615 cmt. 4 (AM. L. INST. & UNIF. LAW COMM’N 1977).

¹⁶⁸ Ver Reichsgericht [RGZ] [Federal Court of Justice] Sept. 21, 1920, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* [RGZ] 100, 129 (Ger.).

¹⁶⁹ Ver Reichsgericht [RGZ] [Federal Court of Justice] Nov. 29, 1921, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* [RGZ] 103, 177 (Ger.).

¹⁷⁰ Ver en general Paul L. Joskow, *Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case*, 6 J. LEGAL STUD. 119 (1977).

contrato se haga para distribuir cualquier riesgo que surja de un cambio en el precio de mercado.

Cuando una parte vende bienes que ya posee, la misma soporta el riesgo de que el precio de mercado cambie simplemente porque la misma los posee. Cuando vende antes de la entrega, transfiere ese riesgo al comprador. En una venta genérica, sin embargo, el vendedor está obligado a entregar, no bienes específicos, sino cualquier bien que se ajuste a una descripción particular, como alambre de cobre o uranio. Por lo general, el vendedor no posee ni fabrica los bienes que vende. El comprador anticipa que necesitará bienes de cierto tipo en el futuro y se verá perjudicado si su precio aumenta. Como señaló Paul Joskow, el vendedor se asegura a sí mismo contra ese riesgo.¹⁷¹ El contrato es un seguro contra cambios de precio emitido en la forma de contrato de compraventa.

No sigue de lo dicho, como Jaskow pensó, que el vendedor asume el riesgo de una subida del precio, por más drástica que sea. En una póliza de seguros convencional, el monto que el asegurador puede perder no puede ser mayor que la pérdida que el asegurado puede sufrir. Como se dijo anteriormente, si las partes son adversas al riesgo, no hay precio por el seguro adicional que sea aceptable tanto para el dueño como para la compañía de seguros. En una venta de géneros, si el precio de mercado varía de manera suficiente, la diferencia entre el precio de mercado y el precio establecido en el contrato excederá cualquier pérdida que el comprador pueda sufrir y, en consecuencia, excederá cualquier pérdida que hubiera estado dispuesto a asegurar.¹⁷² El recupero del comprador debería estar limitado a lo que, en un contrato normal de seguros, llamaríamos su “interés asegurable”; es decir, el monto de la pérdida que podría haber sufrido si se hubiera visto obligado a comprar los bienes para su propio uso en el mercado. Si el precio subió al punto en que ganaría más revendiendo los bienes en el mercado que usándolos el mismo, no debería recuperar la diferencia.¹⁷³

D. La Tesis de Rakoff

¹⁷¹ Ver id. p. 162.

¹⁷² Ver JAMES GORDLEY, FOUNDATIONS OF PRIVATE LAW: PROPERTY, TORT, CONTRACT, UNJUST ENRICHMENT 350 (2006).

¹⁷³ Ver id. p. 350–51.

En un reciente y bienvenido quiebre con los típicos escritos sobre teoría del contrato, Todd Rakoff criticó los intentos de explicar el Derecho contractual “enteramente en términos de estándares de libertad o de eficiencia”.¹⁷⁴ “De hecho, el Derecho—tanto el Derecho judicial como el Derecho legislado—se preocupa mucho—no exclusivamente, pero mucho—por la justicia de los intercambios, y esta atención afecta tanto a la determinación de las reglas como a la decisión de los casos individuales”.¹⁷⁵ El autor habla de la injusticia económica: “Me refiero a la justicia en su central sentido transaccional en cuanto refiere a los intercambios y transacciones: ¿lo que se da, está en una relación justa con lo que se recibe?”¹⁷⁶ Creemos que el autor tiene razón, aunque, en nuestra opinión, una teoría basada en la justicia no es una alternativa a las teorías basadas en la eficiencia o la autonomía, sino que puede incorporar las introspecciones de estas últimas.

Rakoff cita a Aristóteles, quien “distinguió entre rectificar transacciones de persona a persona—justicia conmutativa—y la división entre todos los miembros de la sociedad de la riqueza o el honor de la sociedad—justicia distributiva”.¹⁷⁷ Según Rakoff estamos “segados en presumir que el Derecho contractual, como Derecho ‘privado’, debería ocuparse solamente con principios conmutativos”.¹⁷⁸ A diferencia de Rakoff, pensamos que el contrato está típicamente ocupado de la justicia conmutativa, no de la justicia distributiva. En la parte V de este artículo, explicamos por qué.

Rakoff también distingue cinco tipos diferentes de justicia económica.¹⁷⁹ Una de ellas es la “justicia conmutativa” o “justicia en el cambio”.¹⁸⁰ Rakoff identificó esta forma con la “concepción de Aristóteles” y agregó que está “muy bien expuesta” en uno de los artículos del autor principal de este trabajo, *Equality in Exchange*.¹⁸¹

En lo que diferimos es en que Rakoff afirma que hay otras cuatro formas de

¹⁷⁴ Todd D. Rakoff, *The Five Justices of Contract Law*, 2016 WIS. L. REV. 733, 734 (2016).

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ *Id.* en 737.

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ Ver *id.* p. 739.

¹⁸⁰ *Id.* p. 737, 739.

¹⁸¹ *Id.* p. 737 n. 24; *Equality in Exchange*, supra nota 24, p. 1588–90.

justicia económica.¹⁸² Cada forma es una “forma distintiva [] de pensar sobre la justicia de los contratos..., que a menudo justifican diferentes resultados. ”¹⁸³ Concluye que, “nosotros abordamos el asunto con ceguera analítica [cuando] [presumimos] que si el Derecho presta atención a la justicia de los intercambios, el único estándar posible de justicia sea la igualdad”.¹⁸⁴

Según Rakoff, la segunda forma es “la justicia como apuesta honesta”.¹⁸⁵ El intercambio es justo de la misma manera que una apuesta lo es, de modo que la parte que asuma un riesgo es compensada por hacerlo.¹⁸⁶ La tercera es la “[j]usticia como el término que encaja”.¹⁸⁷ Esta “busca especificar un término particular” dentro de “la estructura básica de una relación” e “intenta encontrar el término que mejor se adapte a la relación que las partes de otra manera hubieran entablado”.¹⁸⁸ La cuarta es la “[j]usticia como la recompensa merecida”.¹⁸⁹ Esta “recompensa el uso adecuado de la institución de la contratación”.¹⁹⁰ “Ser un buen negociador, lograr un buen trato, es en sí mismo un mérito que merece una recompensa”.¹⁹¹ “La asunción de una obligación de hacer una actividad valiosa” está en condiciones de “merecer beneficios”.¹⁹² La quinta forma es la “justicia como la ventaja a no ser tomada”.¹⁹³ Entre sus ejemplos se encuentra el de cobrar un alto precio por rescatar un barco en apuros.¹⁹⁴

Ahora podemos ver que estas otras formas de justicia encajan fácilmente con nuestra teoría de la justicia en el intercambio. Como hemos visto, su segunda forma,

¹⁸² Ver Rakoff, supra nota 174, en p. 739.

¹⁸³ Id. p. 790.

¹⁸⁴ Id. p. 737.

¹⁸⁵ Id. p. 739.

¹⁸⁶ Ver id. p. 749.

¹⁸⁷ Id. p. 739.

¹⁸⁸ Id. p. 756.

¹⁸⁹ Id. p. 739.

¹⁹⁰ Id. p. 765.

¹⁹¹ Id. p. 769.

¹⁹² Id. p. 768 (citando a DAVID MILLER, PRINCIPLES OF SOCIAL JUSTICE 149 (1999)).

¹⁹³ Id. p. 739.

¹⁹⁴ Ver id. en p. 786. Sus otros ejemplos consisten en aprovechar de la parte con quien uno tiene una relación de cooperación a largo plazo y pagarle mal a nuestros empleados. Ver id. en p. 780–82. El primero parece ser un ejemplo de la tercera forma de justicia, ya que incumple una obligación que está implícita en la relación más amplia. El segundo, como veremos, se refiere a la relación entre la justicia conmutativa y la distributiva.

“justicia como apuesta honesta”, es una forma de la primera. De hecho, para explicar cómo la prestación puede ser igual en valor, uno debe confiar en las ideas del valor esperado y la justicia como apuesta justa.

Su tercera forma de justicia es también una forma de la primera. Como él mismo la describe, la “justicia [es] el término que encaja”.¹⁹⁵ Hemos visto por qué un termino auxiliar justo encaja: una parte es compensada por el riesgo o carga que el término le adjudica de manera que, una vez más, el contrato es justo en el mismo sentido en que una apuesta justa lo es.

También hemos demostrado cómo nuestra teoría incluye premiar “el uso adecuado de la institución de la contratación” por parte de “un buen negociador”, que es la cuarta forma de Rakoff.¹⁹⁶ Si una parte puede leer el mercado debido a que posee una habilidad superior o ha adherido información de mercado que otros comerciantes no tienen, el intercambio todavía puede ser justo. Apostó, cuando adquirió esta habilidad o información, o se la compró a alguien que la tenía, que la habilidad o información valía la pena. Una parte que no lo hizo apostó a que la habilidad o información no valía la pena. El intercambio sigue siendo justo en igual sentido en que una apuesta justa lo es. Más aún, la razón por la que el mercado actual refleja las chances de que cambiara en el futuro es que los comerciantes tratan de ejercitar esa habilidad o adquirir información que, creen, los ayudara a predecir precios futuros. Sus esfuerzos deben ser recompensados si los precios de mercado deben ser justos.

La quinta forma es la “justicia como la ventaja a no ser tomada”.¹⁹⁷ Ya hemos expuesto que la ventaja es tomada precisamente cuando el contrato es inequitativo. Es injusto cuando, por necesidad o ignorancia, una parte no puede contratar al precio de mercado. Ese es el caso del ejemplo de Rakoff del barco en apuros.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Id. p. 739.

¹⁹⁶ Id. p. 765, 769.

¹⁹⁷ Id. p. 739.

¹⁹⁸ Ver id. p. 786–87.