

Colaboración recibida el 25 de mayo y aprobada el 11 de junio de 2016

¿Por qué obligan los contratos? Pereira, Esteban (2016): Santiago, Thomson Reuters, 154 pp.

FELIPE JIMÉNEZ C.*

La teoría contemporánea del derecho de contratos está empezando a tener mayor relevancia en nuestro medio. En efecto, recientemente se han publicado varios trabajos al respecto¹, y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile fue la sede del V Congreso Estudiantil de Derecho Civil, enfocado en teoría del derecho de contratos, y que contó con invitados extranjeros como Charles Fried, Dori Kimel y Margaret Jane Radin. En este sentido, el libro de Esteban Pereira –que se basa fundamentalmente en su investigación de magíster– llega en un buen momento.

El libro se organiza en tres partes fundamentales. La primera es una muy útil introducción a la teoría contemporánea del derecho de contratos, aunque a mi juicio –como argumentaré más abajo– su tratamiento del análisis económico es insuficiente. La segunda parte analiza las transformaciones contemporáneas de la contratación y los problemas que plantea a una concepción del contrato fundada en la autonomía y la voluntad individual. La tercera parte es el argumento sustantivo de Pereira a favor de una justificación del derecho contractual basada en la autonomía individual.

En general, se trata de un libro sumamente interesante y bien documentado, lo que no es poco. Además, en este libro, Pereira presenta un argumento sugerente y atractivo. Dado lo anterior, constituye un aporte fundamental y una buena puerta de entrada para quienes, desde Chile, quieran profundizar en la teoría contemporánea del derecho de contratos y del derecho privado.

En lo que sigue, sin embargo, realizo algunas formulaciones críticas al trabajo del profesor Pereira. Dichas formulaciones críticas deben considerarse contra el trasfondo de una valoración positiva del tipo de proyecto desarrollado en este libro, centrado en la justificación del derecho contractual, y de un acuerdo

* Doctorando en Derecho (JSD), New York University, Nueva York, Estados Unidos. Magíster (LLM) en Teoría del Derecho, New York University; Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: felipe.jimenezcastro@law.nyu.edu. El autor agradece los comentarios de Manuel González y Crescente Molina a un borrador anterior de este trabajo.

¹ Véase, por ejemplo, ACCATINO (2015), JIMÉNEZ (2014) y PEREIRA (2015).

general respecto al rol relevante –aunque a mi juicio más limitado que el que le otorga Pereira– que cumple la autonomía en dicha justificación. Lo que sigue, entonces, es fuego amigo y un intento de realizar un aporte al interesante debate al que este libro invita.

1. La distinción entre la justificación del contrato y su obligatoriedad

En las primeras páginas de su obra, Pereira señala que “lo relevante (...) radica en disolver la aparente distinción entre (...), por un lado, preguntarse por la justificación de la existencia del contrato y, de otro, cuestionar la obligatoriedad del vínculo contractual”². Para Pereira, entonces, ambas preguntas son la misma, ya que los “objetivos o estándares, que sirven de justificación para crear al contrato, son los mismos para exigir su cumplimiento. De modo que cuando nos preguntamos por qué existe el contrato (...) nos cuestionamos (...) por qué esta institución obliga a los contratantes (...) incondicionadamente”³.

A primera vista, esta afirmación de Pereira es misteriosa. La distinción que propone podría ser correcta si la pregunta es por qué el contrato obliga *legalmente* a los contratantes. Efectivamente, preguntarse por qué el contrato es legalmente obligatorio podría ser lo mismo que preguntarse por qué existen los contratos.

Pero ésa no es, a mi juicio, la pregunta más interesante respecto a la obligatoriedad del contrato. La pregunta interesante –la que realmente debería quitarnos el sueño– se refiere a su obligatoriedad *moral*, o lo que es lo mismo, a la justificación normativa (moral) de la obligatoriedad *legal* del contrato. En este último aspecto, la distinción entre las dos preguntas no se puede disolver. No es suficiente justificar moralmente por qué existen los contratos (aspecto en el cual Pereira realiza un importante aporte) para concluir que las obligaciones que surgen de los contratos obligan moralmente a los contratantes. La justificación moral de una regla es lógicamente distinta de la justificación moral de su aplicación a casos concretos⁴.

Este punto, como veremos hacia el final, es un problema central en el argumento general de Pereira.

2. El análisis económico como “esquema no normativo” o “pragmático”

Otra dificultad conceptual en el libro de Pereira es su análisis del *law and economics* como un “esquema no normativo” de análisis del contrato. Al referirse

² PEREIRA (2016), p. 10.

³ PEREIRA (2016), p. 10.

⁴ RAWLS (1955).

al *law and economics* como un “esquema no normativo”, Pereira entiende que él constituye una aproximación que “renuncia a las pretensiones justificativas de la institución contractual, ya que su prisma de análisis es de carácter pragmático”⁵, y “propone efectuar una fractura entre la justificación valorativa de la fuerza obligatoria del contrato, de un lado, y las consideraciones de eficiencia económica, a las cuales tanto el cumplimiento como el incumplimiento contractual estratégicamente aspiran, de otro”⁶.

A mi juicio, esta forma de entender el análisis económico es errada. El *law and economics* no es un esquema no normativo que renuncie a la justificación de las instituciones jurídicas, o que “fracture” esa justificación de las consideraciones de eficiencia económica. Para el análisis económico, la eficiencia *constituye* la justificación de las instituciones jurídicas, como el contrato⁷. El análisis económico, por mucho que algunos de sus practicantes digan lo contrario, está basado en una idea de justicia política: que la eficiencia es un valor que las instituciones jurídicas deben promover⁸.

Richard Posner, por ejemplo, propone el análisis económico como una teoría tanto descriptiva como normativa⁹. En términos simples, el argumento normativo del análisis económico es que el derecho de contratos debería ser eficiente¹⁰. Por cierto, a veces ese compromiso con la eficiencia es asumido más que defendido. Pero que el análisis económico es una especie de esquema no normativo es, en mi opinión, incorrecto. Su fundamento último es una visión moral y política específica, y polémica, acerca de la justificación normativa de las instituciones jurídicas, por mucho que algunos de sus defensores pretendan lo contrario¹¹.

El hecho de que Pereira no asuma que el análisis económico es, de hecho, una postura normativa respecto a la justificación del derecho contractual, tiene al menos una implicancia relevante para su propio argumento, ya que le impide considerar al *law and economics* como una forma alternativa o complementaria de justificar el derecho contractual a la que él propone.

⁵ PEREIRA (2016), p. 59.

⁶ PEREIRA (2016), p. 62.

⁷ Un libro central sobre teoría del derecho de contratos, por ejemplo (*Contract Theory* de Stephen Smith), trata específicamente a las teorías del análisis económico como una forma de responder a la pregunta normativa acerca de la justificación del derecho contractual. SMITH (2004), pp. 108-136.

⁸ En este sentido, MURPHY (2014), pp. 153-154.

⁹ POSNER (2011), pp. 31-33.

¹⁰ KORNHAUSER (1980), p. 291.

¹¹ DWORKIN (1998), p. 1719.

3. ¿Aceptan los contratantes la obligatoriedad del vínculo contractual?

Una afirmación que se repite varias veces en el argumento de Pereira a favor de la autonomía es que “[d]e seguro los partícipes de la práctica contractual aceptan el artículo 1545 del texto de Bello como una genuina regla jurídica”¹². En otras partes, Pereira señala que “[u]na regla jurídica como la establecida en el artículo 1545 del Código Civil es aceptada por los participantes del ámbito contractual, porque les sugiere pautas normativas de interacción autónoma que estiman razonables para sus planes personales de vida”¹³. Los contratantes, dice Pereira, aceptarían la regla del artículo 1545 del Código Civil “no (...) como una razón excluyente para sus acciones, sino porque promueve un estándar normativo al cual adhieren como pauta de comportamiento”¹⁴. Hacia la parte final del libro, Pereira concluye: “Si el propósito es determinar por qué es razonable la existencia de una regla contractual establecida en los términos del artículo 1545 de nuestro Código Civil, una adecuada comprensión abrazaría un punto de vista interno de las prácticas contractuales que dicha normativa gobierna. Los participantes aceptan la fuerza obligatoria de dicha regla jurídica, porque consideran que ella encarna razones normativas para adoptar los comportamientos de observancia contractual que prescribe”¹⁵.

Estas afirmaciones son algo oscuras. Por una parte, parecen afirmaciones empíricas acerca de las opiniones o creencias de los partícipes del sistema jurídico chileno (“los partícipes aceptan”, “los contratantes adhieren”, “consideran”, etc.), pero como tales parecen en principio altamente implausibles, y Pereira no justifica esas aseveraciones en base a evidencia o datos empíricos.

Por otra parte, Pereira conecta estas afirmaciones con la “perspectiva interna” de Hart¹⁶. De acuerdo a Hart, para comprender el derecho como práctica social es necesario tomar en cuenta que, para al menos algunos de los partícipes, las reglas son criterios o pautas de evaluación de la conducta propia y ajena. Las reglas tienen esta “dimensión interna”¹⁷. Esta noción de Hart es sensata si lo que interesa, como era su caso, es analizar al derecho como un sistema de reglas. Las reglas son percibidas como obligatorias por algunos de sus destinatarios, y ese aspecto es relevante como parte del fenómeno jurídico (de ahí la crítica de Hart a la idea del *bad man* de Holmes).

¹² PEREIRA (2016), p. 121.

¹³ PEREIRA (2016), p. 123.

¹⁴ PEREIRA (2016), p. 122.

¹⁵ PEREIRA (2016), pp. 142-143.

¹⁶ PEREIRA (2016), p. 120.

¹⁷ HART (1994), pp. 56-57, 88-91.

Pero esa perspectiva interna no tiene ninguna relevancia si lo que queremos saber es si una regla está moralmente justificada (y Hart, de hecho, no tenía interés alguno en este punto). Después de todo, que algunos participantes estimen que una regla “encarna razones normativas” (cuestión que, en todo caso, Pereira no demuestra ni justifica empíricamente) no contesta la pregunta acerca de si esa regla está efectivamente justificada. Necesitamos, entonces, al menos mayor claridad respecto a qué está diciendo Pereira cuando habla de lo que los contratantes creen o consideran (y si está haciendo una afirmación empíricamente verificable, entonces necesitamos esa evidencia), además de un argumento adicional que explique por qué la perspectiva de los “contratantes” (cuya identidad real nunca es especificada) es relevante para determinar que una regla está moralmente justificada. Los partícipes de la práctica, después de todo, pueden perfectamente estar equivocados.

4. Las reglas secundarias: una justificación insuficiente

En seguida, Pereira construye una asociación entre el derecho de contratos y la noción de Hart de *reglas secundarias*¹⁸, bajo la cual “el problema de la justificación normativa de la relación contractual se resuelve”¹⁹.

En términos sencillos, el argumento de Pereira es que el derecho de contratos es fundamentalmente un sistema de “reglas secundarias” que permite a los particulares crear derechos subjetivos voluntariamente, es decir, de “reglas potestativas que en lugar de obligar, facultan a los agentes a conseguir estados de cosas deseados mediante la observancia de ciertos requisitos o procedimientos”²⁰. De ahí se sigue, según Pereira, que el derecho de contratos tendría un “sistemático compromiso con la autonomía personal”²¹.

El argumento de Pereira, sin embargo, falla. Y ello por dos razones. Primero, porque de hecho la estructura del derecho de contratos no es exactamente la que Pereira supone. El derecho de contratos establece efectivamente, y como Pereira correctamente nota, una serie de reglas secundarias potestativas, pero junto a ellas establece un número considerable de reglas que imponen deberes. Entre estas reglas están obviamente las reglas sobre efectos de las obligaciones contractuales y los remedios frente al incumplimiento. Todas esas reglas no son reglas secundarias potestativas, sino que son reglas impositivas de deberes (cuya imposición coactiva aparece, al menos en principio y a falta de un argumento

¹⁸ HART (1994), pp. 79-99.

¹⁹ PEREIRA (2016), p. 119.

²⁰ PEREIRA (2016), p. 118.

²¹ PEREIRA (2016), p. 119.

adicional, como un déficit de libertad individual). De ahí que el derecho de contratos sea mejor descrito como un sistema de reglas compuestas²². De hecho, el artículo 1545 del Código Civil es precisamente eso: una regla que simultáneamente otorga potestades e impone deberes.

Pero incluso si la caracterización de Pereira fuera la correcta, lo cierto es que la estructura de las reglas del derecho de contratos no es suficiente para mostrar que él está justificado, ni que su justificación sea la autonomía individual. Respecto a lo primero, que una regla sea caracterizada como primaria o secundaria, potestativa o impositiva de deberes, es una cuestión descriptiva sin mayor peso normativo. Y, con mayor razón, es dudoso que de la estructura de las reglas uno pueda deducir un compromiso con algún valor moral como la autonomía. En el caso del derecho de contratos del siglo XIX, por ejemplo, es plausible sostener que estábamos en presencia de un conjunto de reglas potestativas –y con pocos límites a esa potestad. De eso no se sigue, sin embargo, que el derecho de contratos del siglo XIX haya estado comprometido con la autonomía individual en un sentido robusto. Por el contrario, probablemente esas reglas, parte de un sistema que no era demasiado “sensible a las especificidades de sus partícipes”²³, implicaban autonomía sólo para unos pocos.

Nótese que la caracterización del derecho de contratos del siglo XIX puede ser errada, pero aun así el punto se sostiene: la estructura de las reglas del derecho de contratos (incluso si la caracterización de Pereira fuera la correcta) no tiene ningún peso normativo.

5. El fin del derecho contractual y su dimensión interna

Un problema en la postura de Pereira, a mi juicio, es su uso de la teoría del derecho privado de Weinrib. Para Weinrib, como señala Pereira, el único propósito del derecho privado es ser derecho privado²⁴. Con esta afirmación, lo que Weinrib pretende es rechazar una justificación funcionalista del derecho privado, que ve su sentido en las funciones o consecuencias que el derecho privado produce. El sentido del derecho privado, para Weinrib, está en su propia estructura interna.

Pereira ve la teoría de Weinrib como una postura consistente con su argumento a favor de la autonomía como justificación del derecho de contratos²⁵. A su juicio,

²² Este es el argumento de KLAS (2008).

²³ PEREIRA (2016), p. 113.

²⁴ WEINRIB (2012), p. 5, citado por PEREIRA (2016), p. 114.

²⁵ PEREIRA (2016), pp. 114-116.

“[u]n examen interno y formal de la configuración del derecho privado también sitúa la autonomía de los participantes en el centro de sus preocupaciones”²⁶.

A mi juicio, la teoría de Weinrib y su rechazo a las concepciones funcionalistas es un mal aliado para el argumento de Pereira. Ambas posturas no son consistentes entre sí. De hecho, creo que la mejor interpretación del argumento de Pereira es que el derecho de contratos es una institución funcional, cuya finalidad es la de proveer a las personas de alternativas valiosas para desarrollar sus proyectos de vida bajo términos justos de interacción. Si esa interpretación es adecuada, entonces se trata de un proyecto radicalmente opuesto al de Weinrib. Para Pereira, después de todo, es necesario construir una “justificación ética” del contrato, lo que es otra forma de decir que el derecho de contratos (y el derecho privado, en general) no se justifica a sí mismo, que su justificación hay que encontrarla fuera de él y que –en definitiva– su finalidad debe ser más que simplemente ser el derecho de contratos. Por eso Pereira haría bien en desechar el vínculo que a veces sugiere entre su teoría y la de Weinrib.

6. La insuficiencia de la autonomía

Dado que la pregunta en la que Pereira está interesado es por qué obligan los contratos, entonces la autonomía es una respuesta insuficiente. Es insuficiente, en primer lugar, porque los contratos obligan a entes ficticios carentes de autonomía moral: las personas jurídicas²⁷. Nada dice sobre esto, lamentablemente, el libro de Pereira. Al margen de esto, incluso respecto de las personas naturales, la autonomía individual es insuficiente. En primer término, en una sociedad de mercado como la nuestra, ningún proyecto de vida –no importa lo simple que sea– puede desarrollarse sin contratar. Si ello es así, entonces, descansar la justificación de la obligatoriedad en la supuesta autonomía de quien, en realidad, no tiene otra opción, es problemático. En segundo lugar, los contratos de adhesión son un problema para la autonomía²⁸. En el contexto de la contratación actual, en que el rol de la voluntad individual suele limitarse, en el mejor de los casos, a un “sí” o un “no”, la autonomía de quien se obliga no parece suficiente para cargar con el peso de la justificación. En tercer término, la autonomía puede justificar la obligatoriedad de la estipulación expresa, pero es incapaz de justificar las reglas imperativas y por defecto que el derecho establece para cada

²⁶ PEREIRA (2016), p. 114.

²⁷ Éste es el principal argumento de Jonathan Morgan en contra de las perspectivas hacia el derecho de contratos basadas en los deberes promisorios. MORGAN (2013), p. 5.

²⁸ Véase DE LA MAZA (2003), LEONHARD (2012) y PIZARRO (2004), pp. 119-123.

relación contractual. La autonomía es sólo parte de la respuesta a la pregunta del libro de Esteban Pereira.

Lo anterior me lleva de vuelta al punto inicial de mi crítica: Pereira sostiene que debemos disolver la distinción entre la pregunta por la justificación del derecho de contratos como práctica jurídica y la pregunta por la justificación de su obligatoriedad. A mi juicio, identificar ambas preguntas es problemático, además de por razones conceptuales, porque la fortaleza de la autonomía individual está justamente en la justificación del derecho de contratos como práctica. Ahí, como he sostenido más arriba, parece sensato decir que el derecho de contratos otorga a las personas alternativas valiosas para relacionarse con otros y desarrollar sus planes de vida. Al disolver la distinción entre ambas preguntas, entonces, Pereira debilita el argumento a favor del rol de la autonomía en el derecho de contratos.

Finalmente, el argumento de Pereira parece demasiado comprometido con una visión monista del derecho contractual. De nuevo, dado que él identifica la pregunta por la obligatoriedad del contrato con la pregunta por su justificación, esto es esperable. Pero si empezamos a separar y distinguir las preguntas respecto del derecho contractual, entonces tenemos más espacio para sostener una concepción pluralista, en la que la autonomía es sólo una de las consideraciones relevantes para justificar el derecho de contratos.

Ambas cuestiones pueden solucionarse. Si Pereira abandonara la estrategia de identificar las dos preguntas a las que he aludido en el párrafo anterior, dejando mayor espacio para otras consideraciones normativas, su argumento a favor de la autonomía se fortalecería y su insuficiencia para justificar todos los aspectos del derecho contractual dejaría de ser problemática.

7. Consideraciones finales

He aludido a varios problemas que, a mi juicio, presenta el libro de Esteban Pereira. Me he centrado en estas críticas, y no en los aspectos positivos del libro, porque la crítica es una forma fructífera de discusión y diálogo teórico. El propósito del comentario, entonces, ha sido contribuir al desarrollo de la discusión a la que el libro de Pereira invita.

Pese a eso, existen varios puntos en los que estoy de acuerdo con el argumento de este libro. Más allá de los puntos de acuerdo, por lo demás, el libro me parece un aporte interesante y una contribución significativa a la discusión sobre la teoría del derecho privado en nuestro medio. En él, Pereira formula un argumento que merece ser seriamente analizado, que se presenta de manera sugerente y sumamente bien documentada. Por sí solo, eso es suficiente para valorarlo positivamente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO, Daniela (2015): "La 'teoría clásica' del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 42, N° 1), pp. 35-56.
- DE LA MAZA, Íñigo (2003): "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 1), pp. 109-148.
- DWORKIN, Ronald (1998): "Darwin's New Bulldog", en: *Harvard Law Review* (vol. 111, N° 7), pp. 1718-1738.
- HART, H. L. A. (1994): *The Concept of Law*, segunda edición (Londres, Clarendon Press).
- JIMÉNEZ, Felipe (2014): "¿Autonomía de la voluntad?", en: TURNER, Susan y VARAS, Juan Andrés (Editores), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, LegalPublishing), pp. 379-391.
- KLASS, Gregory (2008): "Three Pictures of Contract: Duty, Power, and Compound Rule", en: *New York University Law Review* (vol. 83), pp. 1726-1783.
- KORNHAUSER, Lewis (1980): "A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law", en: *Hofstra Law Review* (vol. 8, N° 3), pp. 591-639.
- LEONHARD, Chunlin (2012): "The Unbearable Lightness of Consent in Contract Law", en: *Case Western Reserve Law Review* (vol. 63, N° 1), pp. 57-90.
- MORGAN, Jonathan (2013): *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MURPHY, Liam (2014): *What Makes Law: An Introduction to the Philosophy of Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- PEREIRA, Esteban (2015): "Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y derecho privado", en: *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* (N° 6), pp. 69-136.
- PEREIRA, Esteban (2016): *¿Por qué obligan los contratos?* (Santiago, Thomson Reuters).
- PIZARRO, Carlos (2004): "La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno", en: *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (vol. 6, N° 2), pp. 117-141.
- POSNER, Richard (2011): *Economic Analysis of Law* (Nueva York, Wolters Kluwer).
- RAWLS, John (1955): "Two Concepts of Rules", en: *The Philosophical Review* (vol. 64, N° 1), pp. 3-32.
- SMITH, Stephen (2004): *Contract Theory* (Oxford, Oxford University Press).
- WEINRIB, Ernest (2012): *The Idea of Private Law*, segunda edición (Oxford, Oxford University Press).

