

Una introducción al

DERECHO
DE CONTRATOS

P. S. ATIYAH

EX-PROFESOR DE DERECHO INGLES
DEL ST JOHN'S COLLEGE EN LA UNIVERSIDAD DE OXFORD

(quinta edición. 1995)
Clarendon Law Series
Clarendon Press - Oxford

La traducción ha sido preparada por la alumna María Agnes Salah y
revisada por Andrés Jana L.

EL DESARROLLO DEL DERECHO DE CONTRATOS MODERNO.

1. LOS CONTRATOS Y EL DERECHO DE OBLIGACIONES.

El derecho de contratos forma parte del derecho de obligaciones, es decir, tiene relación con las obligaciones que las personas contraen para con otros como resultado de las relaciones y transacciones en las que se ven envueltos. Más generalmente, el derecho de contratos es parte del derecho privado, en el sentido que las obligaciones de carácter públicas, - como las obligaciones constitucionales o políticas, no son tratadas por el derecho, o concebidas por los abogados, como parte del derecho de obligaciones. Es cierto que los entes públicos pueden celebrar contratos comunes y de este modo - someterse al derecho privado, pero los deberes más amplios de estos entes no caen dentro del campo del derecho de obligaciones como es entendido comúnmente. Así también, el derecho penal no es concebido por los abogados como parte del derecho de obligaciones. Desde luego que el derecho penal impone deberes en los ciudadanos, y estos deberes son, en un sentido, obligaciones legales. Pero estos deberes no son debidos a nadie en particular, y su ejecución normalmente descansa en la policía y en otros entes públicos. Por el contrario, el derecho de obligaciones dice relación primeramente con obligaciones debidas por algunos miembros de la sociedad para con otros, y estas obligaciones pueden ser hechas cumplir exclusivamente por aquellas personas a quienes son debidas. Una persona que ha sido víctima de un crimen puede reclamar a la policía, quien investigará, y si lo considera apropiado podrá enjuiciar al ofensor. Pero una persona que desea reclamar por el incumplimiento de una obligación que le es debida, tal como el incumplimiento de un contrato, debe hacer efectivos sus derechos en los tribunales, sin la asistencia de autoridad pública alguna.

Las obligaciones emanan de una variedad de fuentes, y pueden ser clasificadas de diversas formas. Pueden, por ejemplo, ser clasificadas de acuerdo a las relaciones sociales de las cuales emanan. De este modo, uno puede distinguir entre obligaciones debidas por una persona a los miembros de su familia, obligaciones entre vecinos, obligaciones que emanan de una relación laboral, etc.. Sin embargo, ha sido tradicional en el derecho tratar como distinción básica la que diferencia entre las obligaciones que son adquiridas por el individuo por su propia voluntad y las obligaciones que son impuestas al ciudadano desde

fuera. Hablando en terminos más generales, el derecho de contratos es aquella parte del derecho que dice relación con las obligaciones que el individuo adquiere por su propia voluntad. Otras áreas importantes del derecho de obligaciones son el derecho de daños extracontractuales (-que en términos generales dice relación con los delitos civiles y perjuicios extracontractuales) y las acciones restitutorias (-que en términos generales dice relación con la obligación restitutoria de dinero o de pagar por beneficios recibidos cuando no ha habido contrato que justifique el pago de estos beneficios o dinero). Como será visto más adelante, estas distinciones no son del todo absolutas, y uno de los fenómenos más notables de los tiempos modernos ha sido que los límites entre el derecho de contratos y otras partes del derecho de obligaciones se han hecho cada vez más borrosos. En particular, como se discutirá más adelante con detalle, se sugerirá que muchas de las obligaciones reconocidas por el derecho de contratos no pueden ser concebidas en realidad como adquiridas por voluntad propia.

Por el momento estos matices pueden ser dejados de lado, y podemos concentrarnos en el hecho indubitado de que el derecho de contratos permite a las personas imponerse obligaciones sobre sí mismos. Tal orden jurídico presupone naturalmente una sociedad y un sistema legal en el cual las personas tienen el derecho de elegir qué obligaciones desean asumir. En sociedades muy primitivas, el rol del contrato ha sido generalmente muy pequeño, porque las obligaciones son normalmente concebidas como emanaciones de la costumbre y del orden social antes que de una elección libre. Igualmente en las sociedades colectivas modernas, donde el Estado es todopoderoso y los derechos individuales de libre elección son menos respetados, el rol del derecho de contratos puede ser al menos en la práctica, menos significativo. Pero en las Democracias Occidentales, donde tradicionalmente son respetados derechos más amplios en lo referente a la libre elección, el derecho de contratos ha jugado un rol principal. En el desarrollo del *common law* inglés, las ideas contractuales adquirieron mayor importancia a partir del siglo dieciséis a medida que el mayor individualismo y libertad de la Inglaterra de post-Reforma fueron comenzando a establecerse. No cabe duda que el derecho ha sido influenciado por una considerable cantidad de factores, pero probablemente no es exagerado decir que dos de estos factores han sido lejos de mayor importancia que cualquier otro. Estos son el factor moral y el factor económico o comercial.

A pesar de que los abogados y teóricos ingleses están tradicionalmente habituados a insistir en el derecho y la moral son distintos, no es menos cierto que el derecho refleja en una medida considerable los estándares morales e

ideales de la comunidad en la cual opera. Es por esto que no es sorprendente encontrar que tras una gran parte del derecho de contratos, descansa el simple principio moral de que una persona debe cumplir sus promesas y respetar sus acuerdos. Esto no quiere decir que el antiguo derecho inglés convirtió este principio moral en una norma legal, porque no fue, de hecho, sino hasta finales del siglo dieciséis que adquirimos algo semejante a un derecho general de los contratos, y cuando esto ocurrió fue principalmente bajo el ímpetu del factor comercial o económico. Más aún, como se verá más adelante, todavía existen dudas y controversias acerca de si el derecho realmente considera el incumplimiento de contrato como algo ilícito, y algunas partes del derecho parecen tolear la visión de que efectivamente no hay nada malo en incumplir un contrato mientras los daños causados por cualquier pérdida sean pagados. Y una vez más, se necesitaría hacer todo tipo de calificaciones a la idea de que la obligación moral de cumplir una promesa es una idea tan simple como parece. Aún, por el momento, es suficiente notar que al menos una fuerte corriente del derecho contractual deriva de la idea de que una persona debe cumplir su palabra, y que las promesas imponen obligaciones morales.

Con el desarrollo económico y social de las sociedades modernas, la necesidad de un derecho de contratos se hace aún más urgente por al menos dos razones. En primer lugar, la división del trabajo, que es un rasgo fundamental de las sociedades modernas, crea una creciente demanda para la transferencia de propiedad de algunos miembros de la comunidad a otros y para la prestación de servicios de algunos miembros de la comunidad para otros. El mecanismo legal por el cual estas transferencias de propiedad y prestación de servicios son llevadas a cabo es, en términos generales, el derecho de contratos. El derecho contractual es entonces, en gran parte, el derecho de los intercambios, el derecho que regula los métodos por los cuales los individuos intercambian bienes y servicios, usualmente a cambio de dinero.

2. CONTRATOS E INTERCAMBIO ECONÓMICO:

Existen, por supuesto, muchas formas de intercambio. El derecho contractual está relacionado ampliamente con el intercambio económico que tiene lugar en el mercado, con compras y ventas, contrataciones y arrendamientos, empleos y servicios, préstamos de dinero, etc.. Existen también otras formas de intercambio, como las que tienen lugar en el contexto familiar ("Tú haces el

lavado y yo haré las compras" o "Yo pagaré la hipoteca y tú pagarás las cuotas pendientes del auto"). El derecho contractual tiene poca injerencia en aquellos intercambios que no son de mercado, aunque ocasionalmente puede ser invocado cuando, por ejemplo, una pareja no casada compra una casa en conjunto y posteriormente se separa. Cuando se trata de parejas casadas, la disputa litigiosa es, por razones obvias, improbable a menos que se separen o se divorcien, o que alguno de ellos muera y luego haya disputas respecto de la titularidad de la propiedad de él o de ella. Esas disputas no son usualmente resueltas invocando al derecho contractual, sino por medio de diversas normas legales, por cierto frecuentemente bajo un régimen que en gran medida descansa en la discrecionalidad judicial antes que en normas. Pero incluso en casos de este tipo muchas de las normas e ideas que están insertas en el derecho de contratos serán utilizadas a menudo - por ejemplo, en el caso de jueces que haciendo uso de su discrecionalidad para repartir la propiedad matrimonial en casos de divorcio, pueden ser influenciados por ideas de "intercambio justo" (¿Qué aportó cada cual?) aunque por supuesto, las necesidades familiares y otras consideraciones también pueden ser relevantes. En los sistemas económicos occidentales, el intercambio económico, con el que el derecho contractual está particularmente relacionado, es considerado generalmente como un importante instrumento de eficiencia económica en dos formas principales. En primer lugar, el intercambio libre y voluntario, es generalmente un simple, pero críticamente importante, método de incremento de la satisfacción del consumidor, e incluso de incremento de la riqueza de la comunidad, si es que la riqueza es definida: (como frecuentemente lo es) en términos de satisfacción del consumidor. Cuando dos partes acuerdan libremente un contrato en que está envuelto, digamos por ejemplo, un simple intercambio de dinero por bienes, el vendedor realiza el intercambio porque piensa que será más rico con el dinero que con los bienes, y el comprador lo realiza porque prefiere tener los bienes más que el dinero. Ambas partes, entonces, emergen del intercambio "más ricos" (en un sentido) de lo que eran antes, y, como la riqueza de la sociedad está construida a partir de la riqueza del total de sus miembros, incluso un simple intercambio de este tipo puede aumentar la "riqueza" social. De hecho, excepto para alguien que lleve una vida como la de Robinson Crusoe, los más simples intercambios son una necesidad absoluta para todos. Pocas personas en una sociedad moderna podrían sobrevivir sin intercambiar su trabajo por dinero, y su dinero por bienes y servicios. El más simple de los objetos que compramos en un mercado frecuentemente es, en sí mismo, el producto de un sin fin de previos intercambios.

Comprar un lápiz en una tienda, y considerar quien cultivó el bosque, como fue talada la madera, llevada a un puerto, transportada en un buque (construido a su vez en base a innumerables intercambios), enviada a un astillero, cortada nuevamente, manufacturada para convertirla en un lápiz, distribuida a los comerciantes, y finalmente ofrecida para la venta a los consumidores.

Por supuesto, muchos intercambios son mucho más complejos que simples ventas : un contrato de empleo, por ejemplo, que continúa en vigencia a lo largo de un período de tiempo, es mucho más complejo que una simple venta de bienes; y obviamente, las grandes transacciones relacionadas con (por ejemplo), la construcción de grandes proyectos de ingeniería, o la venta de cargamentos, o el alquiler de naves para que transporten dichos cargamentos, significarán a menudo acuerdos muy complicados. En el mundo moderno, el número de intercambios diarios es enorme y su valor total astronómico. Por la misma razón, la ganancia total en la riqueza de todos los habitantes del mundo que deriva del libre intercambio económico, es casi inimaginable. Este es, en efecto, el motivo por el cual es posible la existencia del comercio internacional. Semejante comercio es obviamente muy costoso. Los barcos deben ser construidos, equipados y dotados de personal a un gran costo. Pero las ganancias que se producen al acarrear mercaderías a lo largo de los mares y permitir que sean vendidas bajo un sistema de libre intercambio, son tan enormes, que alcanza para pagar todos estos costos e incluso queda algo de sobra. Un momento de reflexión es, por lo tanto, suficiente para demostrar cuan importante es para cualquier sociedad el intercambio libre y voluntario. Interferir en él es algunas veces necesario; pero para hacerlo debemos estar seguros de que es necesario, y además, debemos considerar los costos de hacerlo.

Existe una segunda razón de por qué el intercambio libre y voluntario es un instrumento principal de eficiencia económica. Es el libre intercambio quien determina en gran medida cómo los recursos de la sociedad deben ser asignados entre diferentes usos posibles. En una sociedad de libre empresa no es el Estado ni el gobierno quien decide cuántos autos deberían producirse (y cuántos de qué modelo en particular), cuanto dinero debería ser destinado a la industria de entretenimiento, o si los supermercados o los almacenes deben abrir en un nuevo lugar, etc.. Estas son materias que están para ser determinadas por el mercado, operando a través del libre intercambio, y por ende a través de contratos. Es a los consumidores a quienes corresponde la última elección. Son los consumidores quienes determinan, eligiendo comprar una cosa en vez de otra, en un lugar en vez de otro, bajo determinados términos en vez de otros, qué recursos deberían

destinarse a la producción y distribución de qué bienes y servicios. Si los consumidores son libres de realizar la elección que ellos deseen - obviamente dentro de los límites de sus propios recursos - y los abastecedores son libres de responder a la demanda de los consumidores, entonces el resultado, en teoría al menos, es que el mercado podrá a largo plazo ofrecer aquello que los consumidores en su conjunto han mostrado que desean, en las proporciones en que lo desean y a los precios a que están dispuestos a pagar. Es ésta una razón fundamental de porqué la libertad de elección en el intercambio - libertad contractual - es estrechamente asociada con el alza (y algunas veces con la caída) de la creencia en el libre mercado.

Pero el solo intercambio no es suficiente. Únicamente las transacciones más simples pueden consumarse por un intercambio simultáneo, como el que tiene lugar en la caja de un supermercado, donde el comprador descarga su carro y entrega su dinero. La mayoría de los intercambios, sea cual sea su complejidad, no pueden ser realizados en forma simultánea. Una o ambas partes deberán ejecutar en el futuro lo acordado, lo que significa que una parte debe *confiar* en la ejecución de la otra, debe tener confianza en que cumplirá. Por lo tanto, la mayoría de los contratos requieren cierto grado de cooperación y confianza, y, una sociedad moderna no puede existir sin un alto grado de actividad cooperativa. Gran parte de esta cooperación es regulada por leyes de derecho público más que por el derecho de contratos - por ejemplo, el mantenimiento de la ley y el orden es garantizado por el establecimiento de fuerzas policiales, cortes criminales, cárceles, etc.. Pero una gran cantidad de actividad cooperativa también es garantizada por el intercambio voluntario, sin el cual sería simplemente imposible agrupar el capital y la fuerza laboral necesaria para proyectos industriales de gran escala - a menos que, por supuesto, fuera realizado mediante la compulsión del poder del Estado. Pero el intercambio voluntario a esta escala también nos conduce a una necesidad de confianza. En el proceso de transferencia de la propiedad y de prestación de servicios, las personas por necesidad deberán confiar fuertemente en las promesas y los acuerdos. La mayoría de los acuerdos para la transferencia de mercaderías, bienes raíces o servicios no pueden ser realizados instantánea y simultáneamente. Muchas veces estos acuerdos deben planearse por anticipado. Casi siempre una parte debe cumplir antes que la otra, y a menudo los acuerdos deben ser cuidadosamente realizados por anticipado, antes que cualquier ejecución pudiese tener lugar. En una sociedad razonablemente ordenada y estable, hacer estos acuerdos anticipados genera expectativas acerca de la

conducta futura de las otras partes. En las sociedades modernas todos tenemos expectativas razonables acerca de como otros se comportarán, y todos dependemos, o confiamos, en que los otros se comportarán en el futuro como han dicho que lo harán.

En este sentido, el derecho contractual es un instrumento para garantizar la cooperación en el comportamiento humano y particularmente en el intercambio. "A" consiente en rascar la espalda de "B" si "B" accede a hacer lo mismo cuando "A" se lo pida. Pero a menos que "A" esté razonablemente confiado en que "B" le corresponderá cuando llegue el momento, "A" se mostrará reacio en ayudar a "B" aquí y ahora. Una forma de hacer que "A" tenga más confianza en que "B" le corresponderá, es hacer que "B" prometa que así lo hará. Pero incluso eso no es todavía suficiente por sí mismo, ya que las promesas pueden romperse. Por supuesto que existen muchas sanciones para los quebrantadores de promesas, y el derecho no es necesario para todas ellas. La sanción más simple consiste en no tratar con esa persona nuevamente. Así incluso en áreas donde no existe un derecho real y efectivo que permita hacer cumplir forzosamente las promesas y los contratos, existen poderosas razones por las cuales las promesas y los contratos tienden a ser cumplidos. Por ejemplo, considere cuan extraño es ver que gobiernos que piden enormes sumas de dinero prestado en los mercados financieros mundiales incumplan sus obligaciones, no obstante que no existe una forma real de obligarlos a cumplir sus contratos. Ellos pagan porque saben que si no lo hacen, tal vez no podrán nunca más volver a solicitar un préstamo. Sin embargo, algunas veces las sanciones de este tipo, aunque son mejor que nada, no son satisfactorias, hay ocasiones en que la cooperación no existira porque las partes saben que no hay sanciones en caso de incumplimiento. Algunas veces esto es en realidad algo positivo, cuando por ejemplo, estamos tratando con contratos no deseables, como el chantaje y los acuerdos de corrupcion. Porque los acuerdos de este tipo usualmente no son exigibles legalmente, las partes que deseen realizar semejantes acuerdos tendrán poca confianza en que la otra parte cumplirá como fue acordado. Esta falta de confianza hace aún más difícil la realización de tales acuerdos, y es a menudo necesario para el chantajista o el sobornador tener que arreglar alguna forma de intercambio simultáneo, ya que no está dispuesto a cumplir primero, dejando libre a la otra parte para incumplir más tarde. Pero el intercambio simultáneo no es siempre practicable, de modo que estos intercambios no deseables son frecuentemente difíciles de llevar a cabo - y esto es por supuesto, algo positivo.

Sin embargo, la mayoría de los intercambios libres y voluntarios son socialmente deseables : queremos facilitarlos no desalentarlos. Y en la ausencia de sanciones legales para forzar su cumplimiento, las partes se verán reducidas a procedimientos menos satisfactorios, como en el caso de los intercambios no deseables. De este modo, obtenemos el tradicional intercambio de capa y espada de espías capturados, donde los dos espías caminan a lo largo de un puente o frontera mientras los guardias aguardan al final de cada lado. Este es un intercambio deseado, con todo, es uno de esos intercambios que no puede ser respaldado fácilmente por una sanción legal, así que las partes están forzadas a hacer el intercambio simultáneamente. Esto difícilmente sería deseable o practicable para la gran cantidad de intercambios económicos ordinarios, y es precisamente por esta razón que necesitamos auténticas sanciones legales. Por consiguiente, la mayoría de los sistemas legales han establecido reglas que impondrán sanciones en aquellos que violen sus contratos. La cooperación entonces se transforma en algo más sencillo, y los intercambios se facilitan.

En las sociedades modernas sofisticadas esta cooperación ha conducido a un masivo y elaborado sistema de crédito - y "crédito" es simplemente otra palabra para "confianza" o "seguridad". El crédito es, en efecto, seguridad o confianza en la parte aún no realizada de un acuerdo o intercambio. En el tipo de caso más simple, cuando una persona provee bienes o servicios a crédito a un consumidor, confía en que el consumidor pagará, y en el intertanto, permite al consumidor tener los bienes. Generalmente el consumidor al final pagará, pero si no lo hace, se necesita alguna sanción, y la sanción es proporcionada por el derecho de contratos. De este modo, el derecho de contratos es quien finalmente otorga el respaldo necesario para sostener a toda la institución del crédito. Una rápida reflexión es suficiente para demostrar hasta qué punto esto es cierto, no sólo en materias comerciales, sino en todas las instancias de la vida. Una cuenta bancaria de un consumidor, el derecho de habitar su casa si es arrendada o hipotecada, su empleo, su seguro, sus acciones y muchas otras materias de vital importancia para él, todas depende, para su valor de el hecho que, en última instancia, el derecho de contratos le permitirá ejercer sus derechos. En la notable frase de Roscoe Pound : "La riqueza, en una era comercial, está hecha mayormente en base a promesas." (1) Esta es la razón de porqué el desarrollo del derecho de contratos, tanto en Inglaterra como en cualquier otro lugar, ha sido tan ampliamente asociado con el desarrollo del comercio.

3. EL DERECHO CONTRACTUAL CLÁSICO.

Aunque gran parte del derecho de contratos inglés tiene raíces que se remontan a la Edad Media, la mayoría de los principios generales del derecho moderno fueron desarrollados y elaborados en los siglos dieciocho y diecinueve. Estos principios, y quizás aún más, la aproximación general de las cortes a cuestiones contractuales, no sería impropio atribuirlo a la tradicional, o clásica, teoría del derecho de contratos. El derecho de contratos ha experimentado algunos cambios fundamentales en el siglo veinte, pero es absolutamente imposible comprender el derecho moderno sin algún conocimiento y apreciación del trasfondo y los orígenes del derecho clásico. (2)

Los siglos dieciocho y diecinueve representaron el apogeo de las teorías del derecho natural y la filosofía del *laissez-faire*, y muchos de los jueces, quienes fueron largamente responsables de la creación del derecho de contratos durante este período, fueron, como la mayoría de los hombres instruidos de la época, considerablemente influenciados por los pensamientos del momento. Para los jueces del siglo dieciocho las teorías del derecho natural significaban que los hombres poseían un derecho inalienable a la propiedad, y por lo tanto, también para realizar sus propios acuerdos, para comprar o vender o para distribuir esa propiedad y por consiguiente, para celebrar contratos por sí mismos. Al mismo tiempo el derecho estaba todavía influenciado por el paternalismo, que fue una de las características del siglo XVIII. Así, parte de la potencial severidad de un régimen de libertad contractual estricto, fue mitigado durante este período por doctrinas y reglas paternalistas que permitieron a los jueces proteger a aquellos menos capaces de valerse por sí mismos en el libre mercado.

Durante el siglo diecinueve las ideas paternalistas languidecieron en la medida que la filosofía del *laissez-faire* tomó fuerza. La mayoría de la gente instruida, incluidos los jueces, entendió el *laissez-faire* con el significado que el derecho debería interferir con las personas lo menos posible. Para los jueces la función del derecho privado comenzó a ser vista mayoritariamente como una negativa. Su objetivo principal fue permitirle a las personas "cumplir sus deseos", o, en un lenguaje más prosaico, dejarlos seguir adelante con sus negocios, conducir sus asuntos comerciales como lo estimaran mejor, dejarlos guiar sus vidas desembarazados de la interferencia del gobierno, etc...

De una manera general, esto significó que el derecho de contratos fue diseñado para ser el sostén de la ejecución de los convenios privados que las partes contratantes habían acordado. En general, el derecho no se ocupaba de la

equidad o la justicia del resultado y las ideas paternalistas comenzaron a ser consideradas como anticuadas. Los jueces no estaban siquiera muy preocupados de la posibilidad de que el contrato no fuera en el interés público. Así, la función del derecho contractual era simplemente asistir a una de las partes contratantes cuando la otra rompía las reglas del juego y dejaba de cumplir sus obligaciones contractuales. El juez era sólo una especie de árbitro cuyo trabajo era responder al llamado cuando algo andaba mal. Estas ideas significaron alentar casi ilimitadamente la libertad para contratar, y de este modo los lemas "libertad contractual" e "inviolabilidad de los contratos" se convirtieron en las bases sobre las cuales fue construido todo el derecho de contratos. Sería, sin embargo, erróneo concluir que los jueces de este período no estaban interesados en la justicia: ellos pensaban que era *justo* hacer cumplir los deberes contractuales en forma estricta de acuerdo a la letra. Ellos llegaron a pensar que ese paternalismo era proteccionista para los individuos, quienes eran suficientemente fuertes para sostenerse por ellos mismos en el mercado. Sería igualmente erróneo pensar que los jueces eran indiferentes al interés público. Ellos simplemente pensaban que, en casi todos los casos, era de interés público hacer cumplir los contratos privados. En efecto, era ampliamente pensado que esto estaba demostrado por principios económicos fundamentales(3).

Es conveniente evitar una simplificación extrema. No todos los jueces en la Inglaterra del siglo diecinueve eran entusiastas adherentes de la libertad contractual. Pero a todo nivel, aproximadamente después de 1830, la ideología del *laissez-faire* tuvo una significativa influencia en el desarrollo del derecho contractual. En particular, muchas "doctrinas equitativas" invocables en la Court of Chancery^{**}, y diseñadas para proteger a aquellos que celebraran negocios tontos y descuidados, comenzaron a ser cercenadas por los jueces. El paternalismo de los jueces del siglo dieciocho fue ampliamente repudiado por sus sucesores del siglo diecinueve. Este rechazo del paternalismo era en realidad parte de un movimiento de reforma que fue un aliado cercano del movimiento

* Las *equitable doctrines* del Derecho Anglosajón son un conjunto de doctrinas que se basan en normas y principios de equidad, esto es conforme a los principios de justicia y corrección; en oposición a las estrictas reglas de derecho. La equidad o *equity* está basada en un sistema de reglas y principios originados en el Inglaterra como una alternativa a las severas reglas del *common law* y que se fundamenta en lo que era justo en la situación particular. La protección bajo este sistema se obtiene en una corte de equidad o en una corte que esté dotada de poderes de equidad (*equity powers*). El término "equidad" denota el espíritu y hábito de justicia y corrección en el trato que regula las relaciones entre los hombres. *Black's Law Dictionary*, p. 484, quinta edición. (n.t.)

** Corte que tiene jurisdicción y administra justicia y procedimientos en conformidad a las formas y principios de equidad (n.t.).

político hacia la democracia. Fueron los reformadores de la década de 1830 quienes proclamaron su fe en el individualismo, su creencia en que podía confiarse en la gente para cuidar de sus propios intereses, ya sea en el mercado o en los tribunales.

Como la mayoría de los lemas, eso de la "libertad contractual" raramente recibió, si es que alguna vez lo hizo, el examen profundo que su importancia merecía, e incluso hoy, bajo ningún respecto, es fácil decir qué fue exactamente lo que quisieron expresar los jueces del siglo diecinueve cuando usaban esta frase. Al menos se puede decir que la idea de la libertad contractual abrazó dos conceptos aunque distintos cercanamente conectados. En primer lugar, enfatizó que los contratos se basaban en el mutuo acuerdo, en tanto que en segundo lugar, acentuó la idea de que la creación de un contrato era el resultado de la libre elección desembarazada de control externo, tales como la interferencia gubernamental o legislativa.

Decir que los contratos se basan en el acuerdo o consentimiento mutuo, es una afirmación que posee apoyo general, y, en efecto, es tomada como axiomática por la mayoría de los abogados. La mayoría de los contratos, son creados como resultado del acuerdo de las partes, al menos en cuanto a lo esencial. Sin embargo, son necesarias algunas calificaciones para la simple afirmación de que los contratos se basan en el acuerdo de voluntades. Primeramente, uno de los rasgos más fundamentales del derecho de contratos es que la prueba del consentimiento es objetivo y no subjetivo. No importa si las partes realmente consintieron en lo más profundo de sus mentes. La pregunta no es si las partes realmente consintieron, sino que si su conducta y lenguaje son tales que conducirían a gente razonable a asumir que la persona consintió. De este modo el fallo del jurado en el clásico caso de *Bardell vs. Pickwick*, aunque discutible, fue correcto ya que el lenguaje del señor Pickwick fue, a lo menos, capaz de ser entendido por una persona razonable como una propuesta de matrimonio, aunque de hecho nada pudo haber estado más lejos de su mente.

Pero más importantes que estos casos de malentendidos tan gruesos, son los innumerables contratos celebrados cada día por los consumidores e incluso por los hombres de negocios, que consisten en formularios impresos y firmados. Está bien establecido en el derecho moderno que los términos impresos de tales contratos son obligatorios para las partes, pese a que pueden no haber sido leídos o entendidos por una o ambas partes (4). Sólo en circunstancias extrañas y excepcionales de fraude u otro grueso error acerca de la naturaleza o efecto fundamental del formulario impreso, puede una parte negar la fuerza de su propia

firma. (5) Ahora, es obvio que las ventajas prácticas de considerar esas firmas como definitivamente obligatorias son muy grandes. Al mismo tiempo es realmente importante tener constantemente presente que estas reglas muchas veces significan que una persona está contractualmente obligada a cumplir cláusulas que simplemente no conocía o no entendió al momento de celebrar el contrato.

Al respecto, el derecho contractual clásico difiere poco del derecho moderno, aunque el enfoque objetivo se ha intensificado con el paso del tiempo. Pero el derecho clásico no se detuvo en este punto. Tan grande fue el énfasis en el acuerdo y en la intención de las partes, que los jueces del siglo diecinueve tendieron a elevar al derecho de contratos a la posición central del derecho de obligaciones en general. Esto condujo a dos desarrollos conexos. Primero, existió una renuencia a imponer obligaciones sobre aquellos que no las habían asumido voluntariamente. El derecho de daños extracontractuales y las acciones restitutorias permanecieron de este modo relativamente poco desarrolladas durante este período. En segundo lugar, cuando eran impuestas obligaciones, hubo una tendencia a asumir que ellas debían ser contractuales. Así por ejemplo, los jueces negaron tener algún poder para "hacer un contrato para las partes". Igualmente, ellos intentaron expresar el gran cúmulo de las reglas contractuales propiamente tales como dependientes de la intención de las partes. Al adoptar esta línea las cortes sintieron que ellos no estaban imponiendo normas legales a las partes, sino que estaban simplemente resolviendo las implicancias sobre lo que las mismas partes habían elegido hacer. Así como John Locke había argumentado que las obligaciones políticas debían su legitimidad al contrato social respecto del cual las personas habían "consentido tácitamente", de la misma forma los jueces argumentaban que las obligaciones privadas dependían principalmente de los contratos privados respecto de los cuales ellos podían encontrar un "consentimiento tácito" o real.

Por supuesto existían ciertas normas legales dominantes respecto de las cuales no podía, en sentido alguno, decirse que dependían de la intención de las partes, tales como las normas relativas a la capacidad contractual de menores de edad, y las normas relativas a los contratos ilegales, pero habían, y hay, otra gran cantidad de normas que las cortes prefirieron considerar como basadas en la intención de las partes. Las siguientes materias, por ejemplo, fueron (y a menudo todavía son) tradicionalmente concebidas como dependientes de la intención de las partes: la cuestión sobre si las partes habían celebrado un contrato; la cuestión sobre si un acuerdo debería tener valor legal como contrato; la

interpretación del lenguaje utilizado por las partes y la cuestión sobre si las afirmaciones hechas por ellas deberían tomarse como contractuales; los efectos legales del contrato, incluso cuando las partes no hubieran declarado expresamente cuales habrían de ser esos efectos; y - quizás lo más extraordinario de todo - la ley de qué país habría de regir el contrato. Más aún, todavía se sigue insistiendo frecuentemente en la idea general de que las obligaciones contractuales derivan del acuerdo o consentimiento mutuo, aún cuando las normas actuales relativas a las acciones disponibles contra el incumplimiento del contrato son rara vez consideradas como descansando sobre la intención contractual. Entonces cada vez que un contrato es incumplido, la acción legal disponible para la otra parte - usualmente una acción por daños - y el tipo de daños que son recuperables, son casi siempre determinados por normas legales y no por la intención de las partes.

Ahora, en cierto sentido fue verdadero (y en menor medida, aún lo es), decir que la mayor parte de las reglas propiamente tales del derecho de contratos se basó en la intención de las partes, porque en la mayoría de los casos estuvo (y sigue estando) abierta a las partes la posibilidad de variar o excluir la aplicación de estas reglas por medio de un acuerdo expreso. Para tomar un simple ejemplo, las obligaciones del vendedor de bienes respecto de la calidad de los bienes vendidos puede variar, o ser excluidas en su conjunto, si así lo acuerdan las partes expresamente, aunque actualmente esto ya no es siempre así. De este modo, para este punto era perfectamente verdadero decir que estas reglas dependían de la intención de las partes. Pero fue claramente un error deducir que porque las partes son libres de variar las consecuencias legales de un contrato, entonces, cuando estas consecuencias no son variadas, son el producto de su acuerdo. Por supuesto, este puede ser el caso. Las partes pueden haber examinado las normas legales operantes a falta de acuerdo expreso, y decidido que precisamente esas normas son las que ellos desean que rijan su acuerdo, y pueden haber decidido de este modo no variarlas por medio de ninguna estipulación expresa. No cabe duda de que hay veces en que esto ocurre en relación con normas legales particulares, especialmente en contratos comerciales. Pero ciertamente esto no siempre ocurre cada vez que las partes no han variado en forma expresa el efecto de estas normas. Es evidente que el derecho clásico estaba equivocado al tratar esas normas como basadas en la intención (presunta) de las partes solamente porque no había acuerdo expreso en relación con los asuntos tratados por estas normas. Desafortunadamente aún vivimos con los resultados de ese error.

Así también, el énfasis en la intención y en los acuerdos "implícitos" a menudo confundió a las cortes y a los juristas, quienes no pudieron percatarse de que una buena parte del derecho de los contratos tenía relación con obligaciones que emanaban de lo que las partes hacían, y no sólo de lo que las partes acordaban o prometían.

Y al imponer obligaciones en razón de lo que las partes habían hecho en lugar de lo que había sido su intención, necesariamente los jueces estaban utilizando sus ideas de equidad y justicia.

Ya se dijo anteriormente que la segunda idea abrazada por el concepto de libertad contractual fue que los contratos eran el resultado de una libre elección, y esto requiere ahora algún desarrollo. Una vez más vemos la influencia de las teorías políticas y económicas en marcha, porque la libertad de elección en la que las cortes estaban pensando, era una libertad en un sentido más bien restringido. Era libertad en el sentido de que nadie estaba obligado a ser parte de un contrato si no elegía serlo, libertad en el sentido de que en una sociedad competitiva todos tenían la opción de elegir con quien contratar, y libertad en el sentido de que las personas virtualmente pueden realizar cualquier contrato y en los términos que ellas elijan. La primera de estas proposiciones fue ciertamente muy verdadera en materias estrictas de derecho, y quizás también, en el siglo diecinueve en un sentido más amplio. Por cierto sólo en algunos pocos casos se dio que una persona estaba obligada legalmente a celebrar un contrato; virtualmente el único ejemplo de este tipo de obligación fue, de hecho, el de una persona realizando un "llamado público", así como el posadero y la empresa de transporte público quienes estaban (sujetos a ciertas salvaguardas) legalmente obligados a contratar con cualquier miembro del público que requiriera esos servicios. Así también en el siglo diecinueve, la competencia industrial y comercial generalmente otorgó una real libertad de elección, y fue sólo la llegada de los ferrocarriles y de los servicios de utilidad pública la que presagió la posterior tendencia a los vastos monopolios que redujeron la competencia en tantos campos. Pero la libertad en su tercer sentido, es decir la libertad para realizar cualquier tipo de contrato, en los términos que deseen, fue, incluso en el siglo diecinueve, de algún modo restringida. Siempre existía el dominante interés público o ser considerado - "política pública" como es llamada en el derecho de los contratos - y en ciertos casos las cortes retuvieron el poder para declarar la invalidez de algunos contratos por ser contrarios a la "política pública". Entonces, en una época relativamente temprana, la interferencia legislativa con la libertad contractual comenzó a jugar un papel más importante. Por ejemplo, ya en 1831 el

primero de las modernas *Truck Acts* comenzó a proteger a los empleados de la práctica del pago en especies en vez de dinero, y en 1845 el *Gaming Act* estipuló que las apuestas no serían exigibles como contratos. Sin embargo cuando uno considera la gran cantidad de legislación existente durante el presente siglo que restringe la libertad en este sentido, uno se inclina a concordar con los jueces del siglo diecinueve en el sentido que en dicha época existía una real libertad contractual.

Otra consecuencia del acento en la libertad contractual en el derecho clásico requiere de énfasis. Dado el dogma de que las obligaciones podían ser creadas por la intención de las partes, comenzó a ser un principio fundamental del derecho que los contratos fueran obligatorios y su cumplimiento posible de ser exigido tan pronto como fueren "hechos", es decir, tan pronto como fueren celebrados. Es de este modo absolutamente fundamental para la teoría clásica de los contratos el distinguir que *hacer* un contrato es algo distinto de *cumplir* un contrato. No era necesario demostrar ningún acto de ejecución o confianza para justificar una demanda basada en un contrato; tampoco era necesario demostrar de que el demandante había sufrido alguna pérdida con la ruptura del contrato. Era suficiente con que hubiera esperado alguna ganancia si el contrato era cumplido. Tenía derecho a recobrar daños por estas "expectativas perdidas".

Incluso desde un comienzo el concepto clásico de libertad contractual sufrió de ciertas debilidades, y en el siglo veinte estas debilidades se magnificaron enormemente. Como hemos visto, el concepto clásico de libertad contractual abrazaba dos ideas, la de los contratos como basados en acuerdos de voluntades, y la de los contratos como un resultado de la libre elección. Es dudoso si alguna vez estas ideas fueran completamente válidas y ciertamente en la última mitad del siglo diecinueve los cambios en las condiciones sociales y económicas y en la práctica de las cortes ya indicaban que la libertad contractual se estaba transformando en una cosa bastante distinta de lo que se pretendía.

El desarrollo del derecho mismo durante la última mitad del siglo diecinueve afectó profundamente la importancia atribuida al acuerdo y a la intención de las partes. Siguió siendo verdadero, por supuesto, que los contratos eran usualmente creados como resultado de un acuerdo, aunque, como hemos visto, el enfoque objetivo a las cuestiones relativas a los acuerdos y la intención gradualmente se intensificó. Pero mucho más importante que esto fue el hecho de que a medida que fueron siendo más elaboradas las normas relativas a contratos, la absoluta complejidad del derecho creció de tal manera que de la teoría que

establecía que la mayoría de las normas estaban basadas en las intenciones de las partes se fue convirtiendo cada vez más en una ficción ilusoria.

En forma similar, con el surgimiento de detalladas leyes que regulaban contratos más específicos, como las ventas, agencia comercial, seguros, etc., el derecho tendió a volverse más estandarizado. Nuevamente el resultado consistió en que la real intención de las partes a menudo comenzó a ser menos importante. El derecho relativo a la venta de mercaderías puede ser tomado como un ejemplo de este proceso. A lo largo del siglo diecinueve, las obligaciones del comprador y del vendedor en los contratos de venta fueron detalladas en forma casi absoluta, usualmente bajo el fundamento de que estas obligaciones se basaban en la intención presunta de las partes. A medida que el derecho se fue desarrollando, las obligaciones se fueron estandarizando cada vez más, hasta que en 1893 fue posible codificar el derecho relativo a la venta de bienes en el *Sale of Goods Act de 1893*, ahora reemplazada por la ley de 1979. El resultado es que en la actualidad las obligaciones de las partes en ese tipo de contrato se pueden encontrar en el *Sale of Goods Act* y ya no es necesario atribuir estas obligaciones a intención alguna, presumida o de otro tipo. Es cierto que la intención de las partes aún tiene importancia en el sentido de que puede por mención expresa de las partes hacer variar o excluir las obligaciones que constan en la ley. Pero aún esta libertad de elección es ampliamente restringida en la actualidad a beneficio de los consumidores y de otros que se enfrentan con "términos tipo de comercio por escrito".

Al considerar la libertad contractual en su otro sentido, como libertad de elección, nuevamente encontramos debilidades en el derecho clásico. Por largo tiempo ha sido costumbre indicar dos debilidades en particular en el derecho clásico. En primer lugar, el derecho clásico de los contratos prestó poca atención a las desigualdades existentes entre las partes contratantes. Libertad contractual significaba que uno podía elegir con quien contratar, y se podía llegar a los términos que se quisiesen por acuerdo mutuo. Incluso en el siglo diecinueve esto fue sólo verdadero en un sentido restringido, esto es, era cierto si uno asumía que el poder negociador de todas las partes contratantes era similar, y este era un punto que el derecho clásico había aceptado ampliamente. Por supuesto, hubo casos como el de las personas incapaces, dementes, etc., en que se necesitaban estipulaciones especiales, pero en general el derecho asumió que cada persona podía valerse por sí misma, y si una persona entraba en un contrato gravoso o severo sólo podía culparse a sí mismo ya que existía libertad contractual y podría haber contratado con quien quisiera. Claramente esta aseveración era falsa aún

en el siglo diecinueve. La fuerza negociadora del empleador, por ejemplo, era normalmente mayor que la de sus empleados cuando los sindicatos aún estaban prohibidos en su conjunto o eran incipientes. Los pequeños comerciantes, una vez más, no eran rivales para la gran compañía ferroviaria, etc. y etc.

Una razón por la que el derecho tradicionalmente prestó poca atención a la desigualdad de poder negociador se debió a que estas desigualdades eran concebidas como materias que implicaban justicia *distributiva* más que justicia *conmutativa*. El derecho de las obligaciones tradicionalmente sólo se ocupó de materias relativas a la justicia *conmutativa*, es decir, poniendo en orden las cosas que no habían andado bien producto de un incumplimiento del contrato, o por un perjuicio causado por una persona a otra. Se pensaba que las desigualdades en la sociedad que resultaban de la forma en que se distribuían los recursos y la riqueza, eran materias esencialmente políticas, que debían ser abordadas por el Parlamento, e incluso el Parlamento no tenía excesivo interés en la redistribución de la riqueza en la Inglaterra del siglo diecinueve.

Esta falta de preocupación por cuestiones distributivas estaba relacionada con otra característica del derecho clásico, esto es, su naturaleza más general y abstracta. Fue, en efecto, durante el período clásico que el concepto mismo de *derecho general de contratos* fue fundamentalmente desarrollado. Previamente habían habido cuerpos separados de leyes relacionados con diferentes tipos de contratos, arriendos, compraventa de mercaderías, seguro, etc. Ahora la tendencia fue a generalizar a partir de estos tipos de contratos, y esta tendencia bien puede haber ayudado al derecho a desarrollar su enfoque neutral a problemas distributivos. Si el derecho debía ser el mismo para todo tipo de contratos, para compraventas, arriendos, promesas de matrimonio, etc. es más difícil entonces desarrollar reglas especiales para proteger tipos particulares de personas, como arrendatarios o empleados.

El segundo problema en este aspecto de la libertad contractual fue que el derecho clásico tomó poco en cuenta las presiones económicas y sociales que en muchos casos podía virtualmente forzar a una persona a celebrar un contrato. Incluso en el siglo diecinueve esto fue verdadero en muchas formas. La mayoría de las personas debían buscar una forma de ganarse la vida, y a menudo esto significaba celebrar un contrato de trabajo. Los suministros de agua y gas se hicieron rápidamente esenciales para las clases acomodadas, y era improbable obtenerlos de más de una fuente en una zona en particular. Los ferrocarriles se estaban transformando en la forma moderna de viajar, e incluso a fines del siglo

diecinueve era la única forma de recorrer distancias largas por tierra. Por cierto, en esos momentos no existía ni elección ni competencia.

Esta debilidad evidente en la teoría clásica fue, más importante con posterioridad, cuando los monopolios y las prácticas restrictivas se fueron extendiendo; pero en los primeros tres cuartos del siglo diecinueve, durante el apogeo del derecho clásico de los contratos, la economía británica era altamente competitiva, y esto significó que había un alto grado de libertad de elección en el mercado, tanto en la teoría como en la práctica.

4. LA DECADENCIA DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL 1870-1980

Durante aproximadamente los últimos cien años los cambios en el pensamiento político, en las condiciones sociales y económicas, y en el derecho, han estado teniendo lugar a un paso siempre creciente. Después de la época de la libertad contractual (quizás más exactamente ubicada entre 1770 y 1870) no es difícil de identificar el período entre 1870 y 1980 como un período de decadencia gradual de la creencia en la libertad contractual. Los desarrollos durante este período representaron en cierto grado un retorno hacia antiguas tradiciones anteriores a la época del individualismo y la libertad contractual. Por ejemplo, la ideología paternalista que comenzó a influenciar gran parte del derecho entre (digamos) 1950 y 1980 fue en muchos aspectos más cercana a aquella del siglo dieciocho que a la del siglo diecinueve. Gran parte de este cambio fue influenciado por una creencia generalizada de que el derecho contractual clásico ya no se ajustaba, en muchas situaciones, a los acontecimientos del mundo moderno. Sin duda que en el sector meramente comercial, en donde los comerciantes contrataban unos con otros para la compra y venta de mercaderías, o para la construcción o manufactura de plantas y edificios, gran parte de la libertad contractual, aún en su sentido clásico, todavía seguía existiendo. Pero incluso aquí el derecho fue altamente modificado, y hacia 1980 el derecho contractual clásico parecía estar desmoronándose rápidamente. Tres factores específicos deben ser mencionados por haber tenido la mayor influencia en ayudar a la destrucción de la coherencia del derecho contractual clásico. El primero fue la aparición y el uso generalizado del contrato tipo, el segundo fue la decreciente importancia asignada a la libre elección e intención como fundamentos de la obligación legal, y el tercero fue el surgimiento del

consumidor como parte contratante (y quizás aún más como litigante). Estos tres factores están, por supuesto, interrelacionados.

Contratos tipo.

En una enorme cantidad de casos, la idea de que los contratos se basan en un acuerdo, sólo es verdadera en un sentido muy restringido. Si bien era cierto que, en la mayoría de los casos, la verdadera creación de un contrato (y por tanto los términos esenciales) requería del acuerdo de las partes, no era ya verdadero (si es que realmente lo fue alguna vez), que en muchas circunstancias los términos específicos de un contrato dependieran del acuerdo de las partes. Una razón para esto fue el desarrollo del contrato tipo. Hoy la mayoría de los contratos no se componen de términos individualmente negociados o hechos a la medida. Comenzaron a ser hechos en base a formas estándar impresas ofrecidos por grandes organizaciones, comúnmente bajo el principio de "tómalo o déjalo". El consumidor sigue siendo "libre" en teoría pero su elección puede bien estar restringida a un "tomarlo" o "dejarlo". Así, pese a que nadie puede obligar a un pasajero a viajar en tren, si así lo quisiera tendría que hacerlo en los términos y condiciones impuestas por las compañías. No podría negociar sus propios términos. De forma similar, si un dueño de casa quisiera obtener suministros de gas o electricidad, tendría que celebrar un contrato en los términos fijados por los suministradores. Incluso cuando los bienes y servicios en cuestión no eran monopolizados por una sola organización, era frecuente encontrar que los términos y condiciones ofrecidas al público eran prácticamente, si no exactamente, idénticas.

Hacia mediados del siglo veinte estos contratos tipo habían llegado a ser uno de los mayores problemas del derecho contractual. Podían ser hallados en cada aspecto de la vida. En la mayoría de los casos sólo era verdadero decir en un sentido muy restringido que el contrato era el resultado de un acuerdo. Frecuentemente no existía ninguna oportunidad, y por lo tanto no verdadera libertad, para negociar términos específicos en estos casos. Los términos eran impuestos por una parte, y la otra no tenía ninguna posibilidad más que aceptarlos o no contratar. Precisamente por la naturaleza misma de la situación, estos términos tendían a ser mucho más favorables para la organización que suministraba los bienes y servicios en cuestión que para el individuo que los recibía. La organización tenía todas las ventajas por sobre el individuo. Normalmente tenía la ventaja de grandes recursos, de la mejor asesoría legal, de ser capaces de litigar, si llegaba a ser necesario, sin tener que preocuparse

excesivamente por el costo, y , por supuesto, de saber que el individuo, aunque se retorciera de rabia, no podía realmente prescindir de sus servicios. Un rasgo extremadamente común y fastidioso de los contratos tipo era la presencia de una "cláusula de exención", que muchas veces permitía que la organización no fuera responsable virtualmente bajo ninguna circunstancia.

Los contratos tipo también llegaron a ser muy usados en las transacciones entre comerciantes. Los acuerdos comerciales para la venta de mercaderías eran normalmente registrados en "formularios" o "recibos" con cláusulas impresas; los contratos para el transporte marítimo de bienes fueron usualmente registrados en una póliza de flete; los contratos de seguro eran registrados casi siempre en pólizas impresas, etc... En situaciones de esta naturaleza pudo haber espacio para la negociación, pero el caso es que la mayoría de las cláusulas en semejantes contratos no eran negociadas sino impuestas.

La totalidad de la estructura teórica de la libertad de contratar comenzó a parecer cuestionable a medida que la magnitud de este problema era percibida. Se hizo cada vez más claro que la gran mayoría de los principales contratos celebrados por el ciudadano medio eran realizados en términos que en mayor o menor medida le eran impuestos. Por ejemplo, la casa en que vivía probablemente estaba hipotecada en favor de una sociedad constructora en los términos y con la tasa de interés fijados por la propia sociedad, generalmente en acuerdo con todas las otras sociedades constructoras. Sin duda que pudo haber sido capaz de conseguir una hipoteca en alguna otra parte, pero habría encontrado pequeñas diferencias en los términos, y prácticamente ninguna en la tasa de interés. De otro modo, la casa le pudo ser alquilada por la autoridad local, en cuyo caso los términos del arrendamiento eran enteramente determinados por la autoridad, y estaban ahí para ser aceptados, no para ser negociados (6). Los suministros de gas y electricidad se realizaban, como ya se mencionó, en los términos fijados por los suministradores. El amoblado o el automóvil comprados a plazo por el consumidor eran siempre el objeto de contratos cuidadosamente redactados por corporaciones financieras para salvaguardar sus intereses, y el ciudadano medio estaría sumamente sorprendido si pudiera comprender estos contratos, y menos aún los habría convenido de manera alguna. La póliza de seguro que él tomaba por su vida o su automóvil, estaba también en un formulario estandarizado, obviamente debiendo ser ajustadas las primas para coincidir con el status del individuo interesado. Aún cuando se dirigía a su oficina o fábrica el ciudadano medio era perseguido por los contratos tipo. Por ejemplo, en el bus o tren su boleto era emitido (y por cierto, aún es), sujeto a innumerables términos

que el ciudadano podía examinar en la oficina de la organización pertinente, si es que se interesaba en leer cosas incomprensibles para él. En muchos casos, también, su empleo era regulado por un contrato tipo. Esta es una lista que podría continuar en forma más o menos indefinida, pero se han dado suficientes ejemplos para demostrar la magnitud del problema.

Todo esto no significa que hubiese algo malo con los contratos tipo en sí mismos. Tenían las ventajas de ahorrar tiempo, problemas y gastos en la negociación de los términos. También tenían la ventaja de que un fallo para un caso podría muy probablemente servir de guía para problemas disputados en otros casos. En una era de producción en masa es apenas necesario enfatizar las ventajas del artículo hecho en serie, y esto se aplica a los contratos en serie como a cualquier otra cosa. Pero lo que estaba absolutamente claro era que muchos términos de un contrato tipo característico no eran convenientes en ningún sentido real. La realidad era que el típico contrato era hecho en base a un conjunto de términos estándar o fijos con unos pocos espacios en blanco para la inserción del nombre de las partes, la materia específica del contrato, el precio, y quizás uno o dos detalles más. Esto por supuesto podría variar dependiendo del caso, y probablemente podría existir alguna posibilidad para negociar algunos de estos espacios en blanco, pero el resto de los términos ya estaban fijos, a menudo en formularios impresos. Algunas veces eran confeccionados por una parte, entonces posiblemente representaban sólo sus propias intenciones; otras veces no eran confeccionados por ninguna de las partes, por ejemplo, los contratos tipo de construcción e ingeniería eran (y son) confeccionados por el *Royal Institute of British Architects* y el *Institute of Civil Engineers*, caso en el cual, ambas partes tendrían sólo las más vagas "intenciones" respecto de lo que los términos de su contrato realmente disponen. A menudo, estos formularios tipo eran usados a lo largo de toda una industria, siendo, en lo esencial, formas contractuales ampliamente acordadas, a las cuales se adherían todas las firmas, privando así a los consumidores de los reales beneficios de la competencia y la libre elección.

La decadencia del rol de la libre elección.

Como hemos visto, incluso durante la última parte del siglo diecinueve la importancia asociada a la intención de las partes ya estaba disminuyendo, existiendo en el derecho razones técnicas para ello. Una de esas razones era el simple hecho de que el derecho estaba ganando en complejidad. Este proceso también, continuó a lo largo de este siglo y en cierto grado aún continúa hoy. Por ejemplo, en años recientes, a medida que las cortes han distinguido entre los

diferentes tipos de daños que pueden ser indemnizables, y han refinado y modificado las reglas que rigen el incumplimiento de los contratos, el derecho relativo a las acciones por incumplimiento de contrato ha pasado a ser mucho más desarrollado. Se hizo cada vez más difícil decir, como la clásica teoría de los contratos sugería, que la única función de las cortes en el derecho contractual era "hacer cumplir" los contratos. Cada vez resultaba más obvio que raramente las cortes "hacían cumplir" los contratos en un sentido literal - lo que hacían era imponer alguna clase de sanción por la violación de los contratos, en particular, con una indemnización de perjuicios, y también se hizo más obvio que la elección de la sanción apropiada era un acto de poder imaginativo ejercido por las cortes.

Una segunda razón para la disminución en la creencia en el valor de la libertad de elección fue el creciente escepticismo respecto de la libre elección en el mercado. Como hemos visto, la desigualdad de poder negociador, las presiones sociales y económicas (a menudo las presiones de la pobreza), y el uso de formularios tipo hacían pensar ahora que, en muchas situaciones, no existía una real libertad de elección, cualquiera que fuera la teoría del mercado. Con semejante enfoque sobre las desigualdades de poder negociador, y sobre las presiones sociales y económicas como debilidades del concepto clásico de libertad contractual (y en cierto grado, quizás también, sobre los contratos tipo), bien puede ser que los críticos estuvieran atacando los blancos equivocados. Es verdad que la libertad de elección era menos real y menos amplia que lo que la teoría clásica asumía, especialmente en el período que comenzó alrededor de 1870. Pero el verdadero problema aquí no era la desigualdad de poder negociador en sí misma, ni las presiones sociales y económicas de la pobreza; el verdadero problema era el crecimiento de los monopolios y de las prácticas restrictivas de todo tipo. Como veremos más acabadamente en el capítulo 17, alrededor de 1870 y 1950 la economía británica se cubrió con una vasta red de prácticas restrictivas y monopolios. Fueron estos acontecimientos los que restringieron la libertad de elección, y llevaron a muchos críticos y reformadores a dudar respecto de la eficacia y justicia de la libertad contractual. Pero los críticos malentendieron las causas de las dificultades. A pesar de que desde la década de 1890 en adelante, los economistas ya habían advertido la amenaza del incremento de los monopolios y las prácticas restrictivas, los políticos, el mundo de los negocios y la opinión pública no eran hostiles del todo a estos acontecimientos. Por cierto, a menudo eran vistos como medidas de protección necesarias diseñadas para permitir a la industria británica hacer presente a la amenaza de la competencia del resto del mundo industrial. Ha sido sólo en la

última década o dos que a comenzado a ser más claramente entendido que si el mercado es verdaderamente competitivo, y si el monopolio y las prácticas restrictivas están bajo un fuerte control legal, los asuntos como la desigualdad de poder negociador, presiones en el mercado, y el uso de formularios tipo no constituyen necesariamente amenazas serias para la libertad de elección.

Pero probablemente la principal razón del descenso de la creencia en la libertad de elección fue simplemente un cambio en los valores políticos. El período entre 1870 y 1980 fue un período en que los valores colectivistas, e incluso los socialistas, se extendieron en Inglaterra. La idea de que el intercambio libre y voluntario era la clave para la prosperidad económica, y por cierto, quizás para una sociedad más libre y más satisfecha, cayó en abrupto descenso durante este siglo. En primer término, existió una crecida sofisticación en el entendimiento económico de las limitaciones del sistema de libre contrato. En particular, el reconocimiento del problema de las "externalidades" fue una gran ganancia para el entendimiento. Una externalidad es, *grosso modo*, un efecto colateral de un intercambio libre que afecta a terceros, y pudo observarse que incluso si un intercambio es beneficioso para las dos partes que lo realizan, no será del interés público si hay externalidades que exceden la ganancia privada. La Inglaterra del siglo diecinueve vio surgir problemas masivos de externalidades a partir de la Revolución Industrial - ciudades sucias, viviendas insalubres, enfermedad y contaminación, etc, pueden todos ser vistos como costos externos impuestos por la industria a los terceros, esto es, el público. Frecuentemente estas externalidades eran el resultado de contratos privados, por ejemplo, para el alquiler de cuartos sin desagües que las partes libremente convenían, y que sin lugar a dudas querían realizar. Ahora era cada vez más claro que la sociedad estaba perfectamente habilitada para prohibir semejantes contratos, si es que era necesario, por medio de la construcción de desagües y forzando a los residentes a pagar por ella.

Pero incluso además de las limitaciones económicas del sistema de libre contrato, también llegó a ser un amplio sentir que semejante sistema conducía a resultados inaceptables e injustos. El débil y el pobre, el vulnerable y el explotado, se sentían en necesidad de protección por el Derecho. Cada vez era más dominante el pensamiento de que si eran dejados solos para que hicieran sus propios contratos, serían inevitablemente aventajados por las otras partes contratantes ricas y poderosas. Así, el Derecho fue llamado en ayuda para interferir en los contratos en múltiples formas, prohibiendo cierto tipo de contratos, cierto tipo de términos contractuales, o insistiendo que otros contratos debían

conferir para una parte u otra derechos que no estaban realmente contenidos en el contrato.

Por estas razones y por otras similares comenzó a parecer que grandes áreas de actividad no podían ser dejadas a la libre elección de las partes contratantes, y que el derecho contractual era, de todas maneras, menos una materia de libre elección como se había pensado antes. Vastas áreas del derecho llegaron a ser reguladas por la legislación, gran parte de la cual obstruyó o anuló totalmente la libertad contractual. Así también algunos jueces comenzaron a admitir que a veces las soluciones contractuales eran "impuestas" sobre las partes; y existían también muchas circunstancias en las cuales actos que antiguamente se decía que dependían de la intención de las partes, venían ahora a ser tratados como si dependieran simplemente de reglas de derecho. Por ejemplo, la libertad de las partes para elegir qué ley gobernaría su contrato no se consideraba tan propicia como antes; la operación de la "doctrina de la frustración" fue extendida y liberada de su ficticia dependencia de las intenciones de las partes; la libertad de las partes para declarar por anticipado cuales habrían de ser los resultados de un incumplimiento del contrato fue limitada por la doctrina del "incumplimiento fundamental", pese a que ella fue a la larga abandonada después de que la legislatura tratara el problema en forma más comprensiva de lo que las cortes jamás pudieron.

Por otra parte, habían muchas otras materias, como los problemas de interpretación o integración del contrato que mientras aún se "decía" que dependían de la intención de las partes, eran frecuentemente decididas sin hacer ningún intento real por indagar esta intención. Un área clave del derecho era la "doctrina de la frustración", la cual, como hemos visto, habilita a una corte para declarar que un contrato ha terminado cuando sin culpa de cualquiera de las partes se ha hecho imposible de ejecutar. En la teoría clásica, era tradicional explicar la doctrina como descansando en un término implícito en el contrato original, y por lo tanto, en la intención de las partes, pero esta teoría fue abandonada más tarde. El caso seminal fue la decisión de la Cámara de los Lores en *Davis Contractors v. Fareham UDC (7)* y el siguiente pasaje del discurso de Lord Radcliffe en este caso explica como fue posible moverse de una teoría a la otra:

Lord Loreburn atribuye la disolución a un término implícito del contrato que fue realmente hecho. Este enfoque está en conformidad con la tendencia de las Cortes Inglesas de referir todas las consecuencias de un contrato a la voluntad de aquellos que lo celebraron. Pero hay alguna dificultad lógica en ver como las partes pueden incluso tácitamente haber prevenido algo que, ex

hypothesi, ellos jamás esperaron ni previeron, y la adscripción de la frustración a un término implícito del contrato ha sido criticada por oscurecer la verdadera acción de la corte, la que consiste en aplicar una norma objetiva del derecho contractual a las obligaciones contractuales que las partes se han impuesto sobre sí mismas... Pero aún puede ser de alguna importancia recordar que, si ha de aproximarse a la materia por la vía del término implícito, la solución de cualquier caso particular no será hallada inquiriendo por lo que las partes mismas habrían acordado de haber, como no lo hicieron, estando prevenidas. No se trata sólo de que ninguno pueda responder a esa pregunta hipotética: sino también de que la decisión debe darse "prescindiendo de los individuos interesados, sus temperamentos y defectos, sus intereses y circunstancias". (8) El efecto legal de la frustración "no depende de su intención o de su opinión, o incluso de su conocimiento del evento". (9) Por el contrario, parece ser que, cuando el evento ocurre, "el significado del contrato debe ser, no lo que las partes quisieron (porque ellas jamás tuvieron pensamiento ni intención respecto del evento), pero si aquello que las partes, como hombres honrados y razonables, hubieran presumiblemente acordado entonces si, teniendo semejantes posibilidades en vista, ellos hubieran hecho provisión expresa respecto de sus derechos y obligaciones en el evento de su ocurrencia". (10)

A estas alturas, parecería que las partes se han convertido de tal modo en espíritus sin cuerpo, que a sus personas reales les debería ser permitido descansar en paz. En su lugar se alza la figura del hombre honrado y razonable. Y el vocero del hombre honrado y razonable, que representa, después de todo, no más que el concepto antropomórfico de justicia, es, y debe ser, la propia corte. (11)

Las palabras de Lord Radcliffe pueden ser parafraseadas como sigue. No es el acuerdo propiamente tal o la intención de las partes lo que importa, pero sí aquello que consideran, como partes razonables, haber acordado o querido. Lo que necesitamos saber, por lo tanto, es lo que el hombre razonable habría acordado, o querido, en estas circunstancias. Pero en el hecho, es la corte la que representa al hombre razonable, y es así como la corte tiene que expresar lo que ella piensa que las partes debieron razonablemente haber acordado o querido. Ahora queda claro que la solución que finalmente impone la corte no es dependiente en ningún sentido real de la intención de las partes, sino que está simplemente basada en una norma de derecho que es como cualquier otra norma de derecho.

Volviendo a los desarrollos que afectan el concepto de libertad contractual en el sentido de libertad de elección, de nuevo encontramos que hacia mediados del siglo veinte se creía cada vez más que el derecho clásico de los contratos era anticuado. Aún era cierto que, sin lugar a dudas, habían pocos casos en los que

una persona estaba bajo una obligación legal de celebrar un contrato. Pero presiones de un tipo u otro, a las cuales el derecho común daba poca relevancia tenía escasa noticia, podían ser tan importantes como una obligación legal, y estas presiones virtualmente podían forzar a una persona a celebrar un contrato que ella no tenía un gran deseo de realizar. En algún grado esto ya era efectivo en el siglo diecinueve, y se hizo infinitamente más efectivo posteriormente. Por ejemplo, una persona podía ser compelida a unirse a un gremio (así celebrando un contrato) a fin de ejercer su oficio y ganarse la vida. O también, un minorista podía estar virtualmente obligado a contratar con un mayorista para obtener los bienes necesarios para su negocio. De modo similar, cada dueño de casa, como hemos visto, está prácticamente obligado a contratar con los suministradores de gas y electricidad.

También comenzarán a tener lugar otros cambios con los que el derecho de los contratos tuvo que tratar. Por ejemplo, una persona puede tener un derecho establecido por ley para ser abastecido con bienes o servicios en ciertas circunstancias (por ejemplo bajo el Servicio de Salud), y entonces los problemas pueden surgir por la naturaleza e incidencia de la relación entre las partes. También está teniendo lugar un desarrollo similar en otras áreas que pueden crecer en importancia a todo nivel, si el resurgimiento de los principios clásicos lo permite. Por ejemplo, un arrendatario de locales comerciales tiene, sujeto a ciertas condiciones, un derecho establecido por ley a un nuevo arriendo cuando expire el antiguo. El propietario está "legalmente obligado" a conceder el nuevo arriendo. Para el tradicional abogado especializado en derecho contractual, una obligación de celebrar un contrato parece una contradicción en los términos, porque los contratos se han visto tradicionalmente como el resultado de la libre elección, aunque este ejemplo es sólo uno de muchos que existen en el derecho moderno. Quizás un ejemplo aún más sorprendente, ha sido la legislación "derecho a comprar" (contenido en el *Housing Act 1985*) imponiendo una obligación legal sobre los municipios para vender sus casas a arrendatarios municipales que cumplen con ciertas condiciones simples. Es bien sabido que muchos municipios objetaron fuertemente esta legislación, pero no obstante es derecho y ha sido comúnmente ejecutado contra ellos.

También existen leyes modernas dirigidas a la prevención de la discriminación que claramente se basan en la suposición de que una parte "no debería" ser libre para rechazar el celebrar un contrato bajo ciertas condiciones. Por ejemplo, la *Race Relations Act de 1976* restringe la libertad de diversas personas tales como empleados y dueños de almacén, para rechazar el trato con

otro a causa de sus orígenes raciales. En forma similar la *Sex Discrimination Act de 1975* hace ilegal para los proveedores de variados servicios discriminar a las mujeres (o a los hombres). Ahora estas leyes otorgan, en ciertas circunstancias, una acción civil compensatoria a favor de la persona que ha sido discriminada.; en efecto, el demandante puede recobrar una compensación de una persona por negarse ilegalmente a celebrar un contrato. Lo curioso es que los abogados generalmente no perciben tales leyes como afectando los principios del propio derecho contractual: allí, la libre elección sigue siendo, en teoría, el último fundamento del derecho.

También existen muchos tipos de intercambios económicos que fueron eliminados en bloque del área del derecho contractual y tratados por el derecho público. De este modo, las autoridades gubernamentales y locales dotaron al consumidor con una amplia gama de servicios, tales como educación gratuita para sus hijos, servicios médicos gratuitos en el Servicio Nacional de Salud, recolección de basura gratuita desde sus casa, etc... Estos servicios "gratuitos" obviamente no son gratis - sino que son pagados de una u otra forma por los impuestos y no por medio de un contrato. Aquí no existe libre elección del todo - el consumidor debe pagar una carga o un impuesto fijados por la legislación o las autoridades locales, y a menudo tiene que pagar ya sea que necesite o no el servicio, y ya sea que el servicio sea otorgado o no; y lo que es más, no tiene compensación si el servicio es pobre o ineficiente. El dueño de casa a quien no se le recogen los tarros para la basura no puede negarse a pagar alguna parte de sus contribuciones, ni tampoco puede demandar por incumplimiento de contrato. Los abogados no conciben del todo estos intercambios como materias del derecho contractual, porque son regidos por principios legales bastante diferentes. Se ha dicho, por ejemplo, que cuando una persona obtiene una receta de un químico en el Servicio Nacional de Salud no está celebrando un contrato, pero está ejerciendo un derecho establecido por ley. Del mismo modo, la relación existente entre un médico que trabaja en el Servicio de Salud y la autoridad sanitaria local esté en gran parte regulada por complejas condiciones legales, y es incierto si es que queda algún espacio para la aplicación de los principios comunes del derecho de contrato (12). Pero pese a que estos intercambios pueden no ser contratos, ellos realizan una función económica similar, y mientras más amplios sean esos intercambios, menos amplio será el campo del contrato y en consecuencia del derecho contractual. El derecho de los contratos puede permanecer inalterado, pero se aplica cada vez a menos transacciones, y este fue

uno de los giros observables en nuestro derecho tal vez especialmente en el período que va aproximadamente entre 1945 y 1980.

El descenso de la importancia asociada a la libre elección e intención como fuentes de la obligación también pareció llevar a una serie de cambios fundamentales en el derecho y el pensamiento legal, aunque estos cambios no eran siempre obvios a simple vista. Habían, por ejemplo, crecientes signos de una voluntad favorable de las cortes "para hacer un contrato para las partes". Cuando dos partes entran en ciertas relaciones (por ejemplo, una mujer y un hombre instalan una casa en conjunto), puede suceder que con posterioridad ocurran disputas, y que una parte recurra a las cortes en busca de ayuda. En semejantes casos las cortes comenzaron a demostrar una considerable capacidad para "hacer contratos". Otro gran cambio en el derecho pareció descansar en una creciente renuencia a reforzar los contratos "totalmente ejecutorios" con una sentencia por daños exclusivamente provenientes de la "pérdida de expectativas", excepto quizás en obvios casos comerciales. Como vimos anteriormente, los daños por lucro cesante son sólo justificables si es aceptado que una persona puede imponer una obligación sobre sí misma, a lo menos en principio, solamente por proponérselo. Hasta 1980 hubo algunas señales de que las cortes se sentían disconformes con algunas obligaciones de este tipo. Por otra parte, cuando se causaban pérdidas reales a una persona por haber razonablemente confiado en lo que otra había dicho o hecho y cambiado su posición con un resultado perjudicial, la tendencia a protegerlo con una sentencia de "daños por confianza" fue más fuerte. Retornaremos a este tema en el Capítulo 22. Así también, hubo una pronunciada tendencia de las cortes a delinear distinciones entre los contratos ejecutorios - no ejecutados o que no habían generado actuaciones de la otra parte basados en ella - por un lado y contratos ejecutados en parte, por el otro.

La decadencia de la importancia del derecho contractual fue, en cierta extensión, correspondida por un crecimiento en importancia de otras áreas del derecho de las obligaciones. En particular, hubo un gran crecimiento en la importancia del derecho de los daños extracontractuales, por un lado, y las acciones restitutorias por otro. Estas otras dos áreas del derecho de obligaciones en cierto sentido lindan y se superponen con amplias áreas del derecho de contratos. El derecho de los daños extracontractuales a menudo protege a una parte - dándole un derecho a indemnización de perjuicios - la cual ha confiado

* Los *executory contracts* del Derecho Anglosajón corresponden a aquellos contratos que no han sido aún completamente perfeccionados o cumplidos. Son contratos cuyas obligaciones suponen un cumplimiento futuro (n.t.).

razonablemente en la otra, incluso aunque no se hubiera celebrado ningún contrato entre las partes. Por cierto, hoy difícilmente es ir muy lejos el afirmar que existe un principio general en el derecho según el cual la razonable confianza en otro pueda crear obligaciones, incluso fuera del área de los contratos (13). En cierto grado esto es reconocer que el derecho puede imponer una obligación sobre una persona que se ha negado a asumir una obligación voluntariamente. En forma similar, las acciones restitutorias pueden imponer una obligación sobre una persona para pagar por beneficios recibidos aún cuando realmente no ha consentido o prometido pagar por esos beneficios. La expansión de las obligaciones es aquí, por lo tanto, equivalente a imponer obligaciones a partes que no las han asumido voluntariamente. Hasta ahora no existe un principio general en el derecho inglés que habilite a una persona a reclamar la restitución de beneficios generados sin contrato - por ejemplo, la Cámara de los Lores ha decidido recientemente que una persona que rescata el bote abandonado de otra, el cual está peligrosamente a la deriva, no puede reclamar una recompensa por salvamento si el rescate ocurre en un río, aunque por mucho tiempo ha existido ese derecho cuando un buque de mar es salvado en forma similar (14). Pero recientemente la Cámara de Los Lores ha hecho mucho para ampliar el espectro de las acciones restitutorias (15), pudiendo el desarrollo de esta forma de responsabilidad indicar un rol reducido para el derecho de contratos.

El crecimiento de la protección al consumidor.

Como vimos anteriormente, el derecho contractual clásico estuvo mayormente desligado de problemas de desigualdad de poder negociador. Pero en el siglo veinte, como el Parlamento comenzó en forma creciente a utilizar el sistema impositivo para redistribuir la riqueza, a menudo interfirió también en la libertad contractual para procurar proteger al débil del fuerte o del rico. Por ejemplo, la legislación laboral fue aprobada para conferir derechos a los trabajadores que no podían ser obtenidos por medio del contrato, a los trabajadores; la legislación de compra a plazo fue realizada para proteger a los arrendadores del trato incorrecto de las compañías financieras; y en forma similar se promulgó la legislación referente a los propietarios y arrendatarios para así conferir mejores derechos a estos últimos.

La legislación para la protección del consumidor también utilizó a menudo la creación de ofensas criminales para conductas que en el derecho común sólo serían un incumplimiento de contrato o incluso una acción perfectamente legal. Así, por ejemplo, la *Trade Descriptions Act de 1968* convirtió en infracción ofrecer

bienes para la venta en lenguaje falso o engañoso. Un incumplimiento de las disposiciones de tal estatuto puede tener su efecto en lo contractual, a pesar de que el estatuto está sólo relacionado directamente con el derecho penal. Por ejemplo, ahora es posible obtener una orden de compensación de una corte criminal que condena a una persona por una infracción que ha causado pérdidas o perjuicios a otra. Otros estatutos a veces obligan al vendedor de *mercaderías* a proporcionar al comprador una nota conteniendo ciertos detalles prescritos. El incumplimiento de tales disposiciones usualmente se convierte en una infracción con el resultado indirecto, una vez más, de que el contrato puede no ser exigible por la parte culpable.

La ley de protección al consumidor más importante relativa a los derechos contractuales es el *Unfair Contract Terms Act de 1977*. Se le da mayor profundidad al tratamiento de esta ley en el Capítulo 16, y aquí es suficiente decir que la Ley restringe ampliamente el uso de "cláusulas de exención" por medio de las cuales las partes contratantes se protegen de la responsabilidad legal. La ley se extiende más allá de la protección a los consumidores, desde que también opera, dentro de ciertos límites, para los hombres de negocio que contratan sobre "términos escritos estandarizados".

La interferencia legislativa en la libertad contractual no está, por supuesto, siempre dirigida a reparar el equilibrio entre el débil y el fuerte. Por ejemplo, gran parte de la interferencia legislativa en la libertad contractual está diseñada para fomentar vastos objetivos de interés público. Por muchos años, por ejemplo, ha sido política de sucesivos gobiernos británicos estimular el desarrollo de la agricultura para que la nación no tenga que ser tan dependiente de la importación de alimentos - algo que hace al país especialmente vulnerable en tiempos de guerra. En *Johnson vs. Moreton* (16) la Cámara de los Lores contaba con esta política pública para sostener que un arrendatario agrícola no podía contratar fuera de las protecciones conferidas a él por el *Agricultural Holdings Act 1948*. Por cierto, tal era la atmósfera general en ese tiempo que la Cámara de los Lores insistió que ya no se podía aceptar en forma general que los derechos conferidos por ley pudiesen negociarse libremente. El problema estaba en la interpretación del estatuto particular, el cual era realizado sin ninguna presunción de que la libertad contractual prevalecía sobre los derechos establecidos por ley.

Así también, se hizo más común en este período encontrar legislación con objetivos económicos públicos, como el control de la inflación. Tal legislación a menudo terminó limitando la libertad contractual, por ejemplo, estipulando que un depósito mínimo era necesario en ciertas transacciones de compra a plazo, o

incluso (como se hizo más de alguna vez) intentando controlar los incrementos de salario por ley. Una vez más, en un diferente tipo de casos, la cooperación internacional fue a menudo el origen de legislación que, en gran parte, codificó los términos de un contrato particular, por ejemplo, contratos para el transporte de bienes por mar.

Las cortes responsables del manejo del *common law* de los contratos rara vez intentaron ir por el mismo camino, esto es, fueron muy vacilantes en desarrollar principios que interfirieran en la libertad contractual y que anularan contratos libremente celebrados, incluso cuando una de las partes era notoriamente más débil que la otra e incapaz de proteger sus propios intereses. Pero a mediados del siglo veinte los jueces fueron claramente influenciados por el mismo tipo de consideraciones que inspiraron gran parte de esta clase de legislación - es decir, sintieron una simpatía por el pequeño consumidor, la parte contratante débil que se encontraba a sí mismo obligado a un contrato de empleo o de compra a plazo injusto o severo; y a pesar de que las cortes rara vez utilizaron el poder para anular los términos reales de un contrato podían, y a menudo trataron, de ayudar a la parte más débil. Por ejemplo, "incluyendo" términos apropiados, o por medio de un proceso benevolente de "construcción" de los términos que efectivamente eran hallados en el contrato. Hacia el tercer cuarto del presente siglo, escritores docentes, y posteriormente jueces y abogados en general, comenzaron a preocuparse de que la presencia de desigualdad de poder negociador socavaba la legitimidad de los contratos, y así acababa con uno de los soportes que antes se usó para justificar la imposición de la coerción estatal.

5. ACONTECIMIENTOS A PARTIR DE 1980: ¿RETORNO A LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS ?

Durante la década pasada, el clima político y económico ha cambiado dramáticamente en Inglaterra, y las virtudes de los principios del libre mercado están siendo proclamados una vez más. De muy diferentes maneras las políticas del gobierno y del Parlamento han ido marcha atrás desde la elección de la Sra. Thatcher para su primera administración en 1979. Si, como ha sido sugerido más arriba, la decadencia del rol de la libre elección en el período entre 1870 y 1980 fue una de las causas del descenso de la importancia de la libertad contractual, entonces, debe reconocerse que en los últimos diez años arduos esfuerzos han sido realizados para revigorizar la libre elección. Al mismo tiempo ha habido un

considerable resurgimiento de la creencia en las virtudes económicas del sistema de libre mercado y también ha habido un creciente interés (especialmente en Estados Unidos de Norteamérica) en la relación entre los principios legales y económicos. Parte de ese trabajo ha llevado a una re-examinación de las normas legales e ideas que han dominado por cien años o más, y esto ha desafiado algunas de las asunciones que subyacían al descenso de la importancia de la libertad contractual. Todo esto sugiere que la decadencia de la libertad contractual ha sido detenida y otra vez el péndulo se está inclinando a su favor.

Además, esta renovada oscilación del péndulo parece establecida para durar por algún tiempo todavía, cualquiera que sea el resultado de las próximas elecciones. Todos los partidos políticos aceptan ahora las virtudes (dentro de límites variables) del libre mercado, del libre contrato, e incluso aquellos que se oponían a las tendencias actuales parecen ahora haber aceptado muchos de los cambios recientes como esencialmente irreversibles.

Estos cambios en el clima político y económico han, por supuesto, producido cambios en el derecho, especialmente en la legislación. Pero el derecho de los contratos es en su mayor parte *common law* y quizás podrá parecer a primera vista que el *common law* continúa en su curso imperturbable y no influenciado por cambios políticos y económicos en el mundo exterior a las cortes. Es poco probable que muchos libros de derecho contractual mencionen el cambio en la dirección política que sobrevino con la elección de 1979. En Inglaterra la tradición de "neutralidad" política de las cortes es tan fuerte que abogados y jueces generalmente no invocan ideologías políticas y económicas al discutir materias de derecho contractual. Pero muchas asuntos legales son profundamente afectados por preconcepciones subyacentes. Es por ejemplo, posible, que haya mucho desacuerdo, incluso respecto del problema básico de si el derecho debería dejar a las partes cometer sus propios errores, o si es una de las funciones del derecho de los contratos proteger a los débiles de su propia necesidad. Es por lo tanto necesario, incluso en un texto introductorio como éste, considerar cómo esta nueva inclinación del péndulo en favor de la libertad contractual está siendo justificada, cuales han sido sus implicancias y qué pueden deparar para el futuro.

Parte de la justificación es, por supuesto, puramente política, lo que quiere decir que simplemente ha habido una renovada fe en algunos de los principios subyacentes tras la libertad contractual - mayor creencia en el derecho del individuo a hacer sus propias libres elecciones y la creciente desilusión respecto de la sabiduría de la toma de decisiones colectivas y burocráticas. Así

también, ha habido una tendencia a apartarse del uso del sistema impositivo para fines de redistribución de la riqueza. La benevolencia estatal y el paternalismo son hoy menos populares que lo que eran una o dos décadas atrás. Existe menos confianza en que "el Whitehall sabe lo que es mejor", una mayor creencia en que a los individuos se les debería dejar hacer sus propios acuerdos. Todos estos cambios reflejan una renovada fe en la libertad contractual. Al mismo tiempo ha habido un retorno hacia el mayor uso del sistema competitivo - mayores gratificaciones para aquellos que triunfan, y menor ayuda para quienes fracasan. La libertad contractual tiende a producir precisamente estos resultados, desde que la no interferencia en los contratos significa que a aquellos que están mejor situados para beneficiarse del uso de sus habilidades o recursos, se les dejará gozar de sus ganancias. Aún más, estos cambios políticos han conducido a una caeida área de actividad para los principios contractuales a costa de la regulación pública. Como notamos con anterioridad, la declinante importancia asociada a la libre elección en el período entre 1870 y 1980 llevó a muchas actividades a ser manejadas por entes públicos quienes exigieron impuestos para sus propósitos. La reciente privatización de muchas actividades significa que muchos intercambios económicos, los cuales eran hasta ahora materias de derecho público y regulación, estarán ahora una vez más en el área general de los contratos.

Otra justificación para el reciente cambio de dirección - y una que confirma que muchos de estos cambios serán probablemente permanentes - es que el paternalismo es probablemente menos necesario hoy que lo que era cien o incluso cincuenta años atrás. Los británicos son en la actualidad mejor educados y más sofisticados de lo que eran. Están menos necesitados de protección paternalista. Por supuesto siempre existirán unos pocos socialmente inadecuados, flojos e irresponsables, quienes son incapaces de cuidar en forma adecuada de sus intereses económicos; por ejemplo, siempre existirán los desafortunados, los incapacitados y los desempleados; y muchos en estos grupos puede que sigan necesitando alguna protección paternalista, aunque no debería asumirse que aquellos que necesiten apoyo financiero son necesariamente incapaces de manejar sus asuntos una vez que se les ha proveído del apoyo necesario. Pero la gran mayoría de las personas están hoy mucho mejor equipadas para hacer sus propios contrato y para juzgar sus propios intereses, sin protección paternalista. El gran crecimiento de la vivienda y la copropiedad es un factor significativo en esta mayor sofisticación económica. Más aún, la economía es mucho más competitiva y el consumidor tiene muchas más opciones

de las que punto las tendencias vigentes se deban a estos cambios sociales actuales, y hasta qué punto son el resultado de los valores cambiantes. Más aún, la economía es mucho más competitiva y el consumidor tiene muchas más opciones de las que existían 2 o 3 décadas atrás. Fue sugerido más arriba, que no hace mucho tiempo atrás una persona que quería comprar una casa habría tenido poca libertad de elección con respecto a los términos y tasas de interés de la hipoteca otorgada a la sociedad constructora. Sin embargo, hoy en día una sorprendente variedad de opciones está abierta al consumidor - él puede pedir prestado (por ejemplo) para una hipoteca a una tasa de interés fijo, o a una tasa que es fija por un número variable de años (a su opción) y las tasas varían importantemente de un prestamista a otro.

Aparte de los cambios en los valores políticos ha habido un nuevo gran interés, como ya hemos dicho, en la relación entre las normas legales y sus efectos económicos; y esto ha sido también un importante factor contributivo del actual resurgimiento de la libertad contractual. En forma breve, una vez más se está diciendo que la libertad contractual es un instrumento principal para la eficiencia económica. Aceptar la libre elección de los consumidores significa que los proveedores tienen que producir lo que los consumidores desean y un aspecto esencial de la eficiencia económica es que la sociedad debería producir lo que los consumidores quieren. Subvencionar industrias ineficientes (por ejemplo) significa que son dedicados excesivos recursos a la producción de cosas que los consumidores no desean comprar al verdadero costo social al cual se producen. Así también, leyes como las usadas para restringir la disponibilidad del crédito del consumidor (depósitos mínimos, por ejemplo) y leyes de control cambiario ya no son aceptadas por el gobierno ya que distorsionan el mercado. Han sido por tanto derogadas, y el área de libertad contractual ha sido correspondientemente ampliada.

Para nuestros propósitos, es quizás más relevante notar cómo es hoy reconocido por los economistas que la interferencia legislativa directa en el libre contrato a menudo tiene resultados desastrosamente ineficientes. Por ejemplo, hoy es ampliamente comprendido que muchos años de control de renta y leyes de protección de los arrendatarios han destruido ampliamente el mercado de las propiedades rentadas en Inglaterra. Debido a que los arrendatarios están tan bien protegidos, las rentas proporcionan un muy bajo retorno de ganancia en la inversión del propietario, y consecuentemente pocas personas están preparadas para invertir en la oferta de casas para la renta. Así, esto crea una disminución en el mercado de arriendo de vivienda, el que puede ser bastante

artificial, y el que no existiría si los propietarios fueran autorizados para cobrar una renta más conveniente. Un caso similar es aquel de la legislación de salario mínimo. Aunque el movimiento sindical y el Partido Laborista permanezcan aferrados a la creencia en semejante legislación como una vía de proteger a los sujetos de bajos ingresos, la mayoría de los economistas creen que este tipo de legislación simplemente conduce a la ineficiencia: eleva el costo de los bienes o servicios producidos por las personas de más bajos ingresos por sobre su valor económico adecuado.

Más aún, esa interferencia legislativa en la libertad contractual no sólo conduce a una ineficiencia económica, hoy también es ampliamente pensado que a largo plazo tiende a dañar a las mismas personas a las cuales se propone proteger. La legislación de salario mínimo, por ejemplo, aumenta el costo de los servicios de los empleados para el empleador. Pero incluso el más elemental conocimiento sobre economía demuestra que incrementar los costos es reducir la demanda. Incrementar el costo de la fuerza laboral (esto es los salarios), no es diferente de incrementar el costo de cualquier otra cosa. Si es más costoso emplear trabajadores porque se incrementan los salarios (ya sea como resultado de una ley de sueldo mínimo o por cualquier otra razón) la demanda por lo que los trabajadores producen bajarán, y de este modo la demanda por los propios trabajadores. Entonces un salario mínimo impuesto legalmente puede, a corto plazo, dar al empleado más dinero, pero puede que a largo plazo, lo lleve a perder su trabajo, y en términos agregados, por lo tanto, a un mayor desempleo. Algunos años atrás se le dio amplia publicidad al caso de un propietario de un pequeño café el cual estaba empleando a una mesera a quien le pagaba menos que el salario mínimo prescrito. Cuando los hechos salieron a la luz, a él se le pidió que subiera el salario de la mesera al mínimo. El protestó que a ese valor el café no podía operar con ganancias y entonces fue cerrado. La mesera perdió su trabajo a pesar de que ella estaba dispuesta a trabajar a un menor sueldo. Acá parece claro que ambas partes estarían mejor si se les hubiera dejado hacer su propio contrato sin interferencia legal. También lo estaría el público, porque habría tenido un café el que al menos habría sido frecuentado por una cantidad suficiente de personas como para pagar un salario suficiente para persuadir a la mesera de trabajar allí. Este fue, por supuesto, un caso muy simple, y el efecto económico de tales leyes es a menudo más complejo y difícil de estimar. Pero estas implicancias económicas de la interferencia legislativa en la libertad contractual están indudablemente ayudando a impulsar la nueva oscilación del péndulo de vuelta a los principios de la libertad contractual.

Entonces nuevamente los economistas están tratando de recordar a los abogados (aunque acá, hasta ahora, con poco éxito) que interferir en algunos de los términos de un contrato probablemente sólo afecta el costo de la negociación, y puede que sea inútil, o absolutamente perjudicial para quienes se pretende ayudar - a menos que también los precios estén controlados. Por ejemplo si la legislación "otorga" a los consumidores que compran bienes, derechos establecidos por ley, que los fabricantes no pueden violar, el casi seguro resultado será el de incrementar el precio de los bienes. Muchos consumidores puede que no objeten esta alza de precios, porque son afortunados en comprar los nuevos derechos al mismo precio - pero el argumento económico es que *estos* consumidores no serán afectados por la legislación ya que de todos modos ellos deberían haber sido capaces de comprar esos derechos en la forma ordinaria, si están dispuestos a pagar por ellos. Los consumidores que *serán* afectados por el cambio legal son aquellos que no piensan que los derechos valgan el precio extra, ya sea porque no pueden afrontar el alza, o por cualquier otro motivo. Estos consumidores serán perjudicados por la legislación ya que son privados de la posibilidad de comprar los bienes sin estos derechos asociados. Es (bajo esta perspectiva) como si una ley fuera aprobada forzando a todos los autos a tener ventanas eléctricas, en vez de permitirles que sean vendidas como un opcional extra. Ahora este argumento particular no ha tenido, hasta el momento, un impacto notorio sobre el derecho, o incluso en la forma en que los abogados (y los consumidores) piensan. Y bien puede ser que el argumento sea defectuoso, o no es, por alguna razón, aplicable en ciertos contextos. Pero es un argumento que probablemente sea más oído en el futuro, y ciertamente uno que debe ser enfrentado.

En forma similar, una vez más se está diciendo, como se dijo durante el apogeo de la libertad contractual, que la desigualdad de poder negociador, y cualquier injusticia resultante en los términos contractuales, no es una materia con la cual el derecho contractual debería involucrarse. La desigualdad de poder negociador es una peligrosa justificación para entrometérse en los contratos. Si existe un mercado verdaderamente competitivo, funcionando bien, entonces ahí no debería existir problema alguno relativo a la desigualdad de poder negociador, porque los consumidores siempre pueden ir a otro lugar. Sin duda, que el comprador común no puede realmente tratar de negociar con J. Sainsbury pic. pero si no le gustan las mercaderías o precios allí ofrecidos, puede encontrar muchas otras tiendas vendiendo lo que él desea. En ese sentido incluso el comprador más pequeño tiene tanto poder negociador como el negocio más

grande, mientras exista un verdadero mercado competitivo. La mayor amenaza negociadora de todas, es hacer el negocio en algún otro lugar. Por supuesto, si existe un problema serio de monopolio, y si esa es la fuente de la desigualdad de poder negociador, entonces diferentes medidas pueden necesitarse para introducir una mayor competencia al mercado, o quizás en algunos casos (como con las Empresas de servicio público) algún grado de control público sea necesario. Y esto es, por cierto, concedido incluso por el actual gobierno, el cual al privatizar los suministros de gas y teléfono, los ha sometido a alguna medida de control público, y no los ha dejado totalmente libres para imponer sus contratos al público. En cada caso, por lo tanto, el argumento vale, la desigualdad en el poder negociador es insuficiente fundamento para la interferencia en contratos negociados libremente. Por cierto, el funcionamiento eficiente del mercado *requiere* realmente que a aquellos con gran poder negociador debería serles permitido usarlo - todos aquellos con talentos extraordinarios - sean jugadores de fútbol o cantantes populares, deberían tener derecho a cobrar lo que el mercado está dispuesto a pagar. Cualquiera que tenga algo que otra persona desee muchísimo tiene un poder negociador desigual, si esa cosa posee escasa oferta, y debería tener derecho a venderlo a cuanto pueda obtener.

Esto significa, entre otras cosas, que más o menos en los últimos 15 años el gobierno actual y la política legislativa han buscado, al menos a largo plazo, restaurar la libertad contractual en ciertas áreas en las cuales ha estado mucho tiempo ausente, así como, por ejemplo, control de alquileres y legislación de salario mínimo. Se ha entendido, por supuesto, que los arrendatarios pobres o los trabajadores de bajos ingresos, pueden necesitar apoyo financiero por parte del Estado; pero la tendencia moderna es suministrar ese apoyo directamente a quienes lo necesitan, más que tratando de usar el derecho contractual como un medio redistribuidor de riqueza. Existe claramente mucho acierto en este cambio de política. Si los arrendatarios son tan pobres como para pagar una renta apropiada, entonces necesitan ayuda financiera, pero no es tan claro porqué esta ayuda debería ser suministrada por los propietarios más que por los contribuyentes; y de todos modos, como hemos visto, tratar de forzar a los propietarios a hacer el trabajo de los servicios de seguridad social significa simplemente que habrán muy pocos propietarios, y muy poca inversión en la construcción de propiedades para la renta. De forma similar, si un trabajo es de valor económico tan pequeño que no se le puede pagar un salario que se considere socialmente adecuado, puede haber un caso que requiera ayuda

financiera, pero una vez más, no es claro porqué esta ayuda debería ser otorgada por el empleador antes que por el Estado.

Los modernos escritores de estos asuntos económicos no se han olvidado bajo ningún respecto de algunos de estos argumentos esbozados con anterioridad, que llevaron a la declinación de la creencia en la libertad contractual. El difundido uso de contratos tipo, por ejemplo, y el hecho de que las partes contratantes a menudo no entienden, o ni siquiera leen los términos por los cuales se obligan, es un problema que aún debe ser resuelto, si es que los principios de la libertad contractual van a gobernar una vez más. Un posible acercamiento a estas dificultades es tratar de distinguir entre dos cuestiones por separado. El primer asunto es si una parte contratante realmente ha acordado o aceptado los términos en cuestión. Y el segundo asunto es si aquellos términos son justos o razonables. La primera cuestión se dice que tiene relación con la "justicia procedimental" - se refiere al proceso por el cual los contratos son hechos, es decir, a las reglas que operan dentro del mercado. Es aceptado por todos que este es un asunto propio del derecho de los contratos. Pero la segunda cuestión se refiere a una "justicia sustantiva", y eso se relaciona con el *resultado* de los contratos. Muchos escritores modernos de asuntos económicos insisten en que la segunda cuestión no es una materia apropiada para ser resuelta por el derecho: ellos insisten que la justicia de los términos en sí, siempre se reflejará en el precio, y es de todas formas algo que las partes contratantes deben responder por sí mismas. En cierto sentido, la aceptación de esta distinción entre justicia procedimental y sustantiva es el asunto más fundamental en el derecho contractual moderno y en la teoría, pero como en el caso de muchos asuntos de ideológicos similares, una adherencia rígida a la distinción es difícil en la práctica. Retornaremos a este importante asunto en el Capítulo 16.

El actual estado de los principios y políticas subyacentes a gran parte del derecho contractual es muy difícil de resumir, porque tenemos, en efecto, dos grandes tendencias que corren en direcciones opuestas. Por una parte, tenemos la nueva tendencia hacia un resurgimiento de los principios de la libertad contractual, aunque esto significa un retroceso a las ideas de comienzos del siglo diecinueve. Y por la otra parte, tenemos la antigua tendencia, que deriva de finales del siglo diecinueve, alejada de la libertad contractual. Esta antigua tendencia ha ido quedando sin fuerza, pero de ninguna manera se ha detenido completamente. Por ejemplo, la Directiva de la Unión Europea de Protección al Consumidor, de la que se trata en el Capítulo 16, muestra como en algunas áreas, las ideas y valores contrarias a la libertad contractual se mantienen fuertes. En

todo caso, las antiguas tendencias han dejado como secuela muchas leyes que permanecerán vigentes hasta, y si es que, se disponga de ellas. De este modo aún tenemos grandes cuerpos de derecho derivados del período 1870 -1980, cuando la libertad contractual estaba en decadencia. Tenemos mucha legislación proteccionista y paternalista en las leyes. La mayoría de esta legislación probablemente sería defendida por abogados educados en la atmósfera reinante antes de 1980, aunque parte de ésta ciertamente parece contraria a la tendencia moderna. Gran cantidad de legislación moderna relativa al crédito del consumidor, por ejemplo, es muy proteccionista y paternalista. Interfiere en la libertad contractual a una gran escala. Inevitablemente eleva el costo del crédito del consumidor, porque las compañías financieras deben decidir el costo adicional impuesto por los consumidores que incumplen sus obligaciones contractuales amparados en la legislación. Más aún, existe un riesgo adicional de que semejante legislación realmente proteja al incompetente y al irresponsable a costa del honesto y ahorrativo. Este tipo de "otorgamiento de subvenciones" es una característica común de gran parte de la legislación de este período. Es un producto natural de la filosofía colectivista más que de una filosofía individualista. Parece contrario a la moderna oscilación que retorna a la libertad contractual. Pero es muy dudoso que muchos abogados o políticos estén aún preparados para aceptar que esa legislación está obsoleta. La legislación que confiere derechos a las partes contratantes es aún frecuentemente anhelada por muchas organizaciones disputarían el argumento de los economistas que tal legislación va a menudo en contra de los intereses de quienes parecen ser beneficiados por ella.

Entonces una vez más, la decadencia de la importancia del derecho contractual durante el período que va entre 1870 y 1980 fue acompañado, como notamos con anterioridad, por un crecimiento de la importancia de otras áreas del derecho de obligaciones, particularmente el derecho de los daños extracontractuales y el derecho de la restitución, los cuales frecuentemente imponen obligaciones sobre aquellos que no han acordado soportarlas. Parece poco probable que la nueva oscilación del péndulo de la libertad contractual haga que los abogados den vuelta sus espaldas a estos desarrollos legales de los últimos treinta o cuarenta años, los cuales, a la mayoría de los abogados les han parecido innovadores y productores de mejoras. No obstante, existen señales (como veremos más adelante) de un leve retroceso del derecho de daños extracontractuales en la década pasada, de las áreas en donde tal derecho se superpone particularmente al derecho contractual. Por cierto, hasta

ese punto, parece que en la tendencia actual está una vez más reviviendo la primacía del derecho contractual sobre otras áreas del derecho de obligaciones.

Por supuesto el retorno a la libertad contractual no significa que "todas" las leyes y toda la interferencia legislativa en los contratos privados sean ahora sospechosas incluso para aquellos que apoyan enteramente las nuevas tendencias. Parte de esta legislación, como vimos anteriormente, se basa en amplios asuntos de interés público, y no es motivada por ideologías paternalistas y proteccionistas. Entonces, leyes como el *Agricultural Holdings Act*, que son diseñadas para promover la agricultura Británica, aún pueden ser halladas interfiriendo con la libertad contractual, como vimos antes. Nuevamente, no hay un rechazo del moderno entendimiento del problema de las "externalidades" - no hay un retorno a la creencia simplista de los años anteriores a 1870 de que todos los contratos privados deben ser considerados en interés público simplemente por estar en interés de las partes. Por otra parte, es indudablemente cierto que la oscilación moderna ha llevado al abandono de muchas antiguas intervenciones en el libre contrato, que descansaban en vastos asuntos políticos, como las antiguas regulaciones que restringían la amplitud de los contratos de compras a plazo, legislación de control de precios, y controles de cambio de moneda.

Pero otras intervenciones de la libertad contractual se mantienen, y generalmente no se considera que sean incongruentes con las nuevas tendencias. En parte, esto se debe al hecho paradójico que la libertad contractual puede ser utilizada de muchas formas que en realidad limitan la libertad contractual. Así, leyes que parecen restringir la libertad contractual pueden en realidad estar diseñadas para intensificar otras áreas de la libertad contractual. Así, por ejemplo, el *common law* y las normas contenidas en leyes diseñadas para derribar o incluso prohibir prácticas restrictivas de la competencia (como veremos en más detalle en el Capítulo 17) Son en cierto sentido interferencias con la libertad contractual, pero ellas en realidad tienen el propósito de intensificar la libertad contractual a través de resguardar el funcionamiento del mercado.

En cuanto a lo que toca al derecho común, los cambios en el clima político y económico de la última década también parecen estar teniendo cierta influencia, como se verá con más detalle después. Existen indicios, por ejemplo, de que en contratos entre comerciantes, la antiquísima jurisdicción de equidad para aliviar a una parte contratante de los efectos de cláusulas penales severas o de cláusulas relativas a la pérdida de derechos, está siendo cercenada. Si estos cambios de dirección verdaderamente justificables, desde un punto de vista sofisticado de lo que la libertad contractual requiere, es una cuestión que

será tratada más adelante. Así también, hay señas de que las cortes están hoy (como sus predecesores de comienzos del siglo diecinueve) cada vez más reacios a usar el derecho para proteger a las partes contratantes débiles de las consecuencias de su propia necesidad o ignorancia. Y quizás también hay indicios de que existen dudas cada vez mayores respecto del uso del derecho contractual como dispositivo de redistribución. Ciertamente existe un notable paralelo entre el régimen de los principios del mercado a nivel político y el régimen de la libertad contractual en la esfera legal. En ambos casos, la fuerte tendencia actual consiste en examinar primero la situación del mercado, y después considerar si existe una justificación adecuada para la interferencia en sus resultados, o no. La evasión de estos dos puntos, antiguamente tan común, ahora parece ser desaprobada, y con cierta justificación, ya que no significó una contribución para la claridad del pensamiento.

6.- LOS PROPOSITOS DEL DERECHO DE CONTRATOS.

Después de esta larga introducción, bastará con discutir brevemente un tema, que también podría ser tratado en extenso, esto es los propósitos del derecho de contratos. Como se deduce de la introducción anterior es evidente que el derecho de contratos sirve muchos propósitos, y llevaría a confusión el insistir (como algunos juristas y teóricos han hecho) que el derecho de contratos esta diseñado simplemente para facilitar los planes privados, o sostener el funcionamiento del mercado, o hacer cumplir las promesas, o proteger las expectativas razonables. Sin duda que realiza estas cosas, las que son un elemento central en el derecho de contratos. El derecho contractual facilita y fomenta el intercambio libre y voluntario, al reconocer que dichos intercambios tienen efecto legal y hacer cumplir los acuerdos para efectuar dichos intercambios. De este modo el derecho de contratos le da efecto legal al funcionamiento del mercado, permitiendo así que las actividades de negocios y comerciales sean realizadas eficientemente.

El derecho de contratos también facilita y fomenta la planificación privada de los individuos al dar efecto a las intenciones con las que ellos hacen sus transacciones y planes. Esto permite a los individuos no sólo operar eficazmente como consumidores en el mercado, sino que también en muchos aspectos privados de sus vidas que pueden tener implicancias económicas, aunque ellos no están dentro el mercado como es normalmente entendido. Al cumplir con sus propósitos fundamentales el derecho de contratos tiene tres aspiraciones principales.

Primero, está inspirado en el deseo de hacer cumplir las promesas y proteger las expectativas razonables que son generadas por las promesas y por otras formas de conducta.

En segundo lugar, el derecho de contratos está fuertemente influenciado por las instituciones subyacentes del derecho de bienes, por lo tanto, mientras reconoce y hace cumplir transacciones cuyo objeto es la transferencia de propiedad, en general no apoya ni reconoce transferencias de propiedad o dinero que una persona ha obtenido sin algún intercambio. las transferencias sin intercambio son ampliamente concebidas como constitutivas de un enriquecimiento injusto de una parte a expensas de la otra, y esto es comúnmente un fundamento para la intervención legal. Usualmente esto es hecho invocando un cuerpo separado de normas conocido como el Derecho Restitutorio, pero el derecho de contratos es en si mismo fuertemente influenciado y afectado por a idea que el enriquecimiento injusto no debe ser permitido. Hay, en efecto, un sentido en el que todo el concepto de enriquecimiento injusto es la imagen espejada del concepto de intercambio.

En tercer lugar, el derecho de contratos está también diseñado para prevenir cierto tipo de perjuicios, particularmente los de naturaleza económica, o al menos para compensar a aquellos que sufren dichos daños. Sobre todo intenta proteger a aquellos que han confiado razonablemente en las promesas o conducta de otros, del daño o pérdidas en que habrían incurrido como consecuencia de su confianza. En este respecto, el derecho de contratos se superpone con gran parte del derecho de daños extracontractuales el que también trata de proteger a aquellos que son dañados por otros. Pero mientras sólo una pequeña parte del derecho de daños extracontractuales dice relación con daños que son consecuencia de haber confiado razonablemente, este es el principal punto de atención del rol del derecho de contratos en la prevención de perjuicios.

Porque el primero de estos tres propósitos es usualmente visto como como la función fundamental e incluso exclusiva del derecho de contratos, hay una tendencia (como hemos visto) a tratar las obligaciones contractuales como auto impuestas, y por lo tanto a pensar que el rol del derecho de contratos de decidir que promesas deben hacerse cumplir y como hacerlo es relativamente uno menor. Entones, las ideas de la comunidad sobre justicia y equidad son vistas como teniendo un rol pequeño en el derecho de contratos. En esto, hay una base de verdad con respecto al primero de los tres propósitos principales del derecho de contratos, pero incluso en relación a este objetivo, el punto es por lo general

fuertemente exagerado. Mientras que muchas obligaciones contractuales son auto impuestas, otras no lo son; Es, por ejemplo, la ley y no las partes quien debe decidir que tipo de expectativas son razonables y por lo tanto deben ser protegidas. En cualquier evento, la totalidad del sistema de acciones del derecho- decidir que tipo de acciones conceder a la parte por el incumplimiento del contrato- es mayormente impuesto por la ley, y no decidido por las propias partes.

Con respecto al segundo y tercer propósito del derecho de contratos, es de algún modo evidente que ellos requieren una infusión sustancial de los valores de la comunidad. Decidir que tipo de enriquecimiento es injusto y que tipo de confianza es razonable, elementos esenciales en el segundo y tercero de los propósitos principales del derecho de contratos, son materias que deben ser hechas con referencia a las ideas de justicia y razonabilidad de la comunidad.

(1) "Introducción a la filosofía del derecho" (reimpresso en New Haven, 1961), p. 236

(2) El tema es tratado detenidamente en mi obra "El Apogeo y Decadencia de la Libertad Contractual" (Oxford, 1979).

(3) Para un famoso fallo en este sentido, ver *Pringting and numerical Registering Co. vs. Sampson* (1875) LR 19 Eq a 465.

(4) *Saunders vs. Anglia Building Society* (1971) AC 1004.

(5) Además, como se verá más adelante (ver *post*, p. 196) no son sólo los documentos "firmados" los que pueden volverse obligatorios en este sentido. Todo tipo de condiciones contractuales pueden ser, y a menudo son, incorporadas en contratos "por referencia" incluso sin ser vistas por una (o incluso ambas) de las partes.

(6) En *Liverpool CC vs. Irwin* (1977) AC 239 la Cámara de los Lorees se enfrentó a un arrendamiento de una autoridad local que fue registrado en un documento que simplemente listaba lo que se le exigía hacer al arrendatario y lo que le estaba prohibido. Nada se decía respecto de las obligaciones del arrendador. A partir del *Housing Act 1980* existieron términos "implícitos" establecidos por ley rigiendo algunas de estas materias.

(7) (1956) AC 696.

(8) *Hirji Mulji vs. Cheong SS Co* (1926) AC 497 a 510.

(9) *Ibid.*, a 509.

(10) *Dahl vs. Nelson, Donkin & Co.* (1881) 6 App. Cas. 38 a 39.

(11) N. 7 *supra*, a 728.

(12) ver *Roy vs. Kensigton and Chlesea Family Practitioner Committee* (1992) | AC 624.

(13) Ver Lord Diplock en *The Hannah Blumenthal* (1938) AC 834, 916. Como veremos más adelante (ver post p. 148), muchos casos de este tipo son resueltos bajo una doctrina llamada "estoppel" pero cualquiera que sea la calificación atribuida al caso, el resultado es proteger a alguien que ha confiado en otro a pesar de que no existe un contrato completo en el sentido legal.

(14) *The Goring* (1988) 1ALL ER 6411.

(15) Ver *Lipkin Gorman vs. Karpnale* (1991) 2 AC 548; *Woolwich Building Society vs. IRC* (1993) 1 AC 70.

(16) (1980) AC 37.