

REGLAS SIMPLES PARA UN MUNDO COMPLEJO

Richard A. Epstein



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2005

CAPÍTULO 4

Contratos

MIS PRIMERAS DOS REGLAS han favorecido mucho la creación de un orden en el escenario legal. La primera regla permite que los sujetos tengan control sobre sus propias vidas, mientras que la segunda asigna a cada bien un propietario. El sistema satisface al menos las preocupaciones mínimas sobre igualdad formal, porque cada uno tiene derecho a usar sus propias habilidades para adquirir bienes específicos. Cualquiera que sean las fortunas que los individuos puedan tener, las ventajas estructurales del sistema se mantienen, porque las reglas del *common law* sobre autonomía personal y propiedad individual necesariamente descentralizan el control de los recursos humanos y materiales. Ninguna persona, ningún grupo de individuos, puede decidir quién va a ser propietario de qué, ni quién tiene derecho a tratar con quién en la transferencia de trabajo o talentos.

Muy a menudo, sin embargo, el conjunto de recursos que se nos otorga naturalmente o que hemos adquirido por posesión no es el que quisiéramos tener al final. Necesitamos alguna manera de alterar el control de los recursos para aumentar su valor para todas las personas simultáneamente: por ello, es fundamental el papel que juega el intercambio voluntario. Podemos empezar enfatizando la observación económica tradicional de que algunas veces existe una enorme diferencia entre el valor de intercambio y el valor de uso, tanto del trabajo como de los recursos naturales. Por ejemplo, una computadora podría valer 100 dólares si es usada por su actual dueño. Sin embargo, podría venderse en 125 dólares en el mercado y dar 150 dólares en beneficios a un nuevo dueño. El valor de uso en el presente es menor que el valor de intercambio, que a su vez es menor que el valor de uso para el comprador. Si se bloquea el intercambio, las ganancias potenciales para el comprador y el vendedor se destruyen, sin ninguna ganancia social que lo contrapesa.

No existe, por supuesto, ninguna razón para creer que todos los bienes tienen mayor valor de intercambio que de uso. Algunas veces, uno puede usar lo que tiene mejor que su vecino. Esta es la razón por la que no todas las casas en el vecindario tienen el aviso de «se vende». Pero algunas veces un vecino o un completo extraño puede hacer mejor uso de nuestra casa que el que nosotros podemos hacer y eso explica por

qué algunas casas están a la venta. El mecanismo básico del contrato es muy simple, poderoso y universal. Esencialmente supone renunciar a algo que uno valora a cambio de algo que uno valora aún más. Si ambas partes permiten que el intercambio se produzca, habrá un enorme aumento en el bienestar general, a menos que haya algunas pérdidas sistemáticas para terceros, un tema mejor abordado al tratar la cuarta regla simple. Aún mejor es que esta simple idea de ganancias por medio del intercambio es pasible de infinitas repeticiones. Lo que se adquiere en una transacción puede ser nuevamente trabajado, empacado y revendido en otra. En tanto las ganancias comunes sean satisfechas en cada paso, no hay razón para imponer limitaciones artificiales en el número de veces en el que la gente puede confiar en esta regla. Una sola idea buena derrota a mil ideas malas.

La adquisición por medio de contratos voluntarios es insuficiente para construir un sistema entero, porque no resuelve el problema del retroceso infinito: si he adquirido mi título de ti, ¿cómo has adquirido tú el tuyo? Y, si tú lo has adquirido a través de X, entonces ¿cómo ha adquirido X el suyo? Y así sucesivamente. La idea de que cada persona es propietaria de sus propias decisiones y, mediante ellas, de su propio trabajo en la posición inicial, ingresa en esta regresión y establece una base sólida para el subsiguiente sistema de intercambio voluntario. Los principios aquí son perfectamente generales. Primero, aplicamos las reglas referentes a la propiedad sobre uno mismo y la primera posesión; luego aplicamos las reglas generales de contratos respecto a los bienes así adquiridos y, posteriormente, aplicamos las normas de responsabilidad civil extracontractual para asegurarnos de que no suceda ninguna acción de agresión inadmisible. Los cuerpos especializados de leyes sobre propiedad inmueble y trabajo simplemente salen de estas consideraciones, sin una disposición u orden legislativo especial. El *common law* ha conseguido un alto nivel de coherencia y universalidad con sus pocos principios generadores de derechos y obligaciones.

Estos intercambios contractuales también funcionan para mitigar algunos de los excesos aparentemente individualistas de un sistema de primera posesión. Los contratos no solo nos permiten intercambiar nuestro propio trabajo o cosas que hemos adquirido sino, también, intercambiar o compartir cosas que adquiriremos en algún momento futuro. Si un grupo de cazadores decide dividir su caza futura por cada miembro del grupo, la transacción es perfectamente válida aunque el intercambio voluntario tenga lugar antes de la adquisición. La obligación de transferir simplemente se difiere hasta luego de la adquisición. Así, por ejemplo, los miembros de la tripulación de una embarcación ballenera utilizan esa forma de contratación. De igual modo, si una familia o grupo social impone fuertes obligaciones a sus miembros, el primer poseedor está prohibido de compartir su pesca en concordancia con la regla aplicable. Y en los sistemas feudales, la tierra adquirida por conquista o por ocupación original puede ser parcelada a favor de los miembros del grupo a cambio de obligaciones de lealtad y ayuda —un patrón de organización social adoptado en muy diversas

culturas—. ¹ Entendida correctamente, la única función de la regla de primera posesión es excluir a los extraños de la propiedad adquirida. Ahí donde existan ganancias debido a la cooperación y al compartir, la regla del intercambio voluntario permitirá la conversión consensual de la propiedad individual en propiedad común. Las dos reglas funcionan juntas y deben ser evaluadas conjuntamente.

ABSTRACCIONES Y PERSONAS

La lógica de la ganancia mutua a partir del intercambio voluntario es perfectamente general. Se apoya únicamente en el interés propio de los individuos en un mundo de escasez. No es particular a una cultura, una época o un conjunto de valores. Más importante para estos fines, la lógica del intercambio no es exclusiva de algunos sujetos. No propone un conjunto de reglas para empleadores y otro para trabajadores, o un conjunto para señores y otro para vasallos. No crea un conjunto para la gente que es rica y poderosa, y otro para quienes son débiles o sumisos. La ley habla de dos individuos fuertemente decididos² en todos los arreglos contractuales: A y B. Estos individuos no tienen color, olor, época, tampoco nacionalidad, edad, raza o sexo conocidos. Estos individuos son abstracciones conscientes, que no son representaciones de las personas en el mundo y que son útiles precisamente porque están desligados de todo contaminado grupo de particulares. A y B (y sus amigos de C a Z) son definitivamente omnipresentes y, sin embargo, solo ocasionalmente hacen contacto con el confuso mundo del comercio que están diseñados a describir.

Existe una fría y práctica lógica detrás de esta búsqueda despiadada de abstracciones. La teoría del *common law* postulaba que, mientras se sepa que existe un A y un B, se tiene toda la información necesaria para imaginar sus autodefiniciones a partir de un contrato. No es importante para la ley (aunque sí para las partes) el que sean socios con igual proporción, o que una de las partes del contrato sea el empleador y la otra sea el trabajador. Estas relaciones, estas categorías, no son impuestas sobre los individuos privados mediante la operación de la ley; estos roles son escogidos libremente por los individuos que actúan dentro del sistema. A decide trabajar para B, y B acepta trabajar para A. Cada uno de ellos se mantiene libre de asumir otras funciones en sus relaciones con otras personas. No hay inconsistencia en el que A trabaje para B en una transacción y contrate a C en una segunda. No hay inconsistencia en que A sea dueño

¹ Véase, por ejemplo, ELLICKSON, Robert C. «Property in Land». *Yale Law Journal*, vol. 102, 1993, p. 1315; GLUCKMAN, Max. *The Idea in Baroque Jurisprudence*. 1965, pp. 75-112; y POLLOCK, Frederick y Frédéric W. MAITLAND. *A History of English Law*, 2.ª ed., vol. 2, capítulo 1, 1898.

² Los expresión «individuos fuertemente decididos» traduce la frase «hardy standbys». (Nota de los traductores)

de una casa, sea inquilino en otra y constituya una hipoteca sobre una tercera. Los patrones de la vida social se determinan no por una poderosa autoridad central sino por las repetitivas e independientes decisiones de miles de individuos separados que persiguen su interés propio. No hay ningún patrón definitivo de trabajos o contratos que sea justo, apropiado o equitativo solamente por la manera en que luce. El registro definitivo se justifica solamente a partir de la «cadena de títulos» para cada transacción original.³

Esta masiva simplificación del universo social trata a todas las personas como si fueran tan fungibles como las letras del alfabeto y, por tanto, ignora o rechaza todo esfuerzo de inducir al *common law* a tomar en consideración la diferencia entre un trabajador individual, de medios limitados, y una gran corporación industrial. La crítica más relevante a este sistema, utilizado en el *common law*, condena su insuficiencia para reconocer las diferencias existentes en cuanto a la función y el *status* que hayan sido y sean aparentes a todos aquellos que se molesten en observar la operación. Los reformadores quieren desacreditar el enfoque del *common law* como una triste caricatura de la gran variedad de interacciones sociales y reemplazar las inasibles generalidades del contrato, la propiedad y los daños, con un conjunto más dividido de reglas que tome en cuenta diferencias conocidas y particulares en los roles sociales y en contextos institucionales. Las primeras formas de ley contra la discriminación comprendían, por ejemplo, una prohibición general contra la negativa a contratar o dar un ascenso por razones de raza, sexo o nacionalidad. Sin embargo, las variantes modernas, especialmente *Americans with Disabilities Act*, contienen reglas detalladas que regulan lo que puede ser exigido o hecho en cada paso del proceso de selección de personal: qué preguntas pueden hacerse sobre la historia médica, qué ayuda se puede ofrecer, qué modificaciones estructurales deben realizarse y así sucesivamente. La crítica al *common law* busca hacer a las reglas aplicables más sensibles a los temas dominantes de las relaciones humanas.

Sin embargo, ¿por qué algún analista o sistema legal intenta desatender verdades sociales evidentes y hablar solo de varios A y de varios B cuando la información específica sobre el contexto y los roles es indispensable para entender cómo se comportan los individuos y cómo operan los mercados? Para responder a esta pregunta es necesario dejar de lado los aspectos particulares para enfocarnos nuevamente en los principios generales. Es verdad que todos los individuos son diferentes en atributos naturales, en ambiciones personales, en roles sociales y en expectativas institucionales. Pero hay una sola cosa que cada uno de ellos quiere y la quiere precisamente porque cada uno es, en cierta medida, un A y un B: *desean cada vez más*. Podemos no ser capaces de

³ Para la más poderosa discusión sobre las teorías históricas y de patrones de justificación, véase NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*, capítulo 7, 1974.

responder, desde un lugar desinteresado, a la pregunta «¿más de qué?» o de explicar por qué se prefiere más de esto que de aquello. En efecto, en muchas ocasiones las personas no pueden explicarse a sí mismas por qué prefieren más de un bien o producto que de algún otro; pero, más allá de este desconocimiento, sí sabemos que las personas que tienen más pueden siempre acabar con menos al entregar algo de lo que tienen a algún número de ansiosos receptores, ya sean familiares o instituciones de caridad. En contraste, la gente con menos solo puede acabar con más tomando una de dos rutas: la fuerza o el intercambio (este último término interpretado ampliamente para incluir no solo el intercambio propiamente dicho sino, también, las liberalidades).

Esta característica de querer más es universal. Es igualmente aplicable a empresas avaras y rapaces como a individuos con intereses individuales. Efectivamente, querer más no es una característica por la que debemos condenar a la gente. El deseo de querer más es una de las pocas figuras indispensables para el progreso y desarrollo humano. La pregunta correcta no es por qué queremos más sino si es posible que consigamos la mayor cantidad posible de aquello que queremos.

Solo hay dos tipos de juego (dos patrones de comportamiento) que la gente puede jugar en un mundo en el que todos quieren más y temen terminar con menos. El primer juego es conseguir más para uno tomando de alguna otra persona. El segundo es tomar más entrando a un intercambio voluntario con otra persona. Todos los ostensibles terceros casos independientes (por ejemplo, regulación estatal o error privado) son esencialmente variaciones, ya sea de la coerción o del consenso. A partir de estos presupuestos generales, el argumento de pensar acerca de la relación jurídica en términos de los inertes A y B es como sigue: cada A y B tiene determinados atributos iniciales, estos son aumentados luego por medio de cosas que se adquieren mediante la primera posesión o el intercambio voluntario. Cuando A celebra un acuerdo voluntario con B, esta constante presión por terminar con más en vez de menos conllevará que dos desigualdades críticas se satisfagan simultáneamente. La primera desigualdad señala que cuando A sacrifica algo (sea trabajo o bienes materiales) lo valorará menos que lo que recibe a cambio. La segunda desigualdad indica que cuando B sacrifica algo lo valorará menos de lo que valorará lo que recibe a cambio.

Si se toman juntas, estas desigualdades tienen un enorme significado social. Estas implican que todos los intercambios voluntarios son juegos de *suma positiva* para los participantes. El intercambio no solo transfiere activos físicos o intangibles; también aumenta la satisfacción humana reuniendo los activos con aquellas personas que más los valoran. Esa proposición se sostiene prescindiendo de cómo A y B recibieron sus atributos iniciales. Se sostiene, incluso, si nosotros como analistas no tenemos una sólida teoría del valor que explique por qué A quiere ordenar sus preferencias en una dirección y B quiere ordenarlas en otra. En tanto sepamos que todos los A y B desean más, hay suficiente garantía para que el intercambio voluntario tenga lugar. *Ambas* partes están mejor de lo que estaban antes.

Comenzando con este modesto modelo, la ley puede facilitar (no compeler sino facilitar) importantes interacciones productivas que se expandirán a lo largo del tiempo hasta abarcar a todos los individuos que posean la capacidad mínima para contratar. El sistema avanza con efectos positivos, pues los intercambios son mutuamente beneficiosos, puesto que —de otra manera— las partes no los celebrarían. No tenemos que saber *por qué* determinado intercambio será beneficioso para una persona en particular. Es suficiente saber que, dada la manifestación externa de consentimiento, este será el caso. El sistema legal puede prosperar a partir de intercambios voluntarios cuyo contenido no comprende totalmente. De otro modo, el riesgo es que cada transacción requerirá alguna demostración pública y formal de sus méritos intrínsecos para las partes como condición de su validez. En ese mundo, el resultado positivo es que el acuerdo se realice, pero solo luego de incurrir en algunos costos; lo negativo sería que las transacciones sean vetadas por agentes del gobierno que no entienden los costos y beneficios relevantes para el caso concreto y que, además, no tienen incentivos para presumir su existencia. Cualquier escenario es peor que aquel que impide el libre intercambio, por lo que el acuerdo supervisado puede dejarse de lado aun cuando, de manera optimista, creyéramos que las decisiones administrativas inteligentes desplazarán a las decisiones desinformadas. El conocimiento general detrás de los incentivos uniformes que mueven a las partes llevadas por intereses individuales es una guía más confiable sobre sus intereses que cualquier veto público sobre su acuerdo.

Sin embargo, dejando de lado el escepticismo, es posible referirnos a las formas de intercambio voluntario que deberían surgir con el tiempo, a saber, que habrá una clasificación por función: una especialización en el mercado. Para defender esa conclusión necesitamos una presuposición adicional, que es tanto crítica como acertada. Debemos asumir que, en diferentes ámbitos, existen diferencias naturales entre las personas. Desde los atributos más obvios, como en la altura, el peso y la inteligencia, hasta los menos obvios pero también importantes, como las actitudes, las habilidades y el gusto. No podemos saber exactamente cómo estos atributos se han distribuido, pero podemos decir, con total confianza, que las personas no se concentran en un único punto de la distribución: la gente no tiene talla ni peso idénticos, y lo mismo sucede con sus otros atributos, características y habilidades naturales. La biología y la sociología nos dan la seguridad de que algunas personas serán mejores en algunas cosas y que otras personas lo serán en otras cosas. Las dimensiones de estas diferencias pueden ser bastante sutiles e importantes, y algunas de ellas pueden escapar al analista externo mientras que son entendidas intuitivamente por las personas que se encuentran dentro de un particular segmento del mercado. Parece claro (dado el comportamiento de los apostadores profesionales y comerciantes) que algunas personas son mejores que otras para manejar el riesgo, mientras que otras pueden ser mejores ejecutando transacciones complejas. Los primeros podrían volverse comerciantes y los segundos, intermediarios; hecho que supondría que ambos operen en el mismo mercado financiero.

De forma similar, dentro de un acuerdo contractual, aquellas personas que son mejores soportando el riesgo podrían convertirse en propietarios y empleadores, mientras que aquellas que son menos capaces y desean enfrentar menos riesgos bien podrían estar contentas tomando un salario fijo y la mayor seguridad asociada con el estatus de empleado. Tampoco hay una razón por la que las relaciones laborales deban dividirse por líneas severas y rígidas. Es posible incorporar en los contratos laborales comisiones y bonos que reflejen un complejo sistema establecido para compartir el riesgo entre las partes. Las partes pueden mezclar y establecer el riesgo de acuerdo con lo que les satisfaga, mientras que el derecho de contratos continúa tratando a A y B como roles en vez de como personas específicas.

Mientras el proceso sigue su curso, hay una lenta transformación en la manera como el mundo opera. Empezamos con A y B aislados e indiferenciados, pero algunos A empiezan a asociarse y algunos B empiezan a asociarse. Algunas poderosas asimetrías de roles empiezan a surgir; con el tiempo podremos ver el variado mundo que observamos hoy, lleno de complejas organizaciones y empresarios individuales, tal como en la evolución vemos organismos de diferentes tamaños que llenan los muchos nichos disponibles en la naturaleza. En cada etapa, la complejidad social expuesta se alcanza por medio de un proceso de autodefinición, no de compulsión externa. Y cada transacción, cada eslabón de la cadena, es un juego de suma positiva para los participantes.

LAS LIMITACIONES TRADICIONALES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

La defensa de la libertad descansa en el postulado de las ganancias mutuas por medio del intercambio. La racionalidad de esta institución provee la pista esencial para su limitación. Cuando la negociación se realiza en circunstancias en las que la ganancia mutua no es el resultado probable, hay justificación suficiente para que la ley intervenga y deje la transacción de lado. Las transacciones nunca ocurrirán si ambas partes saben que perderán; consecuentemente, el mayor daño aparece cuando una de las partes de la negociación mejora su situación con un acuerdo que probablemente empeorará la situación de la otra parte.

Ese resultado gana/pierde es idéntico al generado por el robo. La tarea, entonces, es desechar aquellas transacciones que operen como una imposición unilateral de los deseos de una parte sobre la otra parte. La violencia física⁵ es el caso paradigmático. Esta surge cuando A fuerza a B a celebrar un contrato bajo la amenaza de que le infligirá un daño físico si no lo hace. Cualquier intercambio forzado de esa forma dejará a B mejor de lo que estaba *antes* de que la amenaza fuera hecha, pero el patrón

⁵ La expresión «violencia física» traduce la categoría «physical duress». (Nota de los traductores)

utilizado para medir la bondad social del intercambio es el bienestar de B *antes* de que A concretara la amenaza. A podría esperar ganar solo 10 unidades de bienestar. Pero sin la intervención legal, estará preparado a gastar 9 unidades de esfuerzo, así sean las pérdidas de B como 1 o como 100. Si fueran 1, entonces un intercambio ordinario sería fácil de organizar, porque B estaría de acuerdo en los términos de A. El robo tiende a ocurrir cuando las pérdidas de B son 100 en vez de 1. Y entonces la mayoría de esas transacciones ofrecen el mismo resultado de suma negativa que el robo. Hay muy poco costo social asociado a la prohibición del uso de violencia física, que se encuentra en todos los sistemas legales.

La violencia es difícilmente el único fundamento para dejar de lado los contratos. Ser menor de edad, encontrarse privado de discernimiento, encontrarse indebidamente influenciado,⁶ haber sido engañado y/o inducido a error son razones universalmente reconocidas para rechazar la validez de los contratos o para revertir sus efectos cuando estos ya se han ejecutado. Permitir estas vías de escape de las obligaciones contractuales es totalmente consistente con la operación de los mercados como la entendemos y, asimismo, necesario para ella. Cada una filtra importantes subclases de acuerdos en los que el supuesto de ganancias mutuas del intercambio tiende a hacerse insostenible.

Los peligros de la minoría de edad y de la privación de discernimiento son fáciles de ver. Como un asunto general, las personas que trabajan bajo alguna forma importante de privación de discernimiento son incapaces de hacer las comparaciones necesarias para realizar intercambios provechosos, y esta incapacidad es conocida. Las personas con capacidad de discernimiento pueden fácilmente aprovecharse de los incapaces de discernir, entonces hay poca dificultad en prohibir transacciones que probablemente serán del tipo gana/pierde. Los casos de influencia indebida son más difícilmente clasificables. Estas transacciones usualmente involucran a personas cuyas capacidades están limitadas por enfermedad o edad avanzada o que tienen que participar en transacciones comerciales complejas que están fuera de su entendimiento normal, o ambas. ¿Tenderá B a beneficiarse de una negociación con A si este no recibe consejo independiente de un tercero cuya única lealtad sea a él?

Los riesgos de fraude o de cualquier error no están limitados a los privados de discernimiento, sino que pueden surgir en cualquier transacción. Si bienes que valen 10 dólares son presentados por un vendedor como si valieran 12 dólares, entonces el comprador que los compra a 11 dólares termina peor al haber hecho un intercambio con información falsa. El error bloquea la ganancia mutua, y eso tiende a ocurrir con mayor frecuencia cuando se hace un engaño. Los casos más difíciles de evaluar son

⁶ La expresión «indebidamente influenciado» traduce la categoría «undue influence». (Nota de los traductores)

aquellos en los que cualquiera de las partes, o ambas, han cometido errores no inducidos por las otras partes, algunas veces cuando ninguna de las partes sabe la verdad. Se han propuesto varias soluciones para poner el riesgo en la parte con mejor posición de evitarlo, hecho que usualmente significa que la pérdida es asumida por la parte que comete el error, salvo que la otra parte sepa del error y aun así sostenga una oferta que es demasiado buena para ser verdad. Sin embargo, este asunto es realmente complicado y tiende a surgir solo esporádicamente; tanto en contextos laborales como comerciales ordinarios. Cualquier contrato típico es presa difícil de algún error desconocido y penetrante: las exigencias comerciales de claridad, corrección y estandarización son simplemente demasiado poderosas. Irónicamente, solo los firmes *opponentes* del *laissez faire* son lo suficientemente obtusos para afirmar que este principio de libertad es tan absoluto que este tipo de defensas están excluidas. Los defensores razonables del *laissez faire* reconocen que el poder del contrato vive y muere con la presuposición de ganancias mutuas para las partes individualmente interesadas en la que descansa, y define los tipos de defensa que reflejan esta posición.

EL CONTRAATAQUE SOBRE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

El debate central sobre la libertad contractual surge en tanto las preocupaciones sobre la violencia, el error y la privación de discernimiento pueden extenderse más allá de los casos de sus orígenes. El miedo de que exista privación de discernimiento en transacciones particulares conduce a una preocupación más sistemática por la explotación en todos los casos en que las partes tienen diferentes niveles de habilidad o talento. La violencia física se convierte en el abuso con el que se compara la violencia económica.⁷ Y detrás de esta inquietud generalizada está la convicción de que determinadas transacciones deben prohibirse o limitarse porque buscan obtener beneficios a partir de cosas que no deberían intercambiarse en absoluto. Yo considero estos esfuerzos para expandir las limitaciones a la libertad contractual bajo tres categorías independientes: explotación, violencia económica y patrimonialización.⁸

⁷ La expresión «violencia económica» traduce la frase «economic duress». En el derecho de contratos del *common law*, se entiende por *economic duress* los casos en que, en la negociación contractual, una de las partes es considerada la víctima, pues realiza una elección que, aunque está de acuerdo con sus propios intereses, es la elección entre dos males. Por lo general, la dureza involucra la imposición de una promesa mediante amenaza. En la medida en que, por lo general, esto produce una redistribución de riqueza entre las partes, una de ellas espera ganar de una promesa obtenida bajo coerción y la otra, perder. Un compromiso obtenido en estas circunstancias no es legalmente exigible. (Nota de los traductores)

⁸ La palabra «patrimonialización» traduce el término «commodification». (Nota de los traductores)

Explotación

El primer ataque frontal contra el principio de libertad contractual busca generalizar los casos de privación de discernimiento más allá de los supuestos de los menores de edad y de los incapaces propiamente dichos. Aquellos limitados de dicha manera normalmente no trabajarán ni participarán en los mercados. Por el contrario, estarán, y deben estar, representados por sus guardianes naturales, como sus padres o por guardianes especiales designados, ya sea por la familia o por el Estado. Sin embargo, cualquier esfuerzo por asumir que los individuos comunes son incompetentes de manera similar está cargado de los peligros del totalitarismo. Los trabajadores que son competentes para participar en política y elecciones sindicales, para casarse y tener familia, para participar en asuntos públicos, no deben tomarse como incompetentes para negociar directamente con sus empleadores si así lo prefieren. Los individuos que tienen normalmente derecho a comprar y vender casas y negocios pueden también negociar libremente la renta con un propietario. En efecto, si los trabajadores y arrendadores son tan incompetentes, ¿por qué dejarlos participar en actividades y asuntos políticos que exigen de ellos abordar temas mucho más complejos que llenar un carrito en el supermercado? Así, los asuntos de la incompetencia son solamente tangenciales a la operación distendida de los mercados ordinarios.

Los ataques modernos a la libertad contractual tratan de resucitar la preocupación por la explotación de la incompetencia de una manera algo diferente, a saber, la de la posición o estatus de dominio. Los mercados de trabajo no son confiables porque el empleador tiene todas las cartas altas en la negociación, mientras que el trabajador no tiene ninguna. Se dice del empleador que tiene gran riqueza y malicia considerable. Se asume respecto de un trabajador aislado en el mercado de trabajo que no posee ninguna. Entonces, el contrato tendrá —dicen— un predecible e inexorable resultado. El empleador dicta los términos del contrato. Se entiende que alguna protección legal a los trabajadores es necesaria para revertir la desigualdad de poder de negociación y la explotación hecha por el empleador. Pueden formularse argumentos similares respecto de los mercados de arrendamiento de inmuebles o de productos de consumo masivo.

Para entender qué hay de malo en esta conocida posición, es importante separar dos concepciones diferentes que viajan bajo la misma bandera del poder de negociación. De un lado, el poder de mercado puede tomarse como un sinónimo de riqueza. Del otro, puede decirse que el poder de mercado es sinónimo de escasez de rivales en el mercado relevante. La primera concepción es errónea, debido a que la riqueza tiene sus problemas como sus ventajas. Si la otra parte es consciente de ella, podría conducir, por ejemplo, a la exigencia de mayores salarios cuando los trabajadores sepan que el empleador puede pagar más, o podrían conducir a menores salarios si los trabajadores

creen que la riqueza reduce la probabilidad de incumplimiento del empleador o de insolvencia.⁹ Como principio, no hay una dirección obvia de los efectos de la riqueza en el comportamiento a la hora de negociar. Hay innumerables ejemplos de ejecutivos de grandes empresas que son captados para que asuman el papel de «directores de orquesta» en empresas rivales más pequeñas. El éxodo de los ejecutivos más talentosos de IBM que condujo a esta empresa a la crisis que atravesó en 1992 es solo un ejemplo de un fenómeno más amplio. El elemento clave para la explotación no es la riqueza sino la ausencia de rivales.

La discusión sobre la explotación puede ser abordada aun por otro experimento mental. Asumamos que un empleador perfectamente racional, que tiene el poder para dictar los términos de un contrato, busca ahora maximizar sus ganancias por medio de la contratación. Asumamos que un trabajador, pasible de ser explotado, tiene un ingreso relativamente menor. ¿Qué negociación es probable que ocurra? Si la teoría de explotación es correcta, el resultado debería dejar al trabajador peor que antes y al empleador mejor. Sin embargo, en tanto se requiere el consentimiento del trabajador, ¿por qué esperar que se produzca una explotación? El trabajador, por más mala que sea su posición, aún tiene la posibilidad (negada a un esclavo) de rechazar la oferta hecha y es esa acción unilateral la que le permitirá escapar de la explotación en cuestión. ¿Qué incentivo hay para que uno negocie y se coloque en una situación de mayor pobreza? Difícilmente importa que la riqueza de las dos partes sea tremendamente desigual antes de que la transacción comience. Si el intercambio es voluntario, ambos lados se beneficiarán ordinariamente de la transacción. La capacidad del trabajador de reservarse el derecho a dar su consentimiento constituye una fuerte barrera contra cualquier forma de explotación. Más aún, cualquier esfuerzo público por hacer que el trabajador obtenga una determinada parte de las ganancias no solo aumentará los costos de operación del sistema, sino que impedirá algunas transacciones beneficiosas que de otro modo se producirían. Nuevamente, incentivos inferiores a mayores costos administrativos.

El argumento sobre la explotación, ciertamente, no es el más fuerte cuando se toma en el lenguaje análogo de la desigualdad en el poder de negociación. Entonces, asumamos que un empleador puede «dictar» los términos de negociación en el mercado. ¿Cómo podríamos esperar que luciera el contrato? La respuesta es que el empleador nunca dejaría de aprovechar su ventaja. Si sucediera que el empleador pudiese dictar los términos, ¿por qué ofrecer un salario de diez cuando puede bajarlo a nueve?, ¿y por qué definirlo en nueve si puede bajarlo a ocho? La lógica del dictado no da al empleador ninguna razón para detenerse hasta que, sin piedad, haya utilizado hasta la última cuota

⁹ La expresión «insolvencia» traduce la categoría «bankruptcy». (Nota de los traductores)

de su ventaja. Cuando el proceso se detenga, deberíamos ver a personas trabajando por sueldos de cero; sin embargo, eso no ocurre. Si las empresas pueden explotar a los trabajadores, entonces los vendedores pueden explotar a sus consumidores de forma tal que sea innecesario ofrecer descuentos en efectivo, posibilidad de cambio del producto y descuentos por volumen. Empecemos con estas presuposiciones frecuentemente repetidas, y no habrá equilibrio estable o discernible con los salarios, o incluso con los precios, en cualquier mercado relevante. Más allá de la teoría de la explotación, hemos observado por mucho tiempo salarios positivos para el trabajo y precios limitados para los bienes. Las ganancias de los trabajadores imponen una restricción presupuestal en sus compras de acuerdo con el sentido común. La idea de desigualdad de poder en la negociación, la idea de dictado, fracasa en la prueba más decisiva: no tiene ningún poder *descriptivo*.

¿Qué significa desigualdad de poder en la negociación? La intuición no está exenta de raíces económicas. En la práctica, hay una mejor manera de explicar qué escapa a las caracterizaciones «todo o nada» propias de la explicación común. Muchos contratos entre trabajadores y empleadores continuarán por un largo período de tiempo. En muchos casos, el empleador obtendrá alguna ventaja especial al negociar con un trabajador conocido y de su confianza. Por el mismo efecto, el trabajador ganará una ventaja al negociar con un empleador conocido y de su confianza. Aún cuando los contratos laborales pudieran resolverse a voluntad, estos no se resolverían como un asunto normal al terminar cada día de trabajo. El tema de la desigualdad de poder en la negociación responde a la pregunta: cuando hay ganancias especiales a partir del intercambio, esto es, ingresos supracompetitivos, que serán compartidos por dos individuos, ¿quién obtiene la «mejor tajada»? ¿el trabajador o el empleador? En esencia, es posible construir un índice de cero a cien, en el que cada punto representa un porcentaje de las ganancias capturadas por un lado. El poder de negociación es igual para ambos lados cuando cada lado obtiene la mitad de las ganancias. Si un lado puede obtener, digamos, sesenta por ciento, entonces tiene un dominio en la negociación en una ratio de tres a dos.

La pregunta importante es ¿qué porcentaje de las ganancias será capturado por cada parte? La respuesta corta es que nadie puede estar seguro de cómo se dividirán las ganancias. En efecto, el resultado podría variar de caso en caso. Más aún, no hay una razón teórica para creer que el empleador tiene una ventaja sistemática en capturar las ganancias, así como también podría ser a la inversa. Un empleador podría tener más que perder si un trabajador puede detener un proceso importante, de forma tal que el empleador podría ceder primero para evitar la posibilidad de una pérdida aun mayor. Nuevamente, un empleador tiene que negociar por medio de agentes, mientras que un trabajador, frecuentemente, negocia por su propia cuenta. Es una pregunta abierta la de si las habilidades de negociación de un agente profesional serán decisivas cuando

está administrando el dinero de otra persona y el trabajador está administrando su propio dinero. Así, un agente tiene que hacer ofertas a muchos trabajadores simultáneamente. El trabajador solo tiene que preocuparse por él mismo. Es bien sabido que cuando los empleadores hacen invitaciones a la renuncia estandarizadas para reducir la fuerza laboral, estas son frecuentemente aceptadas por los trabajadores que la empresa más quisiera mantener. Por ello, resulta simplemente muy difícil calcular la oferta para tomar en consideración las diferencias en las necesidades individuales.

Adivinar la ubicación actual de la ganancia en cualquier caso individual es virtualmente imposible, por lo que el asunto se mantiene reactivo a cualquier estimación empírica. Pero aun con toda la duda, una cosa sí queda clara: podemos estar seguros de que cada parte obtiene al menos un ingreso competitivo, uno por el capital y otro por el trabajo. El tema de la desigualdad en el poder de negociación se dirige no al tema de cómo se divide el asado sino *solo* al tema de la división del *jugo* del asado. Contra la concepción popular, hay límites a la ventaja que tanto el empleador como el trabajador pueden obtener al exigir una ventaja de negociación. El trabajador se retirará si los salarios se reducen por debajo del nivel competitivo y el empleador despedirá al trabajador si los salarios absorben el íntegro de los ingresos del negocio. Nuevamente, los salarios iguales a cero y los precios infinitos son solo un cuento de hadas. Insistimos, para una comprensión de los mercados de trabajo es la segunda definición de poder de mercado —la de falta de rivales— la importante. Hay muchas fuerzas poderosas en estos mercados que determinan cómo serán los salarios.

Los paralelos existen en todos los demás lugares. Los mercados de vivienda son normalmente bastante «gruesos», debido a que todos —desde el dueño de un complejo de departamentos hasta el dueño de un terreno baldío— son arrendadores potenciales. El mercado abierto define así el marco para rentas competitivas; pero, aun contra este escenario, aparecen algunos elementos de poder monopólico. Cuando los contratos de arrendamiento expiran, la renegociación enfrenta a un solo dueño contra un solo arrendador. Típicamente, es el interés de los arrendadores y arrendatarios renovar con el fin de obtener las ganancias específicas del sucesivo acuerdo. La división precisa de las ganancias es difícil de determinar y, en algunos casos, la negociación fracasará. Sin embargo en los casos en que ocurra la renovación, es simplemente un error asumir que el arrendador ha obtenido la «mejor tajada» de las ganancias propias de la transacción. Los arrendatarios, ya sean individuales o comerciales, pueden ser habilidosos negociadores también. Si el arrendador sigue la usual estrategia de ofrecer un nuevo arrendamiento con el mismo porcentaje de aumento ofrecido a los potenciales nuevos arrendatarios, se ha evitado gran parte del problema. Hay poco que la intervención estatal pueda hacer para evitar las conocidas fricciones de la negociación y renovación contractual, pero algo que el gobierno nunca debe hacer es aumentar el tamaño de las ganancias en el juego de renegociación e impedir nuevos ingresos.

Violencia económica

Otra forma de ataque en los mercados competitivos es aquella que busca extender la fuerza moral de la violencia física a los casos de violencia económica. Algunas formas de violencia económica efectivamente participan de la misma lógica que el uso de la fuerza. Supongamos que A y B han celebrado un contrato por el que A está obligado a realizar determinado trabajo para B, pero A se niega a pagar a menos que B pague un dinero adicional por el trabajo. Aquí, la amenaza de incumplimiento del primer contrato es el sustituto funcional del uso de la fuerza. En el caso más fácil, A simplemente exige una alteración del precio, hecho que conlleva que el contrato no sea beneficioso para B. Para contrarrestar esa amenaza, a B debe permitírsele ya sea prometer y luego rehusarse a efectuar el pago, o bien pagar y luego recobrar el exceso. De otro modo, la ley no protegerá la seguridad del intercambio. Aun así, el tema de la violencia económica en casos de renegociación puede ser inevitablemente complejo cuando no está claro cuál de las partes está incumpliendo. Así, supongamos que algunos pescadores son despachados a Alaska con la promesa de que se les pagará determinado dinero por la pesca. Si ellos no cumplen con el trabajo, toda la pesca estará perdida.¹⁰ Si ellos insisten en una compensación adicional antes de pescar, parecería existir una forma de violencia económica, equivalente al común ejemplo de la lavandería que se rehúsa a devolver las prendas a su dueño a no ser que se le pague una tarifa adicional. Pero supongamos ahora que las redes provistas por el dueño del barco son inferiores a aquellas necesarias de acuerdo al contrato; ahora la respuesta de los pescadores parece ser un esfuerzo para balancear un error contractual hacia la otra dirección y no un mero esfuerzo para explotar una situación de monopolio bilateral en la que cada parte está obligada a negociar con la otra. Sin embargo, en algunos casos, ambas fuerzas podrían estar trabajando y ninguna regla, simple o compleja, es capaz de tratar con todo el rango de casos que exigen una corrección contractual parcial.

Sin embargo, es importante mantener esta forma de violencia en perspectiva, dado que el problema tiene antiguo linaje y es inevitable en muchas circunstancias de negocios. Cualquier decisión en relación con exigir a la empresa honrar su promesa tiene solo pequeñas consecuencias para la operación general de la economía. El punto crítico es que esta forma de violencia debe distinguirse claramente de un fenómeno diferente que tiene el mismo nombre. La violencia económica, si se refiere solamente a una negociación dura bajo condiciones de escasez, no pone a una parte en peor situación que antes luego de la interacción. La omnipresencia de la escasez (que es distinguible

¹⁰ El caso es *Alaska Packers Association v. Domenico*, 117 F. 99 (nóveno circuito, 1902). Para una discusión véase BAIRD, Douglas. «Self Interest in Cooperation in Long-Term Contracts». *Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1990, pp. 583-586.

de la más estrecha categoría de la necesidad en el *common law*) es una razón para expandir, y no limitar, el ámbito de la libertad contractual. Sin escasez, nadie se preocuparía de mejorar los incentivos y reducir los costos administrativos: ¿por qué preocuparse si siempre hay suficiente riqueza para subsistir? Mientras la práctica de la contratación expanda el uso de los recursos, ¿por qué incurrir en costos administrativos para corregir un conjunto imaginario de dificultades económicas? El tipo de transacciones que deben descartarse en base a la violencia económica es un conjunto vacío: otra regla categórica y simple.

Una vez que la amplia idea de violencia económica se deja a un lado, toda la defensa para términos mínimos obligatorios en contratos laborales se nos muestra como completamente mal conducida. Entonces, se hace imprudente para el Estado decir que determinado salario mínimo debe ser impuesto como un derecho; o que ciertas formas contractuales, tales como el contrato a voluntad, deban proscribirse; o que ciertos acuerdos organizacionales e institucionales, como la negociación colectiva obligatoria y los pactos de licencias por motivos familiares, deben imponerse como una cuestión indiscutible. Se hace también imposible condenar todo el sistema de acuerdos de mercado como inherentemente coercitivo. La regla simple es la de desear todos las invocaciones de violencia económica, salvo en el limitado sentido antes señalado.

Patrimonialización

Un tercer argumento contra la libertad contractual, formulado con mayor frecuencia en el contexto de los mercados laborales, se presenta frecuentemente en términos heroicos. Su más vívida expresión se encuentra en la Clayton Act de 1914, que declaró que «el trabajo de un ser humano no es un bien o un artículo de comercio».¹¹ Las fuerzas de la regulación han traído ese tema a colación en todas partes del mundo. El argumento es que el trabajo simplemente no es un artículo de comercio, no es un simple bien, para ser intercambiado como cualquier otro. Hay varias y serias dificultades en ese argumento, tanto descriptivas como normativas.

El primer punto es que, bajo la posición del *common law*, el trabajo se convierte en un bien o en un artículo de comercio solo si su propietario decide convertirlo en tal. Las personas están autorizadas, no obligadas, a vender su trabajo, tal como están autorizadas y no obligadas a vender sus casas. Las personas que prefieren quedarse en casa, criar a su familia, hacer trabajo voluntario, realizar sus pasatiempos o viajar, pueden hacerlo, mientras tengan los recursos para sostenerse. Ningún empleador potencial

¹¹ Clayton Act, capítulo 323, estatuto 38 730, 29, U.S.C. §§ 52 y 53 (1988).

puede obligar a una persona a tomar un trabajo. Los mercados ofrecen intercambio voluntario, no trabajo forzado.

Aun así, la mayor parte de los individuos desean y necesitan trabajar. Para ellos, si el trabajo no es un artículo de comercio, ¿entonces qué es? Una respuesta puede ser que el trabajo es «sagrado» —mantenido cuidadosamente fuera del curso del comercio—, tal como las instituciones religiosas. Sin embargo, aun los más resueltos defensores del trabajo organizado no encuentran utilidad a esa definición, que es ruinoso no solo para futuros empleadores sino para los hombres y mujeres trabajadores. Si el trabajo está fuera del ámbito del comercio, entonces no puede ser vendido en ningún término, incluso aquellos términos que dan a los trabajadores salarios mayores a los niveles competitivos. Calificar de sagrado al trabajo supone que el mismo no puede ser intercambiado en absoluto, para beneficio de nadie. En realidad, lo que se desea al invocar esta frase es un fin distinto: la monopolización de los mercados de trabajo a través de la negociación colectiva o acuerdos similares. Por ello, la Clayton Act estableció que los sindicatos no eran, desde el punto de vista legal, conspiraciones que restringen la competencia, como fueron considerados algunas veces antes de su promulgación.

La idea de poner el trabajo «más allá del comercio» desatiende el punto de lo deseable. Casi todos desean intercambiar trabajo; la única pregunta es cuáles son los términos en los que este será intercambiado. Es claro que el trabajo será intercambiado en diferentes términos de aquellos que se aplican a otro tipo de bienes, principalmente porque las personas desean vender sus servicios por hora, pero no quieren venderse en esclavitud, aun cuando esto fuera lícito. Al tratar bienes comunes, sin embargo, con casas y otros tipos de propiedad inmueble, una venta directa que transfiere la titularidad de un lado al otro es perfectamente apropiada. Uno no tiene que apoyarse en concepciones externas sobre qué es y qué no es un bien para el comercio para considerar que la gente, actuando en mercados ordinarios, generará tipos de intercambios de trabajo que tienen términos diferentes a aquellos que rigen los intercambios de bienes y de tierra. Efectivamente, la señal inequívoca de regulación disfuncional en los mercados de vivienda, por ejemplo, es la retórica sobre los bienes fundamentales y las necesidades básicas, tan importantes que su provisión debe ser garantizada o al menos regulada por el Estado.

Esta descripción de la ley sobre el rol del intercambio ha observado el tema del intercambio solo desde el ventajoso punto de vista de las ganancias y pérdidas de las partes. Su estructura básica ha sido una aproximación de dos pasos: primero, reconocer la lógica de la ganancia mutua por medio del intercambio y luego ver aquellas prácticas que conducen a formaciones contractuales que tienden a falsear el supuesto en algún caso particular. Un análisis completo del bienestar social a partir de los contratos privados no puede tomar en cuenta solo las ganancias y pérdidas de las partes de

una transacción; debe también considerar los efectos que este acuerdo tendrá sobre terceros. En este sentido, sin embargo, la libertad contractual es mejor entendida como un subconjunto de la libertad individual, que está también sujeta a limitaciones que toman en cuenta el bienestar de los terceros. Estas limitaciones externas sobre la libertad contractual constituyen una importante categoría que es mejor abordada en conexión con la cuarta regla simple, aquella sobre la protección contra la agresión externa por medio de la aplicación del derecho de la responsabilidad civil extracontractual.