

DORI KIMEL

DE LA PROMESA AL CONTRATO

**Hacia una teoría liberal
del contrato**

Traducción de
Moira Parga

Revisión de
Diego M. Papayannis

Estudio introductorio de
Diego M. Papayannis y
Esteban Pereira Fredes

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ESTUDIO INTRODUCTORIO Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA CONTRACTUAL DE DORI KIMEL , por Diego M. Papayannis y Esteban Pereira Fredes	13
1. LA TEORÍA DEL CONTRATO EN EL CONTEXTO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO	13
2. CONTRATOS Y PROMESAS: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS.....	16
3. UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE LAS TEORÍAS MORALES DEL CONTRATO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	23
4. DERECHO CONTRACTUAL Y RELACIONES PERSONALES	29
5. UNA LECTURA LIBERAL DEL CONTRATO: AUTONOMÍA, LIBERTAD CONTRACTUAL Y NEUTRALIDAD	34
6. LA AUTONOMÍA Y SU HERENCIA INTELECTUAL	41
6.1. Liberalismo y pluralismo de valores.....	41
6.2. Individualismo, no-individualismo y altruismo.....	41
BIBLIOGRAFÍA.....	47
PREFACIO A LA EDICIÓN EN ESPAÑOL. ¿POR QUÉ DEBERÍAMOS ESTAR INTERESADOS EN LA FILOSOFÍA DEL CONTRATO?	51

DE LA PROMESA AL CONTRATO
Hacia una teoría liberal del contrato

AGRADECIMIENTOS	59
INTRODUCCIÓN	61
CAPÍTULO I. SOBRE LA NATURALEZA Y EL VALOR DE LAS PROMESAS	67
1. EL ARGUMENTO DE FRIED: CONVENCION, PRÁCTICA SOCIAL, CONFIANZA.....	68
2. LA CONFIANZA COMO CONDICIÓN	75
3. ¿POR QUÉ PROMETER?.....	83
4. ¿POR QUÉ QUERER UNA PROMESA?.....	84
5. ¿POR QUÉ ES INCORRECTO INCUMPLIR UNA PROMESA?	86
6. EL VALOR DE LAS PROMESAS.....	91
7. PROMESAS ENTRE EXTRAÑOS	94
CAPÍTULO II. NORMATIVIDAD, CONFIANZA Y AMENAZAS	97
1. EL ENFOQUE DISYUNTIVO	98
1.1. Amenazas y razones expresivas.....	102
1.2. Amenazas y confianza.....	104
1.3. La disposición a asumir el riesgo de la desobediencia	113
1.4. Amenazas y razones excluyentes.....	116
2. NORMATIVIDAD Y AMENAZAS EN LAS RELACIONES PERSONALES.....	118
2.1. Amenazas coercitivas y no coercitivas	119
2.2. De las amenazas a la exigibilidad	122
CAPÍTULO III. LA NATURALEZA Y EL VALOR DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES	127
1. LOS CONTRATOS Y EL ROL DE LA CONFIANZA.....	127
1.1. Exigibilidad y la trivialización del rol de la confianza	127
1.2. La confianza y la verdadera naturaleza de la práctica	131
1.3. Preliminar	136

	Pág.
2. CONTRATOS, PROMESAS Y RELACIONES ESPECIALES	137
2.1. ¿Qué es lo especial en las relaciones especiales?	138
2.2. Contratos, promesas y relaciones especiales	144
2.3. El valor intrínseco de los contratos	151
2.4. Distanciamiento personal y contratos relacionales	154
2.5. Sinopsis	161
CAPÍTULO IV. REMEDIOS	163
1. EL REMEDIO ESTÁNDAR Y LA TEORÍA DE LA PRÁCTICA	164
2. LA ELECCIÓN DE UN REMEDIO DE CUMPLIMIENTO: ¿POR QUÉ NO EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO?	170
3. EL PRINCIPIO DEL DAÑO Y LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO	176
4. MITIGACIÓN DEL DAÑO	187
5. LA LIBERTAD DE CAMBIAR DE OPINIÓN	191
CAPÍTULO V. LIBERTAD CONTRACTUAL, LIBERTAD DE NO CONTRATAR	195
1. LIBERTAD CONTRACTUAL.....	195
1.1. Neutralidad	200
1.1.1. Neutralidad, justicia y desigualdad de poder de negociación	201
1.1.2. La posibilidad de ser neutral.....	203
1.2. Autonomía personal	206
1.2.1. Ideas preliminares	207
1.2.2. El valor de la autonomía como una cuestión de grado	209
1.2.3. El respeto por la autonomía como fundamento para restringir la libertad	210
1.2.4. El valor de la autonomía y la búsqueda del bien	212
1.2.5. Autonomía, contrato y promesa	214
1.3. Conclusión	216
2. LIBERTAD DE NO CONTRATAR.....	217
2.1. La intención de crear relaciones jurídicas	218
BIBLIOGRAFÍA.....	227
ÍNDICE ANALÍTICO	231

ESTUDIO INTRODUCTORIO Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA CONTRACTUAL DE DORI KIMEL

Diego M. PAPAYANNIS *

Esteban PEREIRA FREDES **

1. LA TEORÍA DEL CONTRATO EN EL CONTEXTO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO

La obra de Dori KIMEL, *De la promesa al contrato*, constituye un texto indispensable para adentrarse en la filosofía del derecho contractual. ¿En qué coordenadas está situado este tipo de indagación más bien reciente en la literatura? La filosofía del contrato se encuentra ubicada, como es sabido, en el contexto de la filosofía del derecho privado. Dicho marco de reflexiones ha centrado su atención, sobre todo a partir de la última parte del siglo XX, en cuestiones relativas a los fundamentos que inspiran, y los propósitos que deben perseguir, las distintas áreas que conforman el derecho privado, como lo son, entre otras, la propiedad, los ilícitos extracontractuales, el enriquecimiento injustificado y, por supuesto, los contratos¹. Su desarrollo ha significado la introducción de un entramado conceptual y herramientas teóricas usualmente empleadas en otras disciplinas, como la teoría del derecho, la fi-

* Profesor agregado de Filosofía del Derecho e investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona.

** Profesor de Teoría del Derecho y Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Estudiante de Doctorado en Derecho, Universidad de Girona.

¹ Respecto de la filosofía del derecho privado, pueden consultarse los trabajos de GORDLEY, 2006; LUCY, 2007; PEREIRA, 2017: 193-261, y ZIPURSKY, 2004: 623-655.

lososofía moral y la filosofía política, pero escasamente exploradas en el derecho privado. Ello se ha traducido en una innegable sofisticación del nivel de análisis y su irrupción no solo en el escenario anglosajón, sino también en el ámbito jurídico continental.

Entre los trabajos que significaron la consagración de la moderna filosofía del derecho privado podemos hallar *Risks and Wrongs* (1992) de Jules L. COLEMAN y *The Idea of Private Law* (1995) de Ernest J. WEINRIB². El primero es la culminación de una exploración filosófica que COLEMAN comenzó a mediados de los setenta y abarca desde una teoría política y una concepción del contrato, basada en la teoría de la elección racional, hasta una concepción puramente deontológica del derecho de daños. Esta última parte, la relativa a la responsabilidad extracontractual, es la que obtuvo mayor atención en la literatura³. A diferencia de COLEMAN, WEINRIB presentó —por primera vez— un modelo sistemático en el cual la lógica interna de interacción entre los participantes resulta central tanto en la explicación como en la justificación de las distintas esferas del derecho privado. Sin embargo, ninguna de estas obras focalizó su interés exclusivamente en la filosofía del derecho contractual⁴.

Es de destacar que la filosofía del contrato tiene una historia intelectual que precede a estas obras fundamentales recién mencionadas. En efecto, los antecedentes más importantes se remontan incluso a la década de los treinta, con los artículos de Lon L. FULLER y William PERDUE, que aunque no son trabajos de filosofía de los contratos han tenido una notable influencia en la reflexión filosófica⁵. Posteriormente, aparecen ya libros completos con gran profundidad teórica como *The Death of Contract* (1974) de Grant GILMORE; *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979), *Promises, Morals, and Law* (1981) y *Essays on Contract* (1986) los tres de autoría de Patrick S. ATIYAH y, especialmente, *Contract as Promise* (1981) de Charles FRIED⁶. Esta última obra es crucial para el desarrollo de la perspectiva de KIMEL en su teoría del contrato. Así, se aboca a analizar la tesis según la cual los contratos son promesas —como se desprende ostensiblemente de FRIED y, en parte, de ATIYAH— y despliega un conjunto de consideraciones que contribuyen a clarificar y desafiar dicha conexión.

En el grupo de cuestiones que están ahí discutidas pueden apuntarse, al menos, las siguientes: (i) ¿en qué consiste el contrato?; (ii) ¿cómo se justi-

² Ambas obras son parte de la colección *Filosofía y Derecho* de Marcial Pons. La versión en castellano del trabajo de COLEMAN está disponible con el título *Riesgos y daños* (2010) y la de WEINRIB con el título *La idea de derecho privado* (2017).

³ Sobre el impacto de la teoría de COLEMAN puede consultarse PAPAYANNIS, 2013.

⁴ Para el significado, contenido y propósitos de la filosofía del contrato *vid.* EISENBERG, 2001: 206-264; FEINMAN, 1989: 1283-1318; KRAUS, 2004: 687-751; POSNER, 2005: 138-147, y SCHWARTZ y SCOTT, 2003: 541-619.

⁵ FULLER y PERDUE, 1936: 52-96, y 1937: 373-420.

⁶ Recientemente, FRIED publicó una segunda edición de *Contract as Promise* (2015), que es la que citamos en este estudio introductorio.

fica la obligatoriedad del vínculo contractual?; y (iii) ¿cómo se justifica la práctica social de contratar?⁷ KIMEL, por su parte, responde estas preguntas intentado ofrecer una *particular* teoría *liberal* del contrato, con sus propios compromisos y matices. No siempre es sencillo deslindar estas tres preocupaciones en los distintos trabajos de la filosofía del derecho de contratos, pero podrían delinearse como sigue: (i) Versa sobre la identidad filosófica de la figura contractual, su relación con otras figuras e instituciones, los principios a los cuales responde y su evolución contemporánea. Se trata, en breve, de determinar qué es lo característico del contrato en comparación con otros tipos de acuerdos interpersonales como las promesas. (ii) Busca examinar el fundamento del *pacta sunt servanda*, en cuya virtud las partes deben cumplir las obligaciones que hayan acordado. Aquí resulta también esencial la referencia a las promesas, puesto que parece insoslayable considerar qué incidencia tiene una teoría sobre el deber de cumplir las promesas para definir la fuerza vinculante del contrato. (iii) Indaga las razones conforme a las cuales es pertinente legitimar la vigencia de la práctica de contratar en la sociedad, reforzando así el valor de preservarla.

Como se verá más adelante, en el abordaje de KIMEL las preguntas (i) y (iii) están íntimamente ligadas, ya que parte de lo que resulta distintivo de los contratos es lo que él identificará como su valor *intrínseco*, y este valor esclarecerá por qué el tipo de práctica contractual que normalmente se encuentra presente en las sociedades liberales debe ser mantenido y fomentado. El problema (ii), por su parte, no es formulado explícitamente por KIMEL, aunque, como mostraremos en el apartado 5, aporta elementos más que suficientes para articular una respuesta a esta pregunta básica.

En el desarrollo que sigue intentaremos presentar brevemente las tesis centrales de KIMEL, concentrándonos, sin embargo, en sus aspectos más problemáticos y en algunas ideas que el autor simplemente sugiere al pasar, pero que, a nuestro juicio, brindan la oportunidad para desarrollar un fecundo análisis. Se trata, en un sentido, de caminos que el propio autor abre y luego deja virtualmente inexplorados. La pretensión de este estudio crítico, entonces, es evaluar el alcance y la profundidad de la teoría del contrato de Dori KIMEL y complementar el análisis allí donde el autor se ha limitado a formular una tímida invitación a la reflexión posterior. Concretamente, en los apartados 2, 3 y 4 expondremos las tesis más importantes de aquellas defendidas por KIMEL, evaluando en qué medida su teoría del contrato es capaz de tender un puente entre las concepciones morales del contrato y las articuladas por los partidarios del análisis económico del derecho. KIMEL solo sugiere que esta potencial compatibilidad podría ser una ventaja de su propuesta, pero no da ninguna pista al respecto, por lo que antes que todo hemos abocado nues-

⁷ En relación con la ambición desplegada por la filosofía del derecho contractual en orden a construir teorías del contrato generales y universales *vid.* BIX, 2017: 391-402. Una taxonomía de los tipos de teorías del contrato se encuentra disponible en SMITH, 2004: 4-6.

tros esfuerzos a construir este posible puente, siendo fieles a los elementos que el autor nos ofrece en su libro. Concluiremos que, en última instancia, el puente es menos sólido de lo que se requiere, pero el desarrollo de esta línea argumental iluminará algunas limitaciones en la teoría que de otro modo podrían pasar inadvertidas. Finalmente, en los apartados 5 y 6 estudiaremos el tipo de liberalismo propuesto por KIMEL y la manera en que impacta en su teoría del contrato. En particular, aboga por un liberalismo en el cual la neutralidad no es el valor dominante, sino que ese lugar lo ocupa la autonomía personal. Ello le permitirá fundamentar ciertas limitaciones a la libertad contractual, siempre que sean necesarias para proteger la autonomía de los contratantes. No obstante, este valor no es el único que está en juego en el derecho de contratos. Del mismo modo, revisaremos cuál es la conexión de este liberalismo con una filosofía individualista. El propósito de estas secciones es poner de relieve la trascendencia filosófica de la obra de KIMEL y señalar algunas tensiones presentes en su propuesta.

2. CONTRATOS Y PROMESAS: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Las teorías del contrato como promesa postulan que el derecho contractual puede ser esclarecido mediante un análisis de la práctica de prometer⁸. Esto es así por la sencilla razón de que todo contrato *es*, al menos en lo fundamental, una promesa. Ciertamente, es inconcebible que alguien pueda contratar sin a la vez prometer, es decir, sin asumir voluntariamente una obligación por el mero hecho de garantizar a la otra parte un curso de acción futuro. Cuando uno promete hacer ϕ , comunica a la otra parte su intención de obligarse a hacer ϕ , y de alguna manera que la teoría de las promesas debe explicar adquiere la obligación de hacer ϕ ⁹. Para nuestros propósitos no es necesario tomar partido sobre cómo es posible que alguien genere para sí mismo una obligación que antes no existía por el hecho de manifestar su voluntad de asumirla. Aunque diremos algo al respecto en el apartado 5, por ahora basta con apreciar el hecho trivial de que el acto de contratar implica el acto de prometer y, por ello, reflexionar sobre la naturaleza de las promesas bien puede resultar ineludible al momento de estudiar el contrato.

El problema obvio que esta teoría debe enfrentar es que no toda promesa perfecciona un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades jurídicamente exigible, susceptible de ser ejecutado mediante la coerción estatal. Existen innumerables promesas en las cuales las partes no tienen la intención de crear obligaciones jurídicas. Por otra parte, la ejecución judicial de toda

⁸ La influyente obra de Charles FRIED, *El contrato como promesa*, ya citado en la nota 6, inaugura esta línea de investigación.

⁹ Para una panorámica de los problemas filosóficos en torno a las promesas puede consultarse SHEINMAN, 2011: cap. 1, esp. pp. 6 y 16.

promesa sería tanto como legislar la virtud¹⁰. En efecto, ningún sistema conocido establece la exigibilidad jurídica de *cualquier* promesa, y es de sentido común rechazar una regulación semejante. Hay infinidad de promesas de cuya importancia para nuestras relaciones con otros no dudáramos y que, pese a ello, a nadie se le ocurriría que deberían gozar del respaldo coercitivo que sí tienen los contratos. Por todo ello se ha sostenido que el enfoque en las promesas confunde dos cuestiones: 1) ¿en qué condiciones las personas adquieren el deber moral de cumplir con la palabra empeñada?, y 2) ¿en qué condiciones puede emplearse la fuerza para obligar a un individuo a que cumpla su promesa o pague una indemnización?¹¹ La teoría moral de las promesas, por sí misma, es incapaz de fundamentar esto último. Sobre esta base, Randy BARNETT ha sugerido que el fundamento de la obligatoriedad del contrato no debe buscarse en la institución de las promesas, sino en el *consentimiento* de quedar jurídicamente vinculado¹².

En la segunda edición de *Contract as Promise* (2015), FRIED respondió que no hay ninguna razón por la cual las partes puedan acordar sobre los términos sustantivos de las promesas (el curso de acción que será obligatorio y en qué circunstancias) y no sobre las implicaciones remediales en caso de incumplimiento. Así, las promesas merecedoras del respaldo de la coerción estatal son aquellas en las cuales el promitente manifiesta su voluntad de asumir una obligación propiamente *jurídica*. En esta reconstrucción, entonces, no cualquier promesa sería ejecutable en los tribunales de justicia, sino aquellas que incluyen la voluntad de quedar sujeto a un esquema de exigibilidad coercitiva¹³. De esta forma, FRIED parece estar incorporando la crítica de BARNETT en el mismo esquema del contrato como promesa. Pero si BARNETT tiene razón, la cuestión de la exigibilidad jurídica no puede depender absolutamente de la voluntad de someterse a un esquema de coerción estatal. El promitente podría consentir usos inadmisibles de la fuerza pública, y ello no haría que sus palabras lo obligasen jurídicamente. Determinar qué usos son admisibles depende de una teoría política que ha de defenderse, para no incurrir en una petición de principio, con bases independientes de la fuerza vinculante de las promesas. En este sentido, no es claro que la respuesta de FRIED supere totalmente el problema. Esto, sin embargo, no tiene por qué llevarnos al rechazo de la teoría del contrato como promesa. Todavía podría defenderse que es una teoría correcta, aunque incompleta. Los contratos son promesas y algo más. Estudiar las promesas sería imprescindible para entender los contratos, pero en ningún caso suficiente.

Más allá de quién tenga razón en esta disputa, es innegable que entre las promesas y los contratos existe una fuerte vinculación conceptual. La pro-

¹⁰ Vid. BARNETT, 1992: 1025.

¹¹ Vid. *ibid.*: 2024.

¹² Vid. BARNETT, 1986: 166, y 1992: 1027-1028.

¹³ Vid. FRIED, 2015: 151.

mesa es una condición necesaria del contrato, en la medida en que resulta imposible, como hemos dicho, contratar sin formular una promesa. Así, los contratos constituyen una subespecie de las promesas, es decir, son aquellas promesas respecto de las cuales está justificado el uso de la fuerza pública. Y, ¿cómo pueden variar las consecuencias de una promesa, de modo que ejecutar por la fuerza ciertas promesas sea admisible en algunos casos e improcedente en otros? La cuestión es sencilla. Puede aceptarse sin mayor controversia que los actos de incumplimiento de una promesa no son todos igualmente graves y, por tanto, no justifican el mismo tipo de reacción. Incumplir una promesa de intentar organizar una cena en casa para nuestros colegas del trabajo puede ser reprochable, pero mucho más grave es incumplir la promesa hecha a un amigo que está postulando a una plaza en nuestra misma universidad de redactar una carta de recomendación confidencial antes de que acabe el término de presentación, o incumplir la promesa de entregar 10.000 kilos de café colombiano a la cadena de cafeterías que ya nos pagó una buena cantidad de dinero por ello. Algunos incumplimientos son más graves que otros y justifican distintas reacciones, llegando incluso a resultar apropiado que se nos impongan medidas de cumplimiento forzoso o la obligación de indemnizar las pérdidas causadas en el último caso (mas, seguramente, ninguna de estas medidas esté justificada en los anteriores).

Sea como fuere, esta concepción de los contratos y su relación con las promesas asume que los contratos son la *versión jurídica* de la misma institución de las promesas. Existen las promesas y existen los contratos, que son promesas con respaldo estatal, pero promesas al fin. La clave para distinguir entre los contratos y las promesas, entonces, está en una indagación sobre la justificación política de aplicar la coerción estatal para la ejecución de algunas de las promesas que las personas se realizan en sus interacciones privadas.

KIMEL se resiste a suscribir esta reconstrucción teórica, pues considera que en lugar de iluminar la naturaleza del contrato nos hace perder de vista algunas de sus características más valiosas y distintivas. En los términos que hemos explicado más arriba, los contratos son promesas. Sin embargo, no sería acertado asumir sin más que el derecho puede agregar (aun justificadamente) la coerción estatal a ciertas promesas sin alterar de manera sensible su naturaleza meramente promisoria y, con ello, el sentido habitualmente atribuido a los actos realizados en cumplimiento de un contrato en comparación con el atribuido al cumplimiento de una promesa. Permítase-nos explicar esta cuestión.

Las promesas y los contratos, ambas instituciones, son capaces de cumplir una función de coordinación. Las personas pueden alcanzar acuerdos sobre sus acciones futuras a fin de cooperar para el desarrollo de planes de vida complejos tanto mediante el uso de las promesas como mediante la celebración de contratos. Si Olympia necesita que su hijo Aléxandros refuerce sus clases de lógica para el examen de la semana próxima tiene varias opciones,

dos de las cuales son especialmente interesantes para nuestros fines: 1) puede contratar a un profesor particular para que le imparta algunas lecciones, o bien 2) puede pedir a su vecino Petros, conocido por su afición a la lógica, que le oriente en la resolución de ejercicios los días previos al examen. La mera aceptación del pedido por parte de Petros no constituye necesariamente una promesa, pero si Olympia quisiera tener un reaseguro de que Petros cumplirá su palabra podría preguntarle «¿me lo prometes?», eliminando así cualquier duda sobre si se ha asumido o no un compromiso genuino.

En casos como este, el contrato y la promesa son dos maneras de llegar al mismo resultado. En el contrato hay un intercambio explícito, mientras que las promesas lo más probable es que sean altruistas o que el intercambio se produzca a largo plazo, en el curso de la relación de vecinos mediante otro favor que Olympia realizará a Petros (seguramente, por razones de buen gusto, sin reconocer explícitamente que se trata de una compensación por el favor anterior). Sin embargo, que algunos fines puedan conseguirse indistintamente mediante promesas o contratos no significa que los contratos y las promesas cumplan siempre la misma función, ni que ambas instituciones sean igualmente eficaces en todos los contextos. Así, habrá ocasiones en que pedir una promesa o sugerir que se celebre un contrato puede estar fuera de lugar. Entre personas que tienen una relación muy estrecha a veces pedir que se celebre un contrato puede constituir una ofensa. Ello en tanto las relaciones personales funcionan sobre la base de la confianza en la otra parte, y en ese contexto una promesa debería bastar. Las promesas canalizan esa confianza preexistente hacia los distintos acuerdos y entendimientos en el marco de la relación. No siempre se tiene el mismo grado de confianza en todas las personas con las cuales se mantiene una relación personal, pero alguna confianza debe normalmente tenerse para que el acto de prometer sea una opción viable (p. 83)¹⁴. El contrato, por su parte, ofrece una garantía adicional de cumplimiento, puesto que otorga al acreedor eventualmente decepcionado un conjunto de remedios jurídicos para exigir, incluso mediante el uso de la fuerza, que se haga lo pactado o se pague una indemnización sustitutoria. Buscar esa garantía adicional que brindan los contratos expresa que la confianza que se supone que existe en una relación personal no es tal y, justamente por ello, resulta ofensivo.

Como observa KIMEL, este problema no es exclusivo de los contratos, puesto que el carácter ofensivo de la propuesta puede trasladarse también a algunos casos de promesas (p. 124, en especial nota 60). Si una persona le pide a su pareja que le prometa que no le engañará ni escapará con su dinero, estaría expresando una desconfianza hacia la otra parte que es impropia en las relaciones de pareja (el caso paradigmático de relación en que las

¹⁴ Las referencias a la obra de KIMEL se realizan señalando directamente en el texto principal la página correspondiente a esta traducción que aquí se presenta.