

Distanciamiento contractual y el valor intrínseco del contrato

*Esteban Pereira Fredes**

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo formular consideraciones críticas a la tesis del distanciamiento de Dori Kimel. Se esgrimen tres observaciones críticas que ofrecen dificultades para que el distanciamiento personal entre los contratantes constituya el valor intrínseco del contrato. Por último, se evalúa críticamente el compromiso de esta propuesta con la presencia de un fundamento normativo uniforme en el derecho de contratos.

Tesis del distanciamiento; valor intrínseco del contrato; fundamentos normativos

Contractual Detachment and the Intrinsic Value of the Contract

ABSTRACT

This paper aims to formulate critical considerations to Dori Kimel's detachment thesis. Three critical observations are put forward that offer difficulties so that the personal detachment between the contracting parties constitutes the intrinsic value of the contract. Finally, the commitment of this proposal with the presence of a uniform normative foundation in contract law is critically evaluated.

Detachment thesis; intrinsic value of the contract; normative foundations

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con Mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Girona, España. Profesor de Teoría del Derecho y Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1471-6590>. Correo electrónico: esteban.pereira@uai.cl.

Este trabajo es fruto del Fondo de Investigación Individual ejecutado en el marco del Programa de Apoyo a la Investigación que ofrece la Dirección de Investigación de la Universidad Adolfo Ibáñez. Es parte del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11231004: "Más allá del individualismo: Solidaridad y altruismo como fundamentos morales del derecho de contratos". Agradezco las valiosas observaciones y sugerencias que formularon a un borrador de este trabajo los profesores Carlos Pizarro Wilson y Mauricio Rengifo Gardeazábal. Del mismo modo, agradezco los agudos comentarios que esgrimieron los dos árbitros anónimos que evaluaron este ensayo.

Artículo recibido el 4.11.2022 y aceptado para su publicación el 29.8.2023.

I. INTRODUCCIÓN

• Qué es lo valioso del contrato y que permite diferenciarlo de otros institutos de interacción social? Este interrogante constituye una cuestión indispensable para la reflexión teórica respecto del contrato y el derecho contractual. En filosofía del derecho de contratos se ha ofrecido una respuesta donde el valor intrínseco del contrato es el distanciamiento personal entre los contratantes. Esta es la célebre tesis que Dori Kimel mostró a la comunidad hace cerca de dos décadas. Tal visión es, como se sabe, influyente en la filosofía del derecho contractual y no ha sido debidamente puesta a prueba según su mérito.

En estas coordenadas, el presente trabajo tiene por objetivo formular algunas consideraciones críticas a la tesis de Kimel que invitan a poner en duda que la función del distanciamiento constituye efectivamente el rasgo distintivo de la relación contractual. El ensayo está estructurado sobre la base de cuatro secciones. En la segunda sección es brevemente presentada la tesis del distanciamiento. En la tercera sección se esgrimen tres posibles vallas que debe enfrentar esta posición para alcanzar el rendimiento explicativo al que aspira. En la cuarta sección, en tanto, se muestra el panorama de los fundamentos normativos del derecho de contratos en la reflexión filosófica acerca de este ámbito. En la quinta sección, por último, se evalúa en forma crítica si acaso el distanciamiento contractual puede constituir el valor intrínseco del contrato, de acuerdo con su compromiso unitario con el fundamento normativo individualista. Se sostendrá que la pertinencia de la tesis de Kimel depende de la vigencia de un fundamento normativo uniforme en el derecho de contratos. Por ello, la participación de una versión del altruismo en esta estructura de fundamentación ofrece dificultades a la corrección de la tesis del distanciamiento.

II. LA TESIS DEL DISTANCIAMIENTO

Una de las tantas vertientes derivadas de la discusión acerca del vínculo que media entre el contrato y la promesa es la tesis del distanciamiento. Desde que Fried presentó en 1981 la visión que entiende el contrato en términos de una promesa efectuada por los contratantes acerca de su comportamiento futuro, parece constituir un lugar obligado para la reflexión teórica del derecho contractual pronunciarse acerca de la posible identidad entre contrato y promesa. Para Fried hay dos cuestiones que se entrelazan; a saber, una dimensión conceptual y otra normativa. Por una parte, la cuestión conceptual es relativa a la identidad entre ambas instituciones y, por otra, la de índole normativa, donde la fuerza normativa del contrato se extrae del valor de la promesa. De ahí que el contrato *es* una promesa y *obliga* en los términos en que esta última lo hace a quienes prometen. Como indica el autor, “[a]l prometer transformamos una elección moralmente neutra en una moralmente apremiante”¹. Las aparentes raíces kantianas y sensibles con

¹ FRIED, 2015, p. 8.

el pensamiento liberal contribuyeron a posicionar la propuesta de Fried en los estudios contemporáneos de filosofía del derecho de contratos². Sin embargo, en la literatura han aparecido voces críticas que ponen en entredicho que el contrato admita entenderse *como* una promesa. Una de estas lecturas críticas es la ofrecida por Kimel. Desde su punto de vista, concebir el contrato como una promesa acarrea simplificar la complejidad de este instituto social.

Como es sabido, Kimel se ocupa de la relación entre la promesa y el contrato, procurando disociar ambos términos en la medida que, a pesar de sus puntos de coincidencia y función instrumental común, hay valores opuestos en juego y que precisamente marcan el contraste definitivo. Mientras que solo la promesa contribuye a fortalecer las relaciones personales entre los participantes de las prácticas, el contrato fija su mirada en el sentido contrario. El valor intrínseco del vínculo contractual tiende a *distanciar* entre sí a las partes contratantes. ¿Bajo qué términos explica el autor el distanciamiento?

[C]onsiste en el marco mismo que brindan los contratos para hacer ciertas cosas con otros no solo fuera del contexto de las relaciones preexistentes, sino también sin un compromiso con respecto a las perspectivas futuras de estas relaciones, sin tener que saber mucho o formarse una opinión sobre los atributos personales de otros, y sin tener que permitir que otros sepan mucho y se formen opiniones sobre uno mismo. Es, lo que podríamos llamar, el valor del distanciamiento personal³.

Que las promesas ayuden a reforzar las relaciones personales y que, por su parte, los contratos contribuyan a conservar la distancia entre las partes ciertamente sugiere de que se trata de valores opuestos, pero ambos resultan deseables desde prismas distintos. En algunos contextos es valioso estrechar los vínculos personales, mientras que en otros es mejor no confundir los planos y resguardar el trecho que media entre las personas. Se trata de opciones de vida diferentes para que los individuos conduzcan sus proyectos personales de vida según ciertas circunstancias. A medida que aquellos gocen de mayor libertad para elegir con quién entablar y mantener sus relaciones personales, más valiosas estas devienen. De igual modo, el distanciamiento refleja su mayor valor en cuanto es posible establecer relaciones sin necesidad de involucrarse personalmente. De acuerdo con Kimel, el valor del distanciamiento reside en constituir una “opción, no un predicamento, y como tal es valioso como una alternativa a la dependencia de relaciones personales (preexistentes, futuras)”⁴. Los contratos, por consiguiente, posibilitan que los contratantes no dependan de vínculos personales previos ni posteriores. Las promesas, en

² Para el posicionamiento y evaluación crítica de la tesis de Fried acerca de la fundamentación de la fuerza obligatoria del contrato, véase PEREIRA, 2016, pp. 40 y ss.

³ KIMEL, 2018, p. 152. La expresión original *detachment* será entendida en términos de distanciamiento conservando así la opción de la versión castellana de la obra. No obstante, esta puede concebirse como desapego o separación –personal– entre las partes contratantes.

⁴ KIMEL, 2018, p. 153.

cambio, apuntan en la dirección contraria al forjarse a partir de relacionales personales entre las partes y afianzarlas con posterioridad.

Esto permite, entonces, diferenciar el contrato de la promesa. El contrato no surge en términos de una promesa sino como un mecanismo para sustituirla: las personas acuden al contrato como una alternativa a la necesidad de tener relaciones personales. Los contratantes no dependen de que sostengan relaciones personales entre sí, logrando evitar que las cosas entre ellos se confundan. Son partes del contrato y no amigos. Su vínculo está definido por el distanciamiento que asegura la opción contractual. Pues gracias al contrato, “el derecho ofrece una alternativa genuina a la promesa”⁵. Tal opción fomenta la autonomía de los contratantes porque disfrutan de la libertad de no depender de relaciones personales preexistentes o futuras. Este umbral de autonomía se alcanza gracias al distanciamiento y podrá mantenerse por los contratantes, piensa Kimel, *si es que así lo desean*⁶. Si, por el contrario, prefieren mezclar los planos y abandonar el distanciamiento que facilita el vínculo contractual, lo pueden hacer, saliéndose del contrato y valiéndose de las relaciones personales que entre ellos median. El contrato no demanda el desapego entre las partes, sino que concede esta opción, alentando la autonomía de los contratantes gracias a su conservación. Ellas acuden al contrato para ajustarse a la lógica del *just business* frente a cualquier contingencia. Es una relación contractual y no personal.

El valor intrínseco del contrato reside, por tanto, en el distanciamiento personal entre los contratantes. Contra Fried, el contrato no es una promesa, porque el contrato constituye un sustituto a la promesa. De este modo, ver el contrato como una promesa importa simplificar su valor y funcionamiento. El carácter distintivo de la institución contractual radica, entonces, en el desapego que media entre las partes que acuden al contrato para hacer cosas con las demás personas, sin que sea menester la constitución de vínculos personales, ni antes ni después de celebrar el acuerdo. En estos términos, la discusión acerca de la conexión entre contrato y promesa abre el camino a otra relativa a cuál es, en definitiva, el valor intrínseco del primer instituto. Esto permitirá posicionar más adelante el problema de la fundamentación normativa del derecho contractual⁷.

⁵ KIMEL, 2018, p. 153.

⁶ KIMEL, 2018, p. 157.

⁷ Este constituye un ángulo que no ha sido explorado en la literatura. La reflexión acerca del trabajo de Kimel ha estado concentrada en la evaluación crítica de su apuesta por la diferenciación entre contrato y promesa. Sin embargo, se ha desatendido la cuestión acerca del compromiso que presenta su propuesta con una cierta modalidad de fundamentación normativa del derecho de contratos. Sobre la base de esta estrategia, entonces, se procurará esgrimir el modo en que la tesis del distanciamiento *del contrato* conversa con el problema de la fundamentación filosófica *del derecho contractual*. Un análisis crítico del vínculo entre la práctica contractual y la promisoria se encuentra en SHEINMAN, 2004, pp. 517-537. Asimismo, se puede observar un debate adicional asociado a la justificación de la fuerza obligatoria del contrato, el que, no obstante, puede ser abordado con independencia de si el contrato es o no una promesa. Al respecto, véase PEREIRA, 2022b, pp. 291-323.

III. TRES POSIBLES VALLAS PARA LO VALIOSO DEL CONTRATO

El atractivo de la tesis de Kimel descansa en buena medida en su simpleza y, a su vez, en desafiar una intuición básica que está presente al estudiar las prácticas contractuales, esto es, que los contratos constituyen dispositivos para relacionar a las personas emprendiendo actividades cooperativas en común y, con ello, inevitablemente estrechan el vínculo entre los contratantes. Con cargo al argumento de Kimel, los contratos hacen precisamente lo contrario y resulta valioso preservar esta función distintiva.

En esta sección quisiera traer a colación tres posibles flancos de crítica a la tesis del distanciamiento, desafiando su pertinencia explicativa. Se trata de cuestionamientos no exhaustivos, pero teóricamente sugerentes pues sirven de escollos para que el desapego entre los contratantes constituya aquello que está en juego en la formulación de relaciones contractuales. Para este propósito conviene prestar atención a tres asuntos problemáticos: (i) contratos relacionales y contratos de larga duración; (ii) solidaridad y solidaridad promisoria; y, por último, (iii) el carácter de valor intrínseco del distanciamiento personal entre las partes.

En relación con (i), los contratos relacionales son fruto de la teoría relacional del contrato formulada por Macneil. Para su posicionamiento en el escenario contractual, el autor construye un marco teórico dual en donde hay contratos discretos y contratos relacionales. Los contratos discretos consisten en vínculos de corta duración, con interacciones personales limitadas y versan acerca de objetos bien definidos. Se trata de relaciones transaccionales en que no se presenta ni es menester desplegar un comportamiento cooperativo de las partes. Son vínculos entre extraños quienes transitan por veredas opuestas y de ahí que una vez efectuado el intercambio no persistirá relación alguna entre estas personas. Como advierte Macneil, en los contratos discretos cada contratante “tiene tanto sentimiento por el otro como un vikingo comerciando con un sajón”⁸.

Los contratos relacionales, en cambio, participan de las características opuestas. Según lo indica Eisenberg, el contrato relacional “es un contrato que no supone meramente un intercambio, sino también una relación, entre las partes contratantes”⁹. El contrato discreto refleja un mero intercambio transaccional, mientras que el contrato relacional forja una genuina relación entre los contratantes que se proyecta en el porvenir. La dimensión relacional del contrato se muestra determinante para configurar contratos, toda vez que el contrato “significa relaciones entre personas que han intercambiado, están intercambiando o esperan intercambiar en el futuro, en otras palabras, relaciones de intercambio”¹⁰. Con base en la relación, se establecen vínculos de confianza, respeto recíproco y mutua lealtad. Esta clase de acuerdos se desarrollan mediante vínculos de larga duración en que resulta indispensable mantener un comportamiento cooperativo, relaciones personales y cercanas, junto con el establecimiento de términos abiertos que

⁸ MACNEIL, 1974, p. 594.

⁹ EISENBERG, 1995, p. 296.

¹⁰ MACNEIL, 2000, p. 878.

facilitan su concreción *ex post* por las partes. Debido a la relevancia que alcanza la relación entre las partes en muchas ocasiones parece más decisivo el *contexto* que el texto expreso del contrato para determinar sus prestaciones, términos y alcances. El contexto es indispensable para determinar el programa contractual, la manera en que este se lleva a cabo y los deberes colaborativos que recaen en los contratantes.

Si el contrato discreto alude a la situación que ocurre, por ejemplo, cuando se presenta un contrato consensual sobre bien mueble, donde la extinción del vínculo coincide con su nacimiento, el contrato relacional puede rastrearse en contratos de larga duración, en que las partes no son extrañas, sino que esperan una generosa gama de deberes fundados en la relación que el tiempo contribuye a consolidar. Goetz y Scott han observado que esta tipología de contratos “abarca la mayoría de las relaciones genéricas de agencia, incluidas las distribuciones, franquicias, *joint ventures*, y contratos de trabajo”¹¹. También podemos pensar en el contrato de suministro y –con ciertas reservas– el de arrendamiento.

La tesis de Macneil puede leerse, al menos, en dos sentidos distintos. De un lado, una versión fuerte en la que *todo* contrato es relacional y, de otro, una lectura débil, de acuerdo con esto, hay *algunos* contratos que participan de los caracteres de los contratos relacionales. Por supuesto, la tesis fuerte puede entenderse como exagerada y exige añadir un cúmulo de consideraciones adicionales para su plausibilidad. Mas la tesis débil es suficiente para poner en aprietos a la tesis del distanciamiento. Si el valor intrínseco *del* contrato es el desapego personal entre las partes contratantes, ¿cómo es posible explicar lo que ocurre con los contratos relacionales? La confianza y los lazos de complicidad y reciprocidad que alberga la *relación* que tiene lugar entre las partes en estos contratos se agudizan a medida que el vínculo perdura y se proyecta en el tiempo. A pesar de que al adoptar la versión débil de la tesis de Macneil se captura *una parte* –menor, si se quiere– del fenómeno contractual, se trata de contratos que efectivamente se ejecutan en la práctica contractual y no responden a *lo* que distinguiría al contrato de otros institutos de cooperación social.

Kimel advierte esta posible objeción y ensaya una réplica. Debido a que el distanciamiento constituye una opción y no un predicamento, las partes pueden renunciar al desapego que les ofrece la relación contractual y optar por mantener relaciones personales, admitiendo que las cosas entre ellas se confundan. El distanciamiento se puede preservar *si es que así lo quieren* los contratantes. Por esta razón, los contratos relacionales evidencian el abandono de la función del distanciamiento y, en verdad, se trata de relaciones que poco tienen de contractuales¹².

¹¹ GOETZ y SCOTT, 1981, p. 1091.

¹² Esta cuestión es abordada con mayor profundidad por Kimel al momento de preguntarse por la necesidad de que la teoría del contrato efectúe un cambio en su paradigma de comprensión a la luz del impacto de los contratos relacionales. Tal adopción es innecesaria, piensa Kimel, porque ello conspiraría con la verdadera naturaleza del contrato y el correcto desempeño de su rol social. A la luz de su carácter distintivo y función intrínseca, ello importaría poner en entredicho *lo* contractual del contrato. Véase, KIMEL, 2007, pp. 233-255.

¿Es esta respuesta satisfactoria? Desde mi modo de ver las cosas, no lo es del todo. El lugar que ocupan los contratos relacionales en el escenario contractual no es insignificante y para constatarlo baste con prestar atención a la nómina que antes fue esgrimida. Además, constituye un yerro entender que la participación de consideraciones acerca de reciprocidad, confianza mutua y lealtad en una relación contractual socava o resiente el carácter precisamente *contractual* de ese vínculo. Esta mirada devela una comprensión simplificada del contrato y que desatiende el punto de vista interno de quienes participan de la práctica contractual. Aun cuando los lazos que existen entre las partes se hayan profundizado con el transcurso del tiempo, no es claro que ellas hayan asentido o convenido *salirse* del contrato y reemplazarlo por una relación estrictamente personal. Después de todo, las partes seguirán vinculadas sobre la base del acuerdo, pero contarán con más herramientas para gestionar sus intereses y afrontar posibles contingencias.

Una consideración adicional que dificulta la pertinencia de la tesis del distanciamiento en esta clase de contratos radica en que estos han contado con reconocimiento en instrumentos de armonización contractual. Así, por ejemplo, los contratos de larga duración están contemplados en los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. La conexión que media entre los contratos relacionales y los de larga duración es ciertamente estrecha. El lugar común es el establecimiento de relaciones complejas entre las partes que se proyectan en el tiempo. El catastro de figuras contractuales que participan de los contratos de larga duración es prácticamente equivalente con los contratos que serían relacionales. Como ha sido mostrado por Momberg y Pino, en el contexto de las relaciones jurídicas complejas y de larga duración “existen valores implícitos que las partes deben respetar, como la solidaridad contractual (entendida como la lealtad y la consideración mutua de sus intereses por los contratantes), la preservación de la relación y la necesidad de armonización de los conflictos”¹³. El íntimo vínculo entre los contratos relacionales y los de larga duración se transparenta gracias a que su inserción en la versión de 2016 de los Principios se encuentra inspirada en el diagnóstico de la teoría relacional del contrato, asumiendo sus presupuestos¹⁴. Frente a este escenario, el distanciamiento entre las partes no parece constituir el valor de *lo* contractual, así como tampoco que contratos que se apartan del *caso central* de la contratación dejan por ello de ser *contratos*.

Respecto de (ii), la solidaridad ha capturado la atención de la filosofía del derecho contractual. El ideal de la solidaridad puede fundar relaciones contractuales en la medida que se satisfaga el presupuesto sustantivo de toda relación solidaria; a saber, la continuidad entre intereses. A pesar de que el solidarismo contractual ha paradójicamente descuidado

¹³ MOMBERG y PINO, 2018, p. 174.

¹⁴ Así, en las definiciones previstas por el artículo 1.11 se entiende el contrato de larga duración en términos de “un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes”. La asunción de la teoría relacional se expresa por cuanto el transcurso de la relación en el tiempo contribuye a fortalecer el vínculo de confianza y reciprocidad entre los contratantes. En estos contratos hay una *relación* antes que un mero intercambio.

el potencial justificativo de la solidaridad, se encuentra comprometido con la unidad de intereses entre las partes contratantes¹⁵. Por ello, en contratos en que está presente este rasgo distintivo del vínculo solidario, podrá apuntarse la vigencia de ese sustento normativo para fundamentar dicho acuerdo. Por supuesto, tal situación no responde a la imagen central de la relación contractual caracterizada por la diferencia entre intereses y, en ocasiones, por su rivalidad. Los contratos suelen ser celebrados por personas que promueven intereses disímiles e incluso contrapuestos entre sí. Sin embargo, es efectivo que *hay* contratos en los que la solidaridad puede encajar. Al respecto, se puede pensar precisamente en los contratos relacionales que ya fueron anotados. En vínculos donde el interés de una parte sea también el de la otra, como ocurre en los contratos relacionales, se pueden justificar deberes solidarios entre los contratantes. Allí, consideraciones de colaboración, reciprocidad y mutuo respeto entre las partes estarán bien asentadas¹⁶. Por ello, cuando los intereses contractuales sean comunes el recurso justificativo a la solidaridad acarreará dificultades a la tesis del distanciamiento.

Si los contratantes están sujetos a demandas de comportamientos solidarios y estos se prolongan en el tiempo, resulta cuestionable que el desapego entre las partes constituya *lo* valioso de *la* relación contractual. Al menos en estos contratos no parece plausible que las partes puedan sencillamente desvincularse entre sí, a pesar de que el interés que las llevó a contratar y les insta a continuar su relación es unitario. Parte de la fuerza apelativa de la solidaridad es que permite reconocer en el otro –sobre la base de las semejanzas– a *uno* como *nosotros*¹⁷. De ahí que no sea tarea sencilla conciliar la posibilidad de que un contratante solo clarifique que se trata de negocios o de contratos para evitar que los lazos se forjen y las exigencias se vuelvan más estrechas.

Autores como Markovits han mostrado que la solidaridad se puede engarzar en la institución promisoria y, a partir de esta, en el vínculo contractual. Las promesas sirven para establecer relaciones solidarias entre las personas y, en tanto, su incumplimiento desplaza esta solidaridad por el aislamiento. ¿Qué hay de valioso en el cumplimiento de la obligación promisoria? Esta dimensión de solidaridad devela que, gracias a la promesa, las personas tienen la posibilidad de atender, respetar y promover los intereses ajenos. Del modo en que lo indicó Arendt, la dimensión virtuosa de las promesas se expresa en que estas reflejan nuestra voluntad de hacer cosas con las demás personas, con quienes compartimos nuestra manera de actuar y hablar. La solidaridad promisoria encarna este anhelo de una actuación cooperativa, de hacer cosas con los otros mediante el compromiso

¹⁵ Este punto está subrayado en BERNAL, 2007 y BENÍTEZ, 2013. Una crítica a este desaprovechamiento teórico del ideal regulativo de la solidaridad por parte del solidarismo contractual se encuentra en PEREIRA, 2022a.

¹⁶ Los deberes de colaboración entre las partes pueden fundarse en la solidaridad como sustento normativo del derecho contractual, si es que tiene lugar la comunión entre los intereses de las partes. Un agudo examen de esta clase de deberes que recaen en la actuación del acreedor se encuentra en PRADO, 2015.

¹⁷ RORTY, 1991, p. 210.

mutuo y la conformación de relaciones solidarias. De este modo, Arendt advertía con razón que la promesa “solo puede realizarse por muchos unidos”¹⁸.

Tal razonamiento se puede replicar para el caso del contrato. Aquí también se evidencia la perspectiva compartida de desarrollar nuestra vida de manera conjunta. El contrato es, por tanto, una expresión de la promesa. En efecto, la relación contractual constituye el reconocimiento de una modalidad sofisticada de la institución promisoria. Las partes contratantes encarnan la perspectiva compartida acerca de sus obligaciones, debiendo ajustar su comportamiento al valor de la solidaridad como moralidad general y que está ilustrada en la buena fe¹⁹. De allí palabras como reciprocidad, reconocimiento e instanciación de la razón pública adquieran protagonismo en la solidaridad promisoria. También desde este ángulo se podría desafiar la tesis de Kimel y esto alcanza dos tipos de observaciones. Por una parte, es puesta en duda la demarcación tajante que Kimel efectúa entre ambas figuras con base en la función del distanciamiento personal que distingue al contrato. Por otra, el valor intrínseco del contrato colisiona con la solidaridad promisoria que media entre los contratantes y puede afectar el tipo de reconocimiento que está en juego en la institución contractual. Se trata del reconocimiento de mayor sofisticación disponible en nuestras relaciones sociales y no parece fácil encajarlo con la regla del *just business*.

Respecto de (iii), finalmente, conviene evaluar el carácter de *valor intrínseco* del contrato que cumple el distanciamiento personal entre las partes en la propuesta de Kimel. De manera estipulativa, es posible entender esta noción en términos de una cualidad o propiedad del objeto que es valiosa en sí misma. Por esta razón, el distanciamiento personal entre los contratantes constituye una cualidad o propiedad sustantiva del contrato que se estima valiosa por sí misma, con independencia de otras posibles consideraciones, y que auxilia a diferenciar el contrato respecto de otros institutos sociales de cooperación. La función de distanciamiento es, por tanto, interna al vínculo contractual y constituye su aspecto decisivo, volviéndolo valioso por sí mismo. Un recurso interpretativo adicional en este punto es echar mano a parte de la literatura que se ha ocupado de esta noción de valor intrínseco para efectos de rastrear algunas pistas.

Moore, como es sabido, tematizó la concepción de valor intrínseco en sus investigaciones relativas a filosofía moral. De acuerdo con Moore, decir que un valor es intrínseco “significa simplemente que la cuestión de si una cosa lo posee, y en el grado en que lo posee depende únicamente de la naturaleza intrínseca de la cosa de que se trate”²⁰. Se trata, entonces, de un tipo de valor que depende únicamente de la naturaleza intrínseca de quien lo posee. En estas coordenadas, el valor intrínseco del vínculo contractual correspondería al distanciamiento, cuestión que no depende de la relación del contrato con otros objetos. Lo interesante es que el valor intrínseco se contrapone al *valor instrumental*, entendiéndolo como aquella propiedad o cualidad que extrae su valor de su relación con otro objeto, que es en sí misma valiosa. Este valor resulta extrínseco

¹⁸ ARENDT, 2005, p. 264.

¹⁹ MARKOVITS, 2015, pp. 280 y ss.

²⁰ MOORE, 1993, p. 286.

al objeto, pues depende de su relación con otros objetos. A diferencia del carácter final del valor intrínseco, este valor descansa en su instrumentalidad para la consecución de un fin, que es entendido como intrínsecamente valioso.

De ahí que, si el distanciamiento personal entre las partes constituye una propiedad o cualidad que es valiosa por sí misma, no debiere predicar su valor de la relación con otra cosa que es en sí misma valiosa. El problema radica en que del modo en que es presentada la tesis del distanciamiento por Kimel esto es precisamente lo que tiene lugar. El distanciamiento entre los contratantes constituye, en verdad, un *valor instrumental* y no intrínseco del contrato. La función de desapego personal entre las partes del contrato extrae su valor de su relación con la autonomía personal de los contratantes. En la aproximación de Kimel es la autonomía personal lo que efectivamente tiene el carácter de valor intrínseco del contrato y, por esta razón, es que resulta valiosa la opción que el contrato brinda a las partes de no formular relaciones personales o no depender de estas para relacionarse contractualmente. No olvidemos que el distanciamiento es una alternativa de la que los contratantes pueden valerse *si es que así lo quieren*²¹. Como advierte Kimel, las partes podrían no deseárselo y optar, en cambio, por confundir los planos, mas tal decisión impactaría directamente en su umbral de autonomía. Los contratantes estarían renunciando a la autonomía personal que el contrato les permite alcanzar. El valor de la tesis del distanciamiento radica en su carácter instrumental al valor de la autonomía. Si esto es así, el aparente valor intrínseco del contrato es, en realidad, un valor instrumental o extrínseco derivado de la autonomía personal, la que es efectivamente valiosa por sí misma. Después de todo, la *teoría liberal del contrato* tiene un compromiso sustantivo con el respeto y fomento de la autonomía personal de los contratantes y, en este sentido, la tesis del distanciamiento transparenta su genuino valor.

IV. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO DE CONTRATOS

Si las consideraciones críticas esgrimidas son acertadas, entonces, la pertinencia de la tesis del distanciamiento sostenida por Kimel queda irremediabilmente debilitada. La incidencia de esas observaciones está estrechamente asociada con el ambicioso rendimiento que el autor le atribuye al desapego personal entre las partes, es decir, operar como *el* valor intrínseco de *la* relación contractual. En esta sección quisiera profundizar en un punto adicional de crítica relativo al compromiso que presenta la lectura de Kimel con la visión tradicional en torno a la fundamentación normativa del derecho de contratos²².

²¹ Mas esto resiente el carácter de valor intrínseco del distanciamiento en la relación contractual, desatendiendo directamente su naturaleza intrínseca. Al apartarse del valor del desapego personal, ya no habría propiamente un contrato y ello, como fue indicado, supone una visión excesivamente restringida y rígida de la relación contractual. Como observa Moore, “[d]os cosas pueden diferir en valor intrínseco, solo cuando tienen naturalezas intrínsecas diferentes”. MOORE, 1993, p. 288.

²² Por fundamentación *normativa* del derecho contractual se puede entender la fundamentación *moral* de esta parcela de lo jurídico, aludiendo a los valores o criterios sustantivos que informan y justifican sus reglas, instituciones y prácticas distintivas.

De acuerdo con tal perspectiva, esta parcela del derecho privado se encuentra uniformemente justificada en *un* fundamento normativo común. Así, el derecho contractual está fundado en términos morales con base en un sustento unitario. La perspectiva de Kimel asume esta visión y, por esta razón, la pertinencia explicativa de su propuesta depende de que sea efectiva tal fundamentación *común*.

La cuestión acerca de la fundamentación normativa del derecho contractual constituye una preocupación de primera importancia para la reflexión filosófica en este ámbito²³. En este lugar, el individualismo ha ocupado una posición hegemónica. De acuerdo con la tesis tradicional, el derecho privado y, en especial, el derecho de contratos es una cuestión de individualismo²⁴. La dificultad de esta tesis radica en que en numerosas ocasiones no se distingue acerca del sentido en que se entiende el término individualismo, bastando con sostener que el derecho privado en su conjunto es “individualista”. A su vez, esta visión está basada en un modelo monista de comprensión: el individualismo es *el* fundamento normativo común de las distintas preocupaciones del derecho privado.

Como se mostrará, no hay solo una manera de entender el fundamento individualista ni tampoco es del todo claro que haya un único fundamento normativo en el derecho de contratos. Referente al individualismo, es posible distinguir entre, al menos, dos versiones que he etiquetado como sigue: *individualismo egoísta* e *individualismo desinteresado*²⁵. Ambas versiones de la filosofía individualista convergen en admitir la división que media entre el interés propio y el ajeno y, del mismo modo, en afirmar la prevalencia del primero sobre el segundo. Esta visión ofrece un especial rendimiento en el derecho de contratos. Allí, se piensa, el contratante debe únicamente velar por sus intereses y no tiene el deber de materializar los de la otra parte del vínculo. Tal lectura se encuentra afianzada en el principio de autonomía de la voluntad que reafirma el divorcio entre intereses, así como el predominio del interés personal del agente. El contratante se obliga *porque* así lo ha decidido y *solo* a aquello a lo que haya autónomamente accedido a vincularse²⁶. De este modo, aquel no tiene el deber de actuar por el otro contratante si ello no está comprometido en el acuerdo.

El punto de divergencia de ambas maneras de ver el pensamiento individualista reside en la forma en que es gestionado el interés ajeno. Mientras que el sentido egoísta del individualismo exagera el interés propio y descuida el de los demás, la versión desinteresada toma en consideración el interés de los otros y lo concilia con el personal. Según esta última acepción, el agente no se encuentra autorizado para desatender y pasar por alto los intereses de los demás en aras de alcanzar los propios. El interés ajeno

²³ Acerca de los desafíos de la teoría del contrato, véase PEREIRA, 2021, pp. 207-237. La filosofía del derecho privado como una empresa destinada a la determinación de la identidad, fundamentos y propósitos de las distintas preocupaciones de esta esfera de lo jurídico está desarrollada en PEREIRA, 2017, pp. 194 y ss.

²⁴ En este sentido, véase SOLARI, 1946, p. 3-58.

²⁵ PEREIRA, 2020a, 2022a.

²⁶ Según Tuhr, la autonomía privada en el derecho de contratos presenta un “carácter marcadamente individualista”. TUHR, 2007, p. 80.

constituye un límite para la actuación personal del agente y es indispensable que este lo resguarde en el despliegue de sus relaciones sociales.

En la literatura es posible rastrear una valiosa aproximación acerca de la filosofía individualista. Kennedy ha esgrimido la siguiente caracterización:

[L]a esencia del individualismo reside en trazar una distinción radical entre los propios intereses y los de los demás, combinada con la creencia de que una preferencia en la conducta ajustada a los propios intereses es legítima, pero que debemos estar dispuestos a respetar las reglas que hacen posible la coexistencia con otras personas igualmente autointeresadas²⁷.

De acuerdo con esta lectura, el individualismo posee dos rasgos distintivos. En primer lugar, sostiene una fractura entre intereses propios y ajenos, concibiendo que esta demarcación es trazada de manera radical. Esta separación explica por qué un agente no debe, en principio, efectuar acciones a favor de los demás si no media una obligación de efectuarlas. Esto excedería la esfera de sus intereses. Puede entenderse este ángulo como la dimensión *ontológica* del enfoque individualista. En segundo lugar, aboga por el predominio del interés propio sobre el ajeno, posicionando los intereses personales en un lugar privilegiado en el marco de las consideraciones que debe atender para conducirse. Dicha cuestión constituye la dimensión *normativa* de la tesis individualista.

Si bien ambas expresiones del individualismo comulgan con estas dimensiones, discrepan entre sí en relación con el modo de abordar el interés de las demás personas. Para el sentido desinteresado del individualismo resulta absolutamente compatible admitir la preferencia por el interés personal con el respeto por el ajeno. La búsqueda de sus intereses y expectativas no legitima al agente a transgredir los intereses de los demás. El predominio del propio interés coexiste con la atención por el interés ajeno.

Este punto de diferenciación es advertido por Kennedy. Según este, “el individualismo es radicalmente distinto del puro egoísmo, o de la visión de que es imposible o indeseable poner límites a la búsqueda del propio interés”²⁸. Habría, entonces, dos formas de entender el individualismo, pero para su versión desinteresada la preferencia del autointerés está en sintonía con el respeto por las reglas que velan por los intereses de los demás. La razón del porqué de este contraste descansa en la autonomía. El ideal regulativo de la autonomía propicia que el agente configure sus planes personales de vida a la luz de sus elecciones y decisiones, mas, a su vez, le reclama respetar la esfera de autonomía de los demás individuos, evitando dañar sus derechos e intereses. A diferencia de la acepción egoísta, la desinteresada está comprometida con las demandas de la autonomía. Esta última posee “un fuerte contenido moral afirmativo: la exigencia del

²⁷ KENNEDY, 1976, p. 1713.

²⁸ KENNEDY, 1976, pp. 1714-1715.

respeto por los derechos de otros”²⁹. De este modo, el divorcio entre intereses no valida lesionar el de los demás y el valor de la autonomía captura tal exigencia.

A pesar de la influencia que posee el individualismo en la fundamentación normativa del derecho privado y del derecho contractual, su ubicación como fundamento unitario y común se puede cuestionar a partir del altruismo. Si el altruismo –en algún sentido del término– tiene participación en estos ámbitos de lo jurídico, entonces, una tesis comprometida con la existencia de una estructura normativa uniformemente fundada gracias a los parámetros individualistas verá mermada su pertinencia teórica. Si Kimel suscribe una visión articulada en estos términos, entonces, enfrentará inevitablemente dificultades si ello no fuere el caso.

En relación con el altruismo, ocurre un panorama similar. No hay solo una manera de entenderlo. La versión con que usualmente es conocido este pensamiento filosófico corresponde al *altruismo fuerte* y, en tanto, la lectura que he presentado es el *altruismo moderado*³⁰. La acepción fuerte de la filosofía altruista se encuentra asociada al ideal del buen samaritano; según este, el agente debe actuar de manera irrestricta a favor de los demás, sacrificándose sin límites para que los otros individuos cristalicen sus intereses. Este comportamiento abnegado suele identificarse como *el* modo de proceder desde una perspectiva altruista. Sin embargo, no es la única forma de concebir sus demandas. El altruismo moderado, en cambio, morigerla la intensidad de las exigencias del altruismo fuerte, apartándose de su dimensión supererogatoria. Ambas imágenes del altruismo reafirman la separación entre intereses que observa el individualismo, pero a diferencia de esta última línea, rechazan la prevalencia del autointerés en desmedro del interés de los demás.

¿Cómo caracterizar el altruismo moderado? Según lo he apuntado, su contenido proposicional se puede formular en los siguientes postulados: (i) no es necesariamente efectivo que el interés propio predomine sobre el ajeno; (ii) constituye una exigencia permanente atender y preocuparse por los intereses de los demás; y, por último, (iii) resulta necesario que en ciertas ocasiones el agente actúe positivamente a favor del exclusivo interés ajeno³¹. El punto (iii) marca un factor diferenciador entre ambas lecturas del pensamiento altruista, ya que el altruismo moderado demanda un comportamiento menos exigente para el agente, sin que deba actuar derechamente a favor del solo interés de los demás, en forma constante y en todos los supuestos. Esta visión, desde mi punto de vista, puede encajarse con parte de los deberes que están presentes en el derecho de contratos.

La pertinencia del altruismo moderado como modelo de fundamentación alternativo al prisma individualista supone que este –en su versión más vigorosa– no logra cubrir exhaustivamente las demandas que están vigentes en las relaciones contractuales. Si el individualismo desinteresado no es capaz de fundar exigencias y deberes que desafían la preeminencia del autointerés y, por el contrario, instan a actuar a favor del solo interés

²⁹ KENNEDY, 1976, p. 1715.

³⁰ Acerca de la gama de expresiones del pensamiento altruista, véase JENCKS, 1990, pp. 53-67.

³¹ PEREIRA, 2020a, pp. 228-229; 2022a.

ajeno, corresponde prestar atención al papel del altruismo en la estructura de fundamentación normativa de esta área del derecho. El altruismo moderado permite fundar deberes en que hay *algo más* involucrado que no dañar los intereses del otro contratante, exigiendo conducirse exclusivamente para beneficiarlos. Esta clase de deberes pueden encontrarse en instituciones distintivas del derecho contractual, como, por ejemplo, el deber de renegociación en los supuestos de cambio de circunstancias o excesiva onerosidad sobreviniente, el deber de informar de un contratante cuando gracias a esta información resulte directamente beneficiada la otra parte y, en general, los deberes positivos de actuación derivados de la buena fe que están únicamente dirigidos a favorecer el interés del otro contratante³².

El altruismo moderado constituye, entonces, un prometedor candidato para desafiar la tesis de que el derecho de contratos está uniformemente fundado en el individualismo. Quizá puede ser el caso que este ámbito esté caracterizado por su complejidad en lugar de su uniformidad. La complejidad se expresa, entre otros sentidos, en la diversidad de fundamentos normativos que están presentes en este contexto. La participación del altruismo moderado abona tal consideración. En la siguiente sección se posicionará en forma crítica la tesis de Kimel en este posible estado de cosas.

V. VALOR INTRÍNSECO DEL CONTRATO, INDIVIDUALISMO DESINTERESADO Y ALTRUISMO MODERADO

Si fuere correcto que el individualismo, ni aun en su versión más robusta, no puede admitirse como el único fundamento normativo del derecho de contratos, ¿hay una tensión con el posicionamiento de la tesis del distanciamiento como *el* valor intrínseco del contrato?

El proyecto de Kimel es esgrimir una teoría liberal del contrato. Su empresa se inserta en el marco del liberalismo político y de allí que –sin obviar los matices– existen compromisos fuertemente enraizados en la tradición liberal. Uno de ellos es el individualismo. En relación con esta conexión, Kimel intenta desligar su lectura del liberalismo con el sustento individualista. Por ello, constituye un yerro “entender que el liberalismo se centra en una moral individualista”³³. Al desmarcar su posición liberal de bases normativas individualistas, Kimel lo posiciona como una expresión “no-individualista” del liberalismo³⁴. Acerca de este talante y su contraste con la alternativa individualista, el autor lo explica en los siguientes términos:

{[L]a verdadera diferencia entre la moral individualista y no-individualista en este aspecto es simplemente que la no-individualista se basa en una variedad mucho más rica

³² Su desarrollo en PEREIRA, 2018. Respecto de la fundamentación normativa de la buena fe consultar en PEREIRA, 2020b.

³³ KIMEL, 2018, p. 199.

³⁴ KIMEL, 2018, p. 208.

de fuentes normativas para definir dicho espectro. Y, en el marco de la teoría liberal no-individualista, resulta particularmente fácil ver que sin importar la adhesión al valor de la autonomía personal, las consecuencias normativas de un intento de asunción voluntaria de una obligación no están totalmente determinadas por la libre voluntad del individuo³⁵.

El foco central de su aproximación es la mayor apertura y flexibilidad que presenta la versión no-individualista del liberalismo para aceptar una diversidad de fuentes normativas de la obligatoriedad del vínculo contractual. La autonomía personal es indispensable mas no suficiente para reconocer el efecto vinculante del contrato. No cualquier obligación derivada del acuerdo autónomo se puede considerar sujeta al principio de *pacta sunt servanda*, porque junto con el valor de la autonomía hay también otras consideraciones en juego. Pero esta lectura no-individualista que no reconoce en la autonomía el único elemento relevante en el derecho contractual, no dice mucho acerca de la justificación del distanciamiento entre las partes. Naturalmente, el valor intrínseco del contrato debe tener encaje en algún fundamento normativo disponible. Y ahí perfectamente se pensaría en alguna lectura del individualismo aun cuando su enfoque general sea, según Kimel, no-individualista.

En este sentido, la cuestión es determinar si el individualismo egoísta o el desinteresado sirven de candidatos para fundar la tesis del distanciamiento. Sería precipitado e injusto con el planteamiento de Kimel asociar la distancia entre los contratantes con un individualismo egoísta. Por supuesto, el distanciamiento supone una diferencia entre los intereses de las partes y la prevalencia del interés personal sobre el ajeno. Sin embargo, este valor devela una opción frente a la dependencia de relaciones personales entre los contratantes, y no así una autorización para lesionar los intereses de la otra parte. En lugar de desacoplar la relación contractual de las demandas de la autonomía, la tesis del distanciamiento refuerza su vigencia en la validez y observancia de las obligaciones contractuales. Al aumentar la autonomía de los contratantes se estrecha la conexión de estos con sus exigencias. Como se ha mencionado, una de ellas es no dañar los derechos o intereses del otro contratante en aras de alcanzar la satisfacción del propio. Por esta razón, de la tesis del distanciamiento no es posible extraer la irrelevancia del interés de la otra parte ni tampoco la ausencia de gestión por los intereses de los demás. El compromiso que suscribe la posición general de Kimel con la autonomía, y que es fomentado en particular mediante la tesis del distanciamiento, impide emparentar el valor intrínseco del contrato con el individualismo egoísta.

El individualismo desinteresado se estimaría, en cierto sentido, como no-individualista. Dicha acepción es diferente del entendimiento de Kimel, aunque no incompatible con este. Más allá de que el individualismo desinteresado puede estar comprometido con valores adicionales a la autonomía y con base en esto ser –en el sentido de Kimel– no-individualista, también puede serlo porque se desliga de la versión egoísta y no asume

³⁵ KIMEL, 2003, p. 128. Énfasis añadido.

del mismo modo la relación del contratante con los intereses ajenos. Debido a que el valor normativo de la autonomía también demanda respeto por la autonomía de la otra parte, el contratante no puede lesionar los intereses del otro en la búsqueda y el provecho de los suyos. No puede mostrar una indiferencia total con los intereses ajenos como si solo le correspondiera atender a la satisfacción de los propios, pudiendo barrer con los que albergue la otra parte. Desde este punto de vista, entonces, el individualismo desinteresado podría ser no-individualista.

Lo interesante es que la tesis del distanciamiento calza con el sustento normativo del individualismo en su dimensión desinteresada. El contrato constituye, desde la mirada de Kimel, una alternativa a la promesa y, por tanto, a la dependencia de mantener relaciones personales ya sean previas o posteriores entre los contratantes. Si bien el programa contractual convenido liga a las partes, facilita, a su vez, el distanciamiento entre ellas porque los términos no están entremezclados con vínculos personales. Gracias al valor del distanciamiento, cada parte evitará molestarse si el otro contratante procura maximizar su interés personal, ejerciendo todos los derechos y facultades que el contrato y la legislación le provean. Se trata de contratos y no de relaciones personales como las afectivas o de amistad. Por ello, en el tipo de relaciones que son sometidas al contrato rige la idea de *just business*³⁶.

El predominio de los intereses propios no encuentra dificultades para su encaje con el distanciamiento entre los contratantes. Por el contrario, el valor del distanciamiento personal está al servicio de la preeminencia del autointerés respecto de los intereses del otro contratante. Cada parte debe respetar los términos del contrato y puede obtener el mayor provecho posible de las expectativas depositadas en el vínculo. Pero esto no significa que un contratante está facultado para lesionar los derechos o intereses del otro. Un rasgo distintivo del individualismo en sentido desinteresado, por oposición al individualismo egoísta –al parecer asociado al liberalismo más clásico–, es la relación entre la búsqueda del interés personal y el respeto por los intereses de los otros. Esta forma de engarzar el distanciamiento personal con el fundamento individualista de corte desinteresado permite, por tanto, acomodar la fractura entre los intereses de los contratantes, la preferencia que tienen los propios con los del otro contratante y, por último, la proscripción de vulnerar los derechos e intereses de la otra parte en función de satisfacer los personales. De este modo, se verifica tanto la dimensión *ontológica* como la *normativa* del individualismo desinteresado.

Hasta este punto las cosas parecen transitar en la misma dirección y se pueden acomodar sin dificultades. Este diagnóstico varía ostensiblemente en relación con el altruismo moderado. Si efectivamente el distanciamiento personal constituye *el* valor intrínseco del contrato, su impacto debe dar cuenta de la fundamentación normativa del derecho contractual. Por consiguiente, es necesario que el distanciamiento permanezca vigente tanto con el fundamento individualista como con el altruista, según la

³⁶ Para el sentido de esta expresión y el modo en que refleja la manera en que las partes pueden desenvolverse durante la relación contractual, véase PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018, pp. 28, 33, 44.

estructura dual que se ha sostenido existe en el derecho contractual³⁷. Desde el punto de vista individualista en su vertiente moderada, cada parte del contrato puede encuadrar su comportamiento en el contrato y limitar sus deberes a los estipulados. No hay nada personal involucrado entre ellas que extienda las demandas más allá de satisfacer sus propios intereses y no dañar los ajenos. Sencillamente, *just business*.

No obstante, el establecimiento de deberes en el exclusivo beneficio del interés del otro contratante no necesariamente conlleva *salirse* del contrato y *adentrarse* en el marco de las relaciones personales. El altruismo moderado no es, en realidad, un fundamento *instaurado* en el derecho de contratos, sino que está presente en su composición normativa, sin necesidad de acudir a criterios apartados del ámbito contractual para hallarlo. La indagación en torno a la participación del altruismo en la estructura de fundamentación normativa de esta área es más bien una cuestión de *develamiento*. Por ello, la estrategia más útil es prestar atención a las consideraciones altruistas que subyacen a ciertas instituciones que efectivamente forman parte del derecho contractual³⁸. Para esta clase de exigencias el interés ajeno es decisivo y, en distintas ocasiones, el contratante no solo debe preocuparse de los intereses de la otra parte, sino que también debe actuar directamente para cristalizarlos. De modo que lo desafiado no es la diferencia de intereses entre las partes, sino el predominio de los intereses personales del contratante. El valor que intrínsecamente le corresponde al contrato no puede, por esta razón, dejar al margen estos deberes de corte altruista.

Tales deberes son exigentes porque están encaminados en el exclusivo interés de la otra parte y pueden rastrear en las instituciones contractuales antes mencionadas, así como en deberes sustantivos de las relaciones fiduciarias³⁹. Los institutos de los que provienen dichas demandas forman parte importante del derecho de contratos, del modo en que lo conocemos. De ahí que su vigencia tiene incidencia directa en la pertinencia o no de la tesis del distanciamiento. Permítaseme tomar el caso de la buena fe. En el contexto de los deberes secundarios de conducta aparecen distintas expresiones que, a pesar de no estar pactadas ni en ocasiones siquiera previstas por los contratantes, uno de ellos tiene el deber de realizar algo para beneficiar al otro. La tipología de subdeber positivo de comportamiento de buena fe envuelve supuestos de acciones efectuadas por una parte únicamente a favor de la otra. Un contratante de buena fe, por ejemplo, debe informar al otro de los elementos determinantes para el interés de este último, pero además debe observar —si las circunstancias del supuesto así lo exigen— deberes de aclaración con cargo a la buena fe. Ese redoblamiento del deber de informar con el de esgrimir aclaraciones puede estar efectuado en el *solo* beneficio del otro contratante. De no contar con esta información y posterior aclaración, esta última parte no sufriría un daño, sino más bien la privación de un beneficio directo a su favor.

³⁷ Tal estructura bifronte de fundamentación normativa es indicador de la complejidad del derecho de contratos y que se devela gracias a la falta de uniformidad en su fundamentación. Véase, PEREIRA, 2020b, pp. 124 y ss.

³⁸ En este sentido, PEREIRA, 2020a, pp. 255 y ss.

³⁹ En este sentido, BIRKS, 2000, pp. 3-38.

¿Supuestos de este orden afectan la tesis del distanciamiento entre las partes? Esto parece inevitable. La participación de exigencias para cuya justificación es necesario acudir al altruismo moderado pone en jaque la preeminencia del interés propio del contratante sobre el de la otra parte. Asimismo, ofrece un reto a la pertinencia del distanciamiento contractual. De acuerdo con Kimel, *el* contrato es intrínsecamente valioso en términos del distanciamiento que permite entre los contratantes. Sin embargo, en el supuesto anterior, el contratante que posee la información y tiene el deber de buena fe de comunicársela a la otra parte y, a su vez, de realizar aclaraciones posteriores, ¿puede simplemente omitirlas alegando *just business*? Frente a la infracción de este subdeber positivo de buena fe que priva a la otra parte de un beneficio dirigido en su solo interés, la tesis del distanciamiento se muestra insuficiente. No es tarea sencilla su conciliación porque la buena fe no solo importa tener presente los intereses del otro contratante sino también, en determinadas circunstancias, actuar derechamente en su propio bien. El valor del distanciamiento experimenta, entonces, fisuras que quizá Kimel no advirtió.

El problema es que los deberes de este tipo son innominados y, por tanto, no es posible realizar el catastro de ellos en el espectro de la contratación para evaluar su real impacto. Pero la buena fe objetiva constituye un principio fundamental del derecho contractual y, como tal, cuenta con aplicación general. Este amplio alcance está en tensión con la tesis del distanciamiento si es que es correcto afirmar que se trata del valor intrínseco del contrato. Asimismo, deberes de buena fe establecidos a favor del interés de la otra parte ponen en aprietos al distanciamiento entre los contratantes, en el evento en que aquellos aumenten y se instalen progresivamente con el transcurso del tiempo. Si esto tiene lugar, no es descartable que el vínculo entre las partes paradójicamente se estreche *en virtud* del cumplimiento de estos deberes. Sin que hayan dejado de ser partes de un contrato, y manteniéndose sometidos a su pliego de prestaciones, estándares como confianza, lealtad y reciprocidad se comienzan a considerar como parámetros de la relación que los une, afianzándola aún más. Desde luego, la actuación positiva concertada por el interés del otro con cargo a la buena fe, no puede contribuir a fomentar el distanciamiento entre las partes ni precaver que en el porvenir sea considerada estéril la idea de *just business*. El contratante no se puede excusar de cumplir en estos términos porque precisamente tenía el deber de buena fe de hacerlo por el bien del otro. Lejos de dilatar la brecha entre ellos, esta se acorta en forma paulatina y probablemente de modo irreversible.

A nivel de fundamentación también hay algunos inconvenientes. Debido a la escisión que esboza Kimel entre el individualismo del que se distancia y el no-individualismo que acoge, la cuestión es si acaso este último logra dar cuenta o no de los deberes positivos encaminados a cristalizar el interés de la otra parte. Pues si ello no es así, entonces, se devela la conexión entre el no-individualismo de Kimel y el individualismo desinteresado y, a su vez, la insuficiencia tanto de este último modelo normativo como de la tesis del distanciamiento para cumplir con éxito sus respectivas tareas en la filosofía del derecho contractual. Respecto del primer asunto, el sustento no-individualista de Kimel es, en buenas cuentas, una versión del individualismo desinteresado. Su particularidad está en la exacerbación de la relevancia que tiene el respeto y fomento de la autonomía para

los contratantes. Posiblemente, pueda añadirse el énfasis por la diversidad de fuentes normativas que están junto a la autonomía personal. Pero sus compromisos y contornos parecen similares.

A propósito del perímetro compartido está la segunda cuestión. El individualismo desinteresado es incapaz de fundar normativamente estas demandas de índole altruista, porque estas ponen en entredicho la prevalencia normativa del autointerés, instando a actuar derechamente a favor del interés ajeno. Existen demandas contractuales en las que hay *algo más* que no dañar el interés del otro contratante, exigiendo actuar en su beneficio. El no-individualismo de Kimel, por su parte, tampoco logra capturar estos deberes positivos establecidos en favor del otro, que desbordan el distanciamiento entre los contratantes. La presencia de dimensiones altruistas, desde su óptica moderada, en el marco de exigencias que deben observar los contratantes ofrece dificultades insalvables para ambos sustentos morales, porque ninguno de ellos niega la prevalencia del interés personal sobre el ajeno.

Dicha incapacidad común acentúa la conexión entre el individualismo desinteresado y la lectura no-individualista de Kimel. La arista interesante de subrayar es que la participación del altruismo moderado también genera un efecto disruptivo en la tesis del distanciamiento. Reglas, instituciones y prácticas del derecho contractual a partir de las cuales subyacen consideraciones altruistas moderadas no son fáciles de compaginar con el distanciamiento entre las partes. Ello tiene directa relación con la ambición que Kimel manifiesta acerca de este rasgo: se trata del valor intrínseco *del* contrato. No obstante, este valor definitorio de la relación contractual responde con facilidad frente a *un* parámetro normativo, esto es, con el individualismo desinteresado –fundamento no-individualista para el autor–, pero su fortuna es diametralmente distinta con el altruismo incluso en la versión moderada y no fuerte de esta moralidad⁴⁰.

¿Qué devela esta clase de consideraciones? Desde mi modo de ver, el fundamento altruista muestra la insuficiencia del sustento normativo individualista y, del mismo modo, de la tesis del distanciamiento. Mientras que el primero no es apto para capturar ese *algo más* involucrado en los deberes altruistas en favor del interés ajeno, la segunda no logra encajar en la fundamentación proporcionada por el altruismo moderado. Esto atañe a la aspiración de Kimel, pues a pesar de que el distanciamiento entre los contratantes constituye –en su mirada– *el* valor intrínseco *del* contrato, únicamente puede amoldarse con la vigencia de *un* fundamento individualista. Pero ello arroja luz acerca de que el distanciamiento no puede constituir un rasgo distintivo del contrato en general, si enfrenta obstáculos en todos los supuestos en que haya consideraciones altruistas que dirigen el comportamiento de un contratante en favor del otro, excediendo muchas veces los deberes expresamente acordados. No puede ser, por tanto, *el* valor intrínseco de todos los contratos o del derecho contractual en general porque, en verdad, responde solo a *uno* de los fundamentos normativos allí vigentes. La tesis de Kimel, en el ámbito de la fundamentación moral del contrato, está comprometida con la vigencia

⁴⁰ Sobre esta consideración, véase PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018, pp. 43-46.

de *un único* parámetro. Pues únicamente en este podría ajustarse el distanciamiento. Al parecer, su punto de partida “no-individualista” no fue lo suficientemente osado para iluminar la estructura normativa del derecho contractual de un modo verdaderamente “no-individualista”.

Más allá de las consideraciones críticas argüidas en la segunda sección, en esta me he concentrado en el siguiente cargo contra Kimel. Si la tesis del distanciamiento fuere el rasgo distintivo y central del derecho de contratos, este se sustenta en un fundamento individualista compartido, en el sentido desinteresado del término. Pero si no es efectivo que haya solo *un* fundamento normativo uniforme en el derecho contractual, entonces, la tesis de Kimel no puede ser *el* elemento crucial y distintivo de *lo* contractual.

La presencia del altruismo moderado como fundamento filosófico del derecho de contratos ofrece dificultades a la tesis del distanciamiento, porque los postulados altruistas transitan por la dirección contraria al individualismo y la tesis del distanciamiento. No solo demandan tener en consideración los intereses del otro, sino que también en ocasiones exigen al contratante a actuar positivamente solo a favor de los intereses de la otra parte del contrato.

Si es cierto que el altruismo moderado también tiene un lugar en la estructura de fundamentación del derecho de contratos, el individualismo –parafraseando a Kimel– no puede contar toda la historia del derecho contractual, ni el distanciamiento entre los contratantes constituir *el* aspecto determinante del contrato. Se trata, en realidad, de *solo una parte* de la historia.

VI. CONCLUSIONES

Pese al influjo de la propuesta de Kimel, donde el distanciamiento personal entre los contratantes constituye el valor intrínseco del contrato, es posible hallar un conjunto de flancos críticos que minan su pertinencia teórica. Estas consideraciones están asociadas a (i) su falta encaje con los contratos relacionales y los de larga duración; (ii) las dificultades que presenta para engarzar la tesis con la solidaridad y la solidaridad promisoria; y, por último, (iii) el cuestionamiento acerca de su efectivo carácter como valor intrínseco del contrato. De manera adicional es posible añadir una observación crítica relativa a la preocupación de la filosofía del derecho de contratos por su fundamentación normativa. ¿Se encuentra la propuesta de Kimel comprometida con la existencia de un único fundamento normativo y es inmune a la presencia de un sustento valorativo alternativo al individualismo tradicional?

Frente a la tesis del distanciamiento de Kimel, el altruismo moderado como posible fundamento normativo del derecho de contratos, se encuentra en controversia con el valor intrínseco de la relación contractual que es el desapego entre los contratantes. Esta tesis no puede engarzarse correctamente con el individualismo egoísta, ya que está asentada sobre la base del respeto y fomento de la autonomía personal y esta última es propia del individualismo desinteresado. En cambio, la tesis de Kimel calza con el sustento normativo individualista en su dimensión desinteresada según el que

el predominio del interés personal del contratante es compatible con el respeto por los intereses de los demás.

Si el distanciamiento es *el* valor distintivo del contrato, este debiere operar tanto con el fundamento individualista como con el altruista. No obstante, los deberes contractuales fundados en el altruismo moderado no importan salirse del escenario contractual y adentrarse en las relaciones personales. En lugar de introducirse en el derecho de contratos, se requiere desentrañar el espacio que este de hecho allí ocupa. Cuando los deberes no solo importan tener en cuenta los intereses del otro contratante, sino que también demandan derechamente beneficiarlos, la tesis del distanciamiento no logra fundar todos los deberes porque la lógica del *just business* se muestra insuficiente para dar cuenta de ellos. El valor intrínseco *del* contrato, en realidad, solo puede amoldarse con la vigencia de un fundamento individualista. De nuevo, Kimel ofrece solo una versión parcial de toda la historia contractual.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDRT, Hannah, 2005: *La condición humana* (trad.) R. Gil Novales, Barcelona, Paidós.
- BERNAL FANDIÑO, Mariana, 2007: “El solidarismo contractual —especial referencia al derecho francés—”, *Vniversitas*, N° 114, pp. 15-30.
- BENÍTEZ CAORSI, Juan J., 2013: *Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato*, Madrid, Reus.
- BIRKS, Peter, 2000: “Lionel Cohen Lecture: The Content of Fiduciary Obligation”, *Israel Law Journal*, volumen 34, N° 1, pp. 3-38.
- EISENBERG, Melvin A., 1995: “Relational Contracts”, en BEATSON, J. y FRIEDMANN, D. (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 291-304.
- FRIED, Charles, 2015: *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, second edition, Oxford, Oxford University Press.
- GOETZ, C. J. y SCOTT, R. E., 1981: “Principles of Relational Contracts”, *Virginia Law Review*, volumen 67, N° 6, pp. 1089-1150.
- JENCKS, Christopher, 1990: “Varieties of Altruism”, en Jane Mansbridge (ed.), *Beyond Self-Interest*, Chicago, The University of Chicago Press, pp. 53-67.
- KENNEDY, Duncan, 1976: “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harvard Law Review*, volumen 89, N° 8, pp. 1685-1778.
- KIMEL, Dori, 2007: “The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model”, *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 27, N° 2, pp. 233-255.
- KIMEL, Dori, 2018: *De la promesa al contrato: Hacia una teoría liberal del contrato*. (trad.) M. Parga. Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- MACNEIL, I. R., 1974: “The Many Futures of Contracts”, *Southwestern California Law Review*, volumen 47, pp. 691-816.
- MACNEIL, I. R., 2000: “Relational Contract Theory: Challenges and Queries”, *Northwestern University Law Review*, volumen 94, N° 3, pp. 877-908.
- MARKOVITS, Daniel, 2015: “Good Faith as Contract’s Core Value”, en Gregory Klass, George Letsas y Prince Saprai (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 272-293.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y PINO EMHART, Alberto, 2018: “Los contratos de larga duración en la edición 2016 de los principios ‘Unidroit’ sobre contratos comerciales internacionales”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30, pp. 163-191.

- MOORE, G. E., 1993: *Principia Ethica*, Revised Edition, Cambridge, Cambridge University Press.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2016: *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*, Santiago, Thomson Reuters.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2017: “¿Filosofía del derecho privado?”, en Juan Carlos Marín y Adrián Schopf (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 193-261.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2018: “Altruismo y derecho contractual”, en Diego M. Papayannis y Esteban Pereira Fredes (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 139-168.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2020a: “Algunas maneras de mostrar el altruismo en el derecho privado”, en Diego M. Papayannis y Juan Antonio García Amado (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, pp. 217-299.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2020b: “La buena fe y sus fundamentos normativos”, *Latin American Legal Studies*, volumen 7, pp. 111-142.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2021: “La teoría del derecho de contratos como desafío”, *Discusiones*, volumen 27, N° 2, pp. 207-237.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2022a: “Altruismo y solidaridad en el derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 49, N° 3, pp. 1-30.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2022b: “Ruptura entre promesas, voluntad y autonomía: ¿qué justifica la fuerza obligatoria del contrato?”, *Derecho PUCP*, N° 89, pp. 291-323.
- PRADO, Pamela, 2015: *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*, Santiago, Thomson Reuters.
- RORTY, Richard, 1991: *Contingencia, ironía y solidaridad*. (trad.) A. E. Sinnott, Barcelona, Paidós.
- SHEINMAN, Hanoeh, 2004: “Are Normal Contracts Promises?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 23, N° 3, pp. 517-537.
- SOLARI, Gioele, 1946: *Filosofía del derecho privado. I. La idea individual*, Buenos Aires, De Palma.
- TUHR, Andreas von, 2007: *Tratado de las obligaciones*. (trad.) W. Roces, Granada, Comares.