

CHARLES FRIED

# LA OBLIGACION CONTRACTUAL

El contrato como promesa

CAREY Y CIA.  
BIBLIOTECA

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE  
Barcelona • Buenos Aires • México D.F. • Santiago de Chile

## 6 BUENA FE

El desafío más directo a la concepción del derecho de contratos, como una expresión coherente del principio de autonomía, proviene de las doctrinas de la buena fe, *unconscionability*\* y fuerza.<sup>1</sup>

Estas doctrinas explícitamente autorizan a los tribunales para que en nombre de la justicia revisen los acuerdos contractuales o los anulen derechamente.

La buena fe es una forma de tratar con la contraparte de un contrato: con honestidad y decencia. Es una noción adverbial que sugiere evitar la trampa o las prácticas engañosas (mala fe) tanto para llegar a un acuerdo como en la ejecución de sus términos.

La fuerza es un vicio que se refiere a la presión usada para procurar el acuerdo, mientras que la *unconscionability* dice relación a un defecto en el acuerdo mismo: un pacto *unconscionable* es aquel que está injustamente cargado hacia una de

---

\* No existe traducción castellana para *unconscionability*. El *Black's Law Dictionary* (p. 792) se refiere a ella en los siguientes términos: "La prueba básica de la '*unconscionability*' de un contrato es si bajo las circunstancias existentes al tiempo de hacer el contrato y a la luz del trasfondo comercial

las partes; toma ventaja de la debilidad de una de ellas (aunque también es probable que un acuerdo procurado mediante la fuerza sea cargado hacia una de las partes, no es necesario que sea así, de modo que las dos doctrinas pueden divergir).

Se dice que estas teorías desafían al concepto de contrato como promesa porque de una u otra manera niegan que ésta sea suficiente para definir las relaciones entre las partes contratantes. Puede que los deberes asumidos contractualmente no sean ejecutados forzosamente (*may not be enforced*) si el acuerdo es juzgado *unconscionable* o si ha sido procurado mediante la fuerza; deberes que no explícitamente asumidos por las partes pueden ser impuestos si así lo exige la buena fe.

Puesto que la aplicación de estas doctrinas depende de una decisión de justicia hecha por los tribunales, pareciera que las relaciones contractuales no dependieran de la voluntad de las partes y del deber ser de sus relaciones sino de juicios morales sustantivos impuestos desde afuera.

El hecho de que existan derechos y deberes que no han sido voluntariamente asumidos ni acordados, difícilmente puede por sí mismo significar un desafío, puesto que en realidad son pocos los que sugieren que todos los derechos y deberes, todas las relaciones entre ciudadanos, están basadas en acuerdos explícitos; ver, por ejemplo, la discusión en el capítulo 5 sobre el deber de los tribunales de llenar los vacíos en un acuerdo mediante el uso de principios jurídicos y morales de

---

general y las necesidades comerciales de un negocio o caso particular, las cláusulas involucradas son tan parciales hacia un lado como para oprimir o sorprender injustamente a una de las partes. Generalmente se reconoce que la *unconscionability* incluye la ausencia de una elección intencionada por parte de una de las partes de un contrato junto con términos contractuales que son irracionalmente favorables (parcialidad) a la otra parte.

Típicamente los casos en que se considera que hay *unconscionability* involucran una importante parcialidad global o una importante parcialidad de un término que renuncia a una garantía, limita la indemnización o concede ventajas procesales. Usualmente en estos casos la parcialidad se junta con el hecho de que el desequilibrio se esconde bajo letra chica o se expresa en un lenguaje ininteligible incluso para una persona de una educación moderada... Ver también nota 1 en el siguiente capítulo (N. del T.).

justicia. El reto es más bien éste: que incluso donde ha habido un acuerdo explícito, no es éste sino las decisiones de justicia y de bien sustantivo lo que define cómo deben comportarse las personas entre sí.

Se ha dicho que al admitir a la fuerza y al fraude como circunstancias invalidantes se demuestra que el contrato no tiene como base el principio de la promesa como para dar efecto a obligaciones libremente asumidas por las partes contratantes. Más bien, es presentado como todo lo que el derecho inevitablemente debe ser: la imposición *ab extra* de una decisión diseñada para conseguir lo que los tribunales y la sociedad juzgan como una distribución justa de las cargas y los beneficios. Después de todo, se argumenta, el mayor poder o facilidad para engañar son sólo dos ventajas entre muchas que pueden hacer que el equilibrio de un *bargain* se incline a favor de uno que está mejor dotado. Ya que admitimos que los *bargains* pueden ser anulados o revisados por un desequilibrio en las ventajas de este tipo, queda abierto el camino para examinar y revisar los acuerdos en general en términos de su justicia. En efecto, al final de este camino está la revisión de un acuerdo sólo en razón del equilibrio de ventajas *en su resultado*, sin referencia a alguno previo en la situación de las partes. Si no hubiera existido este desequilibrio preexistente, ¿por qué, después de todo, habría de darse un acuerdo desequilibrado? Resultados injustos son tratados como evidencia concluyente de procedimientos injustos, y se piensa que los dos tipos de juicios se unen.<sup>2</sup>

En mi discusión del fraude en conexión con la buena fe, y de las amenazas en unión con la fuerza, muestro que éste es un argumento engañoso, que existen fundamentos para condenar el fraude y la fuerza que no se refieren para nada al equilibrio de ventajas que resulta de su uso. De hecho, es un *non sequitur* esgrimir que porque el uso de fuerza o fraude puede conferir ventajas en la negociación (*bargaining*), entonces el principio general que está detrás de su condena es la consecución de algún equilibrio de beneficios deseado entre las partes contratantes (o más aún, entre todos los ciudadanos).

En resumen, aunque al condenar los *bargains* obtenidos con fuerza o fraude se lograrán efectos distributivos, no se sigue de ello que los mismos estén detrás de estos juicios.

Sin embargo, para elaborar la parte positiva de mi argumento debo ofrecer una teoría que explique las doctrinas del fraude y la fuerza y que no obstante deje intacta la concepción del contrato como promesa.

Un ataque más sutil al contrato como promesa se construye fundamentalmente sobre el concepto de buena fe. Esta acometida afirma la base relacional del derecho de contratos, pero la sitúa en un lugar distinto que la asunción deliberada de los promitentes de un grupo de derechos y deberes limitados. Para esta perspectiva, las relaciones contractuales establecen lazos de comunidad entre las partes, y tales lazos generan sus propios imperativos morales, muy distintos de las obligaciones limitadas que las partes pudieron haber asumido al crear la relación. Esta visión constituye un rechazo deliberado y una inversión de la clásica tesis de Henry Summer Maine en *Ancient Law* de que el derecho moderno se ha alejado de las relaciones de *status* a otras fundadas en la promesa, esto es, definidas por la voluntad de las partes. En contraste con la tesis redistributiva, esta concepción no sostiene que la sociedad imponga a las partes un grupo de obligaciones para propósitos sociales generales; sino más bien la relación misma se mira como si implicara deberes y restricciones morales.

Muchos han desarrollado este alejamiento de la concepción de Maine (entre ellos, Macneil, Fuller, Gilmore, Kessler, Atiyah).<sup>3</sup> En un reciente e influyente artículo, Duncan Kennedy contrasta el individualismo con el altruismo, y propone a este último como la moral que compite con las relaciones contractuales. El altruismo es una ética de compartir y de sacrificar. Si, a medida que una relación se desarrolla, una parte viene a gozar de grandes ganancias, debe compartirlas con su compañero. Si sufre grandes pérdidas, su compañero debe sacrificarse y asumir parte del peso de éstas. El individualismo, por el contrario, permite que cada parte retenga cualesquiera ventajas de que goce, y no le da ningún derecho a ayuda en la miseria. Los deberes de las partes entre sí son sólo aquellos que han

asumido y nada más.<sup>4</sup> El modelo de la relación altruista es la familia, en contraposición con el duro individualismo de las relaciones comerciales.

Sin embargo, en opinión de Fuller, Macneil y Kennedy, esta dicotomía es falsa, y todas las relaciones —sean de amistad o comerciales— pueden estar guiadas por la ética del altruismo, y si no lo están en forma espontánea, deben ser modeladas para ese ideal por la intervención de los tribunales. Y como el altruismo está de una manera fundamental interesado en hacer ajustes a medida que las relaciones se desarrollan, de un modo natural se lo asocia con el rechazo del interés individualista por identificar y hacer cumplir forzosamente el acuerdo original conforme a sus términos. Este rechazo toma la forma de un ataque a un vicio que con vaguedad es denominado formalismo. En la discusión sobre la buena fe examino el cargo de que el contrato como promesa es afectado por este vicio.<sup>5</sup>

Estos dos ataques al contrato como promesa —uno en nombre de la redistribución y el otro en aras del altruismo— están relacionados. Puesto que el altruismo requiere compartir, también es una instancia para obtener metas redistributivas a través del derecho de contratos. Sin embargo, las dos críticas son distintas en su focalización. El altruismo se focaliza en el compartir dentro de una relación particular. En consecuencia, parece ser un ataque menos completo, puesto que al menos reconoce el significado especial de las relaciones particulares que las mismas partes han establecido. En otro sentido, sin embargo, socava mayormente al individualismo. La redistribución —según enseña la moderna economía del bienestar—<sup>6</sup> al menos puede contentarse con definir amplias dotaciones de riqueza y recursos, que en una etapa posterior las partes podrán comerciar de una manera libre a su antojo (esto es, haciendo contratos individualistas). El altruismo niega al individualismo este refugio contractual. Y por supuesto nada hay en él que lo confine a repartir y sacrificar entre compañeros contractuales u otros relacionados en forma estrecha. Se podría sostener que tales relaciones especiales imponen deberes *adicionales* de compartir y de sacrificio.

## "HONESTIDAD DE HECHO"

El *Uniform Commercial Code* define la buena fe como honestidad de hecho (*honesty in fact*).<sup>7</sup> Conforme a dicha definición, la honestidad nada tiene que ver con compartir, con el altruismo o con una activa preocupación por el prójimo. Un hombre honesto puede llevar una negociación (*bargain*) dura, pero lo hace abiertamente, cándidamente. Podría decirse que la honestidad es la virtud más fuertemente asociada con el individualismo clásico y con el principio de autonomía:<sup>8</sup> si una persona está bien informada y goza con seguridad de sus derechos, entonces, cualesquiera disposiciones que elija hacer merecen ser respetadas. Ellas representan la decisión racional de un hombre libre sobre cómo disponer de lo que es suyo, cómo obligarse a sí mismo. La esencia de la honestidad es el caballero victoriano, quien aunque rígido, tal vez nada generoso, negociador duro, mantiene su palabra y no miente. La honestidad asegura, en primer lugar, que uno no engañará a otros en relación con los hechos para beneficiarse de la decisión mal informada de éstos. También garantiza que una vez cerrados, los acuerdos serán respetados. La buena fe, como la honestidad, pueden considerarse como una manifestación de la creencia liberal en la objetividad de los hechos, en la autonomía individual y en la importancia de mantener la palabra empeñada.

Consideremos el importante caso de *Obde v. Schlemeyer*.<sup>9</sup> El vendedor sabía que su casa estaba infestada de termitas, y también que como tratamiento él no había hecho más que tapar y reparar todos los signos visibles de infestación. Ahora bien, el comprador no preguntó por termitas, ni el vendedor dio seguridades sobre la condición de la casa. A pesar de ello, un tribunal falló que el comprador había sido engañado y le concedió una indemnización por las pérdidas que había sufrido.

¿Qué debemos decir acerca de este caso? El vendedor ciertamente actuó en forma deshonesto y si Schlemeyer hubiera mentido directamente ningún abogado ni moralista tendría la más mínima dificultad.<sup>10</sup> Mentir es incorrecto y en consecuencia es una forma inadmisibles de obtener una ventaja. He argumen-

tado este punto en profundidad en otra parte.<sup>11</sup> Aquí relaciono lo incorrecto de mentir con mi tesis sobre el fundamento moral de la promesa y el argumento engañoso de que la prohibición contractual del fraude constituye una forma de redistribución.<sup>12</sup>

En la visión que he estado desarrollando, la capacidad de formarse juicios verdaderos y racionales y de actuar en consecuencia es el corazón de la personalidad moral y el fundamento del derecho de un sujeto porque se lo respeta como un ser ético. Un mentiroso busca obtener su propósito creando una falsa creencia en su interlocutor, y por ello puede decirse que ha hecho un daño afectando la mente, así como un asaltante lo hace poniendo las manos en el cuerpo de la víctima. Más aún, el mentiroso procura este provecho solicitando la confianza del otro, puesto que es sólo invocando la expectativa de veracidad que la falsedad hace su trabajo. Este vicio es compuesto cuando la mentira hace su labor en el contexto de una promesa. Una mentira simple hace daño porque es creída; una que es admitida y así consigue la promesa de la víctima, lo hace sólo si esta promesa se ejecuta de una manera forzada. Pero ello implica invocar *contra la víctima* la misma moralidad de respeto y confianza que el mentiroso traicionó al conseguirla. Es perfectamente posible describir esta condena del fraude como una redistribución de ventajas, pero esta descripción es con dificultad clarificadora, puesto que la "ventaja" ha sido obtenida con violación de un principio moral que no se relaciona para nada con intereses distributivos.

De modo que la mentira es un caso fácil, ¿pero mintió Schlemeyer? Parece que "no hizo más" que omitir revelar información que sabía sería muy útil para el comprador. Uno puede mentir de modos diferentes y más allá de las palabras. Schlemeyer tapó (en términos laterales) las huellas de infestación de termitas, sabiendo que esto crearía una impresión equivocada en el comprador y con seguridad con la intención de que así fuera. ¿Es esto una mentira? Los críticos de la concepción del contrato como promesa argumentan que el concepto de fraude es inestable, que no puede ser limitado a una esfera de acción definida con claridad en términos analíticos o intuitivos de la conducta que es de una manera evidente incorrecta, que en

forma inevitable implica un deber general de compartir información, que a su vez en términos inexcusables admite un deber general de compartir los beneficios. Se puede pensar en el caso *Obde*, como en el primer paso en esta pendiente resbaladiza hacia un deber general de compartir.

Consideremos este otro ejemplo:

I. Una empresa petrolera ha hecho extensos cateos geológicos buscando identificar posibles reservas de petróleo y gas. Estos son en extremo caros. Habiendo identificado un sitio promisorio, la empresa petrolera (actuando a través de un corredor) compra una gran porción de terreno a su propietario, un próspero agricultor, sin revelar nada de sus investigaciones, sus propósitos, ni su identidad. El precio pagado es el de mercado para tierras de esa calidad en esa región.<sup>13</sup>

¿Es la conducta del comprador diferente de la del vendedor en *Obde*? ¿Debemos aquí obligar al vendedor a cumplir su promesa de vender la tierra, así como *no* obligaríamos al comprador a cumplir la suya en *Obde*? ¿Sería correcto decir que éste engañó al vendedor?

A diferencia de Schlemeyer, la empresa petrolera de una manera estudiada evitó engañar al agricultor. No envió a su agente a darse vueltas vestido con delantal y masticando una pajita. Sus indagaciones fueron hechas a través de un corredor que se sabía actuaba para un comprador no identificado.

Ahora bien, como cuestión general, la prohibición de mentir con dificultad puede importar un deber general de remover todas las instancias de ignorancia y error que puedan deslizarse dentro de su alcance; si no se remueve el error de un extraño no se hace un mal mayor que si no se sale de su camino para aliviar algún otro deseo insatisfecho de un extraño cualquiera. Si en Columbus, Ohio, hay un niño que estaría más feliz si tuviera un helado, esto no crea ninguna demanda moral; tampoco surge obligación moral alguna de la equivocada idea que tiene la madre del niño de que el buen tiempo durará, lo que la hace salir de la casa sin paraguas. Nadie causó la molestia; no se la está usando para propósitos propios, y tampoco ha sido el

causante de la ignorancia. La molestia y la ignorancia de los otros no genera ninguna demanda generalizada en aquellos que posiblemente podrían aliviarlos.<sup>14</sup>

Sin embargo, en el caso hipotético I la empresa petrolera no es que con simpleza no esté aliviando la molestia, ni que de una manera simple omita remover oficiosamente la ignorancia, sino que está haciendo de este desconocimiento el medio por el cual alcanza sus fines, incrementa su ganancia.

Este caso está justo en el límite movedizo y en el frente del desarrollo del derecho, y algunos escritores modernos argumentan a favor de dar una reparación al agricultor.<sup>15</sup> ¿Sobre qué base? No hubo mentira. Si se reconoce un fraude, entonces parece que en realidad estamos de modo simple emparejando las ventajas (de información) entre las partes. Para aguzar nuestras intuiciones, consideremos este otro caso.

II. Los hechos son los mismos que en el caso I, salvo que la empresa está tratando de obtener derechos de exploración no de un agricultor, sino de una gran empresa *holding* de recursos naturales. La empresa petrolera es una pequeña y arriesgada firma de exploración de pozos petroleros, que está dispuesta a asumir grandes riesgos y a actuar por confianza en información geológica controvertible. Nuevamente, ninguna de las partes expresa cuáles son sus expectativas o cuáles podrían ser las bases de su actuación. La petrolera propone un precio a la de recursos naturales, que ésta acepta, y el acuerdo se perfecciona.

La respuesta intuitiva es totalmente diferente de aquella referida a los hechos de *Obde*, y carece de todas las ambivalencias que se podrían sentir en el de la empresa petrolera y el agricultor. ¿Por qué es esto? Seguramente no lo es porque aquí tengamos sociedades a ambos lados de la transacción, o alguna vinculación sentimental hacia los intereses del agricultor. Tampoco es relevante por sí misma la riqueza de las partes. Después de todo, el agricultor puede haber sido rico, con grandes posesiones de tierras. Si uno se inclina a hacer significativa la riqueza de la parte ingenua, es en la tácita suposición de que la

misma implica conocimiento, experiencia, oportunidades, de modo que al agricultor rico en el anterior caso hipotético se lo puede obligar a cumplir su *bargain* porque él hizo un cálculo deliberado de no gastar algo de su patrimonio para obtener la información comprada por la empresa petrolera, o tal vez no hizo reserva de derechos para el evento de descubrimientos minerales precisamente porque estaba ansioso de conseguir lo que parecía un buen precio.

Creo que las intuiciones en conflicto en estos casos pueden estar referidas a la concepción básica del contrato como promesa, puesto que no se asume la obligación de una promesa cuando el promitente no ha tomado esta obligación a sabiendas.

Como vimos en el capítulo 5, donde las partes no han pretendido acometer una distribución de los riesgos y ventajas, el mero hecho de que las palabras generales de aquello a que se han comprometido parezca cubrir un caso imprevisto, no debe por sí mismo obligarlas en tal situación. Ha habido un error. Efectivamente el caso I y *Obde* son ejemplos de error, al extremo que el contrato es del todo defectuoso. En ambos el error es unilateral: el vendedor en *Obde* sabía de las termitas. La empresa petrolera en el caso I estaba al menos apostando a sabiendas sobre la posibilidad de encontrar petróleo: el agricultor-vendedor, no (el vendedor en el caso II pudo haber estado apostando). Como hemos visto, el error unilateral constituye el caso más débil para eximir, en especial cuando una de las partes del *bargain* está simplemente tratando de ejecutar de manera forzada lo que pensó era el negocio. Pero en *Obde* no es así. Schlemeyer sabía del error;<sup>16</sup> más aún, ayudó a crearlo.

Mi tesis es que en cada caso de error, no debe ser usada la promesa sino los otros criterios de equidad (*equities*) para resolver el inevitable dilema causado por un accidente contractual. No obstante, donde una de las partes causa el accidente (como en *Obde*), muy claramente los criterios de equidad (*equities*) no lo favorecen. Su comportamiento poco honorable no hace que el contrato no exista; no existió de ninguna manera. Más bien previene que el tramposo demande, sobre la base de la equidad que debió obtener, el mismo beneficio que hubiera gozado en un contrato honesto.

Los casos de la empresa petrolera son más difíciles de despachar de esta manera. El que causa el error de otro pierde el derecho de demandar en equidad el cumplimiento forzoso (*enforcement*) de un trato imperfecto, pero en el caso I la empresa petrolera a lo más supo (e intentó profitar) del error del agricultor. Sin embargo, si se le permite hacer cumplir el trato de manera forzada, no es porque había un acuerdo completo sobre el objeto materia de la promesa. No lo había. Puesto que no hay un deber general (altruista) de ayudar, de compartir, y por ello de compartir información para remover los errores que pueden ser dañinos para los demás,\* este acuerdo imperfecto no debe ser ejecutado forzosamente salvo que haya algún fundamento equitativo (*equitable*) para ello. El hecho de que la empresa petrolera a sabiendas busque sacar ventaja de la ignorancia del agricultor, es bien difícil considerarlo como un argumento de equidad (*equity*) a su favor. Y sin este argumento (*equity*) el trato en términos simples debe morir.

Es cierto que sentimos ambivalencia frente a estos casos donde existe el deber de revelar, como lo muestra el caso II. En verdad ahí estamos poco inclinados a negar a la empresa petrolera los frutos de su *bargain*. Y más aún, el derecho generalmente fallaría a favor de la empresa petrolera incluso en un caso como el I.<sup>17</sup>

El recientemente redactado *Restatement (Second) of Contracts* establece (en la sección 161) que “el que una persona no revele un hecho que conoce es equivalente a la afirmación de que el hecho no existe sólo si... (b) sabe que la revelación del mismo corregiría un error de la otra parte respecto de un presupuesto básico sobre el cual esa parte contrató, y si la no revelación del hecho importa una violación al deber de actuar con buena fe y de acuerdo con criterios razonables de negociación justa...” (el énfasis de la *y* es del autor). El comentario a esta regla dice explícitamente que “por ejemplo, no se espe-

\* Imagine este caso: veo que usted está pronto a construir un hotel en un sitio cercano a mi restaurante, afortunadamente en mi beneficio. No tengo ningún deber de contarle que la tierra es blanda y que por ello los cimientos le costarán más de lo que espera pagar.

ra ordinariamente que el comprador de una propiedad revele las circunstancias que hacen a ésta más valiosa de lo que el vendedor supone". ¿Por qué no? ¿Qué subrepticio argumento de equidad (*equity*) favorece el hacer un *bargain* para la empresa petrolera, aunque (si mi análisis es correcto) no exista un acuerdo verdadero? Vemos que en el caso II ambas partes pertenecen a un mundo en el que se entiende que la investigación y cálculo de las cualidades que hacen subir el valor de un bien raíz son responsabilidad de cada parte. Por lo tanto, en un sentido muy general, estos riesgos son intrínsecos a los supuestos del trato. O alternativamente, los argumentos de equidad (*equities*) favorecen a la empresa petrolera porque estos supuestos subyacentes generales la han impulsado a invertir recursos para adquirir el conocimiento relevante y esa inversión sería en gran medida aprovechada por el vendedor (que no asumió ninguno de los riesgos de la inversión) si la revelación fuera exigida. El caso del agricultor es difícil precisamente porque él puede no haber estado en este juego en absoluto, de modo que los argumentos de equidad (*equities*) de la empresa petrolera no lo afectan de la misma manera. Y sin embargo, también en el caso I hay argumentos de equidad (*equities*) para la empresa petrolera. Si éstas son las convenciones generales sobre las que ha procedido, no hay manera para ella para tratar de modo diferente con una persona inusual que no está al tanto de estas convenciones. No podemos hacer una excepción a favor del agricultor sin traspasarle la mayor parte de la ganancia, aunque él no asumió parte alguna del riesgo.

Tal vez es esto lo que está detrás de la dura afirmación del *Restatement*: "Si el otro es indolente, inexperto o ignorante, o si tiene mal juicio o carece de acceso a información adecuada, generalmente no se espera que su adversario lo compense por estas deficiencias". El juicio es demasiado absoluto. Más bien diría que donde la parte bien informada no puede compensar los defectos de la otra sin quitarse a sí misma una ventaja a que tiene derecho por un título convencional, su no revelación no hará que los argumentos de equidad (*equities*) se inclinen en su contra.

Anthony Kronman ha escrito recientemente que estos razonamientos en términos de promover la inversión en información demuestran que los resultados en tales casos dependen y deben depender de una política de eficiencia y redistribución. Las decisiones favorecen a la empresa petrolera porque incluso los vendedores estarán mejor en el largo plazo bajo una regla que promueva tales inversiones en conocimiento. Y en general, argumenta Kronman, que los contratos sean ejecutados forzosamente es (y debe ser) simplemente siempre una función de lo que hará estar mejor a la parte menos aventajada en un tipo particular de transacción.\*<sup>18</sup> Pero ésta es una forma equivocada de entender el argumento. La empresa petrolera no gana porque queramos promover sus inversiones futuras, sino porque sería injusto frustrar sus razonables expectativas pasadas. Ciertamente, nuestra determinación de ser justos aun de cara a presiones sentimentales para favorecer a la parte más débil (el agricultor) promoverá la inversión, esto es, la planificación racional del futuro. Pero Kronman toma el argumento precisamente por el lado equivocado. Aún más, si nos comportamos con justicia con la empresa petrolera sólo porque (y sólo hasta el punto en que) esto llevó a una mayor productividad económica o mejoró la situación de la parte menos aventajada, entonces nuestro comportamiento justo en una ocasión particular no creará confianza y en consecuencia ni siquiera conseguirá estos supuestos beneficios generales. En general podemos obtener dividendos sociales colectivos de la confianza sólo si somos fieles por causa de la misma confianza, y no por los beneficios resultantes.

Aquellos que asumen una visión instrumental del deber de revelar —sea la meta la sola eficiencia o la eficiencia para la parte menos favorecida— están en lo correcto hasta este punto: muchas de las convenciones que establecen las expectativas

\* La fórmula de Kronman, rawlsiana en su inspiración, es todavía económica e instrumental en su forma. Otra versión en modo económico simplemente preguntaría si una regla de revelación sería más eficiente. El mismo Kronman usó esta fórmula en un trabajo anterior, *supra* nota 9.

subyacentes, que señalan (en las palabras del *Restatement*) "criterios razonables de negociación justa" tienden a producir resultados eficientes. Y tal vez algunas de éstas han sido adoptadas o han evolucionado precisamente porque llevan a la eficiencia. Sería sin embargo falaz concluir de esto que la misma (o, en la versión de Kronman, eficiencia más distribución) debe determinar el resultado *en un caso particular*, más que las consideraciones de justicia que he propuesto.

Primero, estas convenciones de revelación también tienen otras fuerzas motrices. El ejemplo más notable es el deber de revelar cuando una parte tiene una relación de confianza con el destinatario de la promesa: p. e., si una de las partes se obliga a sí misma a actuar en interés de la otra (digamos un abogado, un curador o mandatario). La no revelación en estos casos viola la confianza creada por los términos de esa relación fiduciaria.<sup>19</sup> Pero tal vez estos casos fiduciarios demuestran que no sólo la eficiencia sino también una política altruista que favorece a las personas más débiles o dependientes determina qué deberes generales serán o no serán ejecutados forzosamente. Esta es la tesis de aquellos como Kennedy y Macneil, que destacan el aspecto relacional de la doctrina contractual.

Segundo, sea que las convenciones subyacentes estén motivadas por intereses económicos o relacionales-altruistas, ambas perspectivas pierden de vista el punto crucial de que éstas *preceden* a un encuentro contractual particular (frustrado). Como tales, en el caso particular definen expectativas, permiten planificar, y limitan la búsqueda por los tribunales tanto de eficiencia como de altruismo. Puesto que si ambos fueran nuestra única preocupación, no habría razones a priori por las que éstas no fueran mejor servidas si los tribunales en ocasiones decidieran por sí mismos los casos particulares sobre bases ad hoc, libres de los límites de una convención preexistente.<sup>20</sup> Pero éstos en general no operan sobre una tal base ad hoc, y rara vez lo admiten, si es que lo hacen, lo que cuenta con gran fuerza en contra de tesis tales como las de Kronman y Kennedy.<sup>21</sup>

La eficiencia, la redistribución y el altruismo con certeza están entre los muchos fines del derecho. Pero al perseguir esos fines conforme, pero sólo conforme, con las convenciones

establecidas —incluyendo las establecidas anticipada o gradualmente por los tribunales— la colectividad reconoce que los individuos tienen derechos y no pueden ser simplemente sacrificados por fines colectivos. El recurso a convenciones previas permite a los individuos planificar, considerar y perseguir sus propios fines. Y una vez que lo han hecho y se han embarcado en planes bajo este trasfondo sería injusto cambiar las reglas a mitad de camino y requerir revelaciones y repartos inesperados sólo en caso de que los planes tengan éxito. Los cambios sólo deben ser hacia el futuro. De hecho, si los tribunales ignoran las convenciones establecidas al actuar como agentes de la política social, entonces la colectividad sería ella misma culpable de la misma violación de confianza, la misma mala fe condenada en las transacciones entre individuos (en el siguiente capítulo elaboro este punto en relación con los derechos de propiedad en general).

Finalmente, esta fidelidad hacia los supuestos subyacentes de donde salen los planes y esfuerzos individuales, es el corazón de la actitud que los críticos del individualismo han caricaturizado bajo el nombre de formalismo. Un tribunal que busca mantener la confianza entre la colectividad y los individuos debe inquirir en los supuestos subyacentes (incluidos aquellos establecidos en decisiones anteriores) de un caso particular. Para quienes no tengan paciencia para nada que no sean las políticas de mejoras sociales que miran hacia el futuro, esta búsqueda les parecerá vana, incluso un ejercicio tonto, como lo sería el aferrarse escrupulosamente a la promesa de uno mismo.<sup>22</sup> Es cierto que en casos difíciles esta búsqueda interpretativa puede ser un tanto misteriosa y polémica.<sup>23</sup> Sobre esto también tendré más que decir en la discusión que sigue.

## BUENA FE EN LA EJECUCION

El concepto de buena fe normalmente es invocado no sólo para condenar el engaño y la falta de candor al momento en que se perfecciona un *bargain*, sino también para exigir una actitud futura, para condenar el engaño y las trampas durante la ejecu-

ción de las obligaciones contractuales.<sup>24</sup> Esto ha llevado a algunos a sostener que al menos en esta etapa posterior la buena fe implica un deber de compartir, un deber de altruismo.<sup>25</sup> En consecuencia, si bien la buena fe como honestidad es perfectamente compatible con el concepto de contrato como promesa, puesto que sólo las obligaciones asumidas con conocimiento son contraídas libremente, la buena fe como lealtad (para usar un contraste propuesto por Roberto Unger)<sup>26</sup> impone deberes que van más allá del principio de la promesa. El contrato es visto como si creara un tipo de relación de status, como un contrato de matrimonio o, como en algunos países, el de trabajo, y esa relación entonces cobra vida por sí misma. Tres casos clásicos nos darán alguna solidez para la consideración de la buena fe en la ejecución.

En *Patterson v. Meyerhofer*,<sup>27</sup> la demandante, una eventual compradora de una parcela de tierra, acuerda que el demandado debe comprar la tierra para ella y luego revendérsela a un precio determinado. Con posterioridad ella se adjudica, en contra del demandado, la parcela en el remate en que fue puesta a la venta, y demanda indemnización de perjuicios por incumplimiento. El tribunal denegó la demanda fundado en que implícito en su contrato con el demandado estaba una obligación de no realizar acciones que interfirieran con el cumplimiento de su compañero contractual.

En contraste con el caso anterior está *Iron Trade Products Co. v. Wilkoff*,<sup>28</sup> en que el demandante contrató la compra de una cantidad de rieles de hierro usados al demandado y posteriormente entró al mercado para comprar por sí mismo una gran cantidad de ellos, haciendo que el precio subiera y que el demandado experimentara dificultades para hacer las compras necesarias. El tribunal sostuvo que la conducta del comprador en ningún sentido constituía una violación al contrato, que las partes que negocian un producto se consideran a sí mismas libres para especular por su propia cuenta y que cualquiera que ha celebrado un contrato de compraventa a futuro entiende que todos los actores potenciales del mercado —incluido el audaz comprador— pueden continuar especulando en éste.

En *Neofotistos v. Harvard Brewing Co.*,<sup>29</sup> una cervecería estaba obligada por un contrato a largo plazo con un granjero a proveerle de todo el grano usado en la fabricación de la cerveza para su uso como alimento para el ganado. La cervecería experimentó un período de baja demanda y finalmente cerró. El granjero demandó, diciendo que el cierre violaba la obligación de buena fe. Hubo un tiempo en que los tribunales tendían a considerar que esta clase de contratos —proveer a todas las necesidades de un comprador, o aceptar toda la producción de un productor— eran demasiado indefinidos para ser ejecutados de manera forzada. Después de todo, razonaban, cuáles sean las necesidades del comprador o cuál la producción del vendedor es cosa de ellos, de modo que al obligarse a comprar o vender por esta medida, una parte no se está obligando en realidad (puesto que no se había obligado a nada, su promesa era “ilusoria” y no podía servir como *consideration* para la promesa de la contraparte). Con posterioridad se reconoció que al menos en contratos *exclusivos* de producción o suministro, el promitente en realidad había restringido en forma significativa su libertad de acción.<sup>30</sup> *Harvard Brewing*, p. e., sólo podía cesar de suministrar el grano usado si acababa la operación, y de un modo presumible hubo otros factores distintos, en el mercado de grano usado, que influyeron en su decisión de si convenía elaborar cerveza y cuánta elaborar. Sin embargo, el *Uniform Commercial Code* ha ido más lejos, exigiendo que la decisión de reducir la producción sea hecha de buena fe, y sugiriendo que el hacerlo sólo para evitar pérdidas no lo es, mientras que la reducción para evitar la bancarrota es permisible.<sup>31</sup>

Nada hay en estos casos que fuerce la conclusión de que la buena fe en la ejecución socava la naturaleza autónoma de la obligación contractual. En cada caso una interpretación razonable del acuerdo de las partes, de sus intenciones originales, en el contexto de prácticas y supuestos normales para este tipo de transacciones, sería suficiente para proveer una solución satisfactoria.

En *Patterson*, el corredor demandado debe haberse sorprendido bastante al ver a la demandante en la subasta, haciendo posturas en contra. Con seguridad una de las cosas que

puede decir en su defensa es que si hubiera pensado en el punto, con certeza habría prohibido de modo expreso en el contrato esta posibilidad. Podría aducir que no pensó en esto simplemente porque parece demasiado obvio.

De nuevo tenemos la vaguedad inherente a establecer un sistema de expectativas subyacentes, al instituir el contexto de un acuerdo.

A Lon Fuller le gustaba citar un ejemplo de Wittgenstein, en que alguien a quien se le pedía que “mostrara un juego a los niños”, les enseñaba uno que incluía apostar con dados.<sup>32</sup>

No sólo los acuerdos contractuales, sino las palabras, las frases y las sentencias tienen un sistema de expectativas subyacentes que no puede ser en su totalidad especificados de antemano, y cuyas limitaciones sólo se perciben cuando alguien las transgrede. Tal como una palabra, una frase o una sentencia deben ser comprendidas en su contexto —que no será especificado de un modo total—, de una manera similar debe ser comprendida una obligación contractual. La pregunta que surge es la misma que consideramos en el capítulo 5: ¿es este sistema de expectativas subyacentes, este contexto, susceptible de una especificación de hecho, identificable desde un punto de vista cognoscitivo, o es normativo? Concedería que aquí, al igual que en el caso general del lenguaje, este sistema de expectativas subyacentes con dificultad puede ser especificado por una de sus condiciones necesarias y suficientes, las que son identificables en principio de antemano. Uno a veces puede no saber qué se incluye en el sistema hasta que surge la pregunta. Esto hace que la especificación de significado parezca un asunto de elección más que de comprensión, y la opción, por supuesto, está regida por valores, por normas.

En consecuencia existe una dicotomía entre asuntos de hecho por una parte, que se supone pueden ser investigados al menos en principio por rutinas no controvertidas, idealmente mecánicas; y asuntos de valor, que se relacionan con una elección y son en principio arbitrarios.

Esta es una dicotomía falsa. Es posible llamar a algo un objeto de conocimiento, aunque sus resultados reales no puedan haber sido especificados de antemano en términos de con-

diciones necesarias y suficientes. De manera que la determinación de lo que calza bajo un concepto de valor no es *simplemente* un asunto de elección. Por ejemplo, el hecho de que no podamos saber de antemano todas las instancias que se considerarán comportamiento cruel, no significa que nuestra designación de una nueva instancia como una verdadera crueldad sea una decisión arbitraria. Existe un elemento de comprensión, y el mismo concepto de crueldad determina nuestra decisión, aunque no podamos saber completamente esa determinación de antemano.

De modo que la noción liberal del contrato ha aparecido como inadecuada mediante la introducción de una concepción del lenguaje insostenible. Las promesas, como toda expresión humana, son hechas en un trasfondo de propósitos y experiencias compartidos, incluso dentro de una teoría del mundo en la que estamos de acuerdo. Sin ese trasfondo común la comunicación sería imposible. Por supuesto que la congruencia del trasfondo entre dos personas nunca es total, pero sólo el solipsista extrae conclusiones pesimistas de esto. Lo que resulta a un mismo tiempo obvio y destacable es la extensión hasta donde es posible el intercambio práctico y profundo. En la conversación, una infinidad de claves —a veces tan ínfimas como la pérdida del contacto visual— permite a las partes percibir cuándo la comunicación entre ellas no está teniendo éxito, de tal manera que deben ajustar, reformular, hacer explícito lo que de otra forma se habría mantenido implícito, permitiendo así finalmente restablecerla en un contexto compartido más general. La ausencia de tales claves puede explicar por qué intercambios muy limitados, como el de cartas en *Raffles v. Wichelhaus* sobre el barco *Peerless*, pueden fallar fácilmente sin importar qué tanto compartan las personas una “conciencia” común. Y también podemos ver lo absurdo del deseo de algunos teóricos clásicos de los contratos de limitar el escrutinio interpretativo de la promesa a las cuatro esquinas del documento mismo. Esta fatuidad se relaciona con la doctrina de dejar las pérdidas ahí donde se producen, discutida en el capítulo 5.

No es necesario que las partes acuerden por adelantado o quieran lo mismo para que puedan entenderse mutuamente y

llegar a un acuerdo. Siempre hay algún nivel más profundo y más general de experiencia y esfuerzos compartidos a los que se puede apelar para hacer mutuamente inteligible un proyecto particular. Con una comprensión mutua el escenario está listo para un intercambio de promesas. Y esto es crucial para una visión apropiada y proporcionada del concepto de buena fe. Pues la posibilidad de comprensión mutua muestra que la misma no exige lealtad a alguna relación indefinida, sino sólo a la promesa misma —el fiel cumplimiento de las promesas recíprocas que las partes, habiendo llegado a comprender sus propósitos *separados*, eligen intercambiar.

Esta concepción de la lealtad a la promesa arroja de una vez y para siempre la idea de que el contrato como promesa importa una actitud repugnante, mezquina y formalista hacia la obligación contractual. Y cierra la brecha entre la buena fe como sinceridad y la buena fe como lealtad.

Tomemos el ejemplo sugerido por el *Uniform Commercial Code* sobre los contratos de suministro e insumos, como se aplicaría al caso *Neofotistos*. La sugerencia de que sólo una eventual bancarrota justifica el cierre parece extrema. Una solución adecuada exige tomar en cuenta el presupuesto contractual de un contexto de variaciones normales de las necesidades y condiciones, de modo que se considerará que la buena fe importa mientras las condiciones del negocio son normales, la latitud de la redacción del contrato no debe ser usada para forzar una ganancia inesperada o nuevas concesiones de la otra parte contratante. Cuando las condiciones del contexto cambian, entonces las obligaciones pueden ceder. Que una cervercería no rentable deba continuar en operación sólo para suministrar a un granjero un subproducto es obviamente absurdo, y no habría sido acordado por las partes si lo hubieran mencionado más que lo que habría sido autorizada la postura competitiva en *Patterson*.\*

\* Gran controversia han provocado casos recientes sobre las implicancias del deber de buena fe en el despido de empleados cuyos contratos nada establecían acerca de su duración o que eran explícitamente desahuciables a voluntad del empleador. En *Fortune v. National Cash Register Co.*, 373 Mass.

Tal como vimos en la discusión sobre el error y la imposibilidad, la interpretación puede no encontrar un meollo del acuerdo, y por eso en algún punto debemos admitir que el contrato se agota. En un caso semejante no nos queda más que buscar otros principios de solución distintos de la promesa. Estos no sólo incluyen los de culpa sino también de compartir y de altruismo. Si en la balanza penden consecuencias drásticas para una u otra parte y estamos llegando a los bordes del acuerdo efectivo (y quién dice que el límite debe ser siempre uno nítido —los formalistas, sean quienes sean), inevitablemente habrá presión para no empujar tanto al lenguaje como al compañero contractual contra la pared. Este es el principio de civilidad, que permite el funcionamiento suave y tranquilo no sólo de las instituciones privadas sino también de las civiles: las ventajas dudosas no son presionadas hasta su límite, para que la voluntad para cooperar no se resienta y no se sobrepasen las necesarias limitaciones del lenguaje y la buena voluntad.

Roberto Unger termina su tratamiento del contrato con una perorata conmovedora del contraste entre Venecia y Belmont,

96, 364 N.E.2d 1251 (1977), un empleador ejerció una cláusula explícita de desahucio, despidiendo a un empleado de veinticuatro años de antigüedad al día siguiente que su nombre apareciera en una orden por US\$5.000.000. El tribunal consideró que la razón para despedirlo fue pagar a Fortune lo menos posible del bono de comisiones por esa orden. El tribunal, considerando un deber de desahuciar sólo de buena fe, concedió una indemnización suficiente para compensar a Fortune por las comisiones perdidas. Algunos piensan que tales fallos ejemplifican una tendencia a dar a los trabajadores, mediante la doctrina de la buena fe, derechos de seguridad laboral similares a los creados por la legislación en otros países. Ver Note, "Protecting At Will Employees against Wrongful Discharge: The Duty to Terminate Only in Good Faith", 93 *Harv. L. Rev.* 1816 (1980). El caso *Fortune* al menos no requiere una doctrina tan amplia para permitir que se haga justicia. Podemos admitir el derecho del empleador a despedir a su empleado sin aceptar su derecho a retener las comisiones, que una interpretación razonable del contrato consideraría que ya han sido ganadas. Incluso aquellos casos que parecen ir más lejos, por ejemplo *Monge v. Beebe Bubber Co.*, 114 N.H. 130, 316 A.2d 549 (1977), son reacciones a despidos no por razones de negocios, sino por malicia, acoso personal o incluso extorsión. No tengo dificultades en acomodar el juicio de que tales acciones son incorrectas y que sus víctimas merecen compensación. Ver capítulo 2 *supra*, pp. 40 y 41, y capítulo 7 *infra*, p. 149 n.

las dos regiones del *Mercader de Venecia* que ejemplifican las dos formas de ver el derecho de contratos. Belmont es el dominio del amor, de las relaciones familiares, en resumen, del altruismo; Venecia el del comercio, donde aún el *bargain* más estricto debe ser mantenido en términos literales, sin importar el costo en sufrimiento. La versión liberal, de acuerdo con Unger, mantiene estos dos dominios de manera rígida aparte, con la desgarrada alma del hombre yendo con dificultad entre las dos. En sus tratos comerciales, en sus negocios y también en sus arreglos públicos, el individuo está gobernado por el estricto régimen de los contratos, que no es mitigado por ningún toque de humanidad o clemencia. Y esto sólo se hace tolerable por su habilidad para retirarse en forma periódica a Belmont, un mundo privado de dulzura y luz. El contraste es entre relaciones comerciales y familiares, las primeras regidas por las doctrinas literalistas del contrato y por lo que puede realizarse de un modo formal y las últimas gobernadas por un espíritu de compartir y de sacrificio.

El contraste es del todo falso. Lo cierto es que es verdad que las relaciones dentro de una familia deben estar regidas por un espíritu altruista de compartir propósitos y hacer sacrificios comunes. Una familia en la que todos los beneficios y cargas fueran distribuidos por estrictos acuerdos previos con ajustes sólo mediante algunos *quid pro quo* duramente negociados (*bargained*) sería una parodia. Pero esto no prueba nada, puesto que el compartir dentro de una familia es y debe ser voluntario. Donde éste es ordenado por una autoridad más alta, se convierte en despotismo. El despotismo puede ser benigno, incluso necesario, como cuando los padres ejecutan forzosamente (*enforce*) un régimen de clemencia entre sus hijos pequeños. Pero esa ejecución forzada paterna (*enforcement*) se hace cada vez menos tolerable a medida que los niños crecen. Ejecutada en adolescentes tardíos o en adultos es pura tiranía. Entre los miembros adultos o casi adultos de la familia el compartir debe producirse libremente. Donde falta la voluntad de compartir, entonces a su tiempo el instinto más sano dicta que la unidad debe disolverse.

Tampoco existe en las relaciones comerciales ningún im-

perativo de que los compañeros deban rehusarse a compartir. De hecho, existen muchos motivos para hacerlo en la mayoría de los contextos comerciales: desde el deseo de mantener la buena voluntad para que las relaciones continúen en el futuro, hasta una preocupación altruista por el prójimo, el cliente o el compañero de negocios. Nada hay en el concepto liberal de contrato, nada en la concepción liberal de la humanidad y el derecho que haga tal altruismo improbable o sin sentido. La disposición a mirarse unos a otros con simpatía y clemencia es un bien positivo, que de manera alguna el liberalismo está comprometido a negar. Pero, al igual que en la familia, la ejecución forzada (*enforcement*) de una postura semejante tiende a convertirse a sí misma en una tiranía. Las partes entran a las relaciones contractuales con ciertas expectativas; constituye una forma de tiranía y fraude que el Estado frustre esas esperanzas.