

¿DEBE EL DERECHO PRIVILEGIAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO?

Martin D. Farrell

*Este país es elástico,
en sus casas y en sus
contratos.*

GIACOMO PUCCINI

Madame Butterfly

Acto Primero

La forma usual de distinguir entre la regulación moral de las promesas y la regulación legal de los contratos consiste en recordar que la primera se preocupa de promover el cumplimiento, mientras que la segunda se interesa en castigar el incumplimiento. ¿Existen motivos convincentes como para que esta distinción desaparezca? En otras palabras: ¿existen motivos para que el derecho exija el cumplimiento del contrato, en lugar de diseñar los remedios indemnizatorios en caso de incumplimiento? Hay al menos dos tipos de argumentos para llegar a esta conclusión, uno de índole moral y otro de índole eficientista. No encuentro convincente al primero, pero pienso que debe prestarse atención al segundo.

Describiré primero -entonces- un ejemplo de la posición moralista e intentaré mostrar sus falencias. Luego analizaré una posición eficientista y explicaré en qué medida pienso que el derecho debería atenderla.

I.-*La posición moralista.*

1.-

Como ejemplo de posición moralista voy a considerar un importante artículo en el cual Seana Shiffrin defiende la idea de que el contenido del derecho tiene que dejar un espacio para los agentes morales, de modo tal que ese contenido debe resultar aceptable para un agente moral razonable. (1) El derecho (o, al menos, ciertas prácticas jurídicas) deben ser consistentes con llevar una vida que contenga una mínima virtud moral, al par que el derecho y su justificación deben resultar transparentes y accesibles para el agente moral. Las prácticas que el derecho torna accesibles -a su vez- deben ser compatibles con una cultura que sostenga el carácter moral virtuoso. (2)

Su argumento puede dividirse en distintas aserciones, las que voy a enunciar de manera separada, para facilitar así su comprensión.

1) Para realizar un contrato uno debe hacer una promesa. (3). En parte, Shiffrin basa esta afirmación en la definición del *Restatement of Contracts*, el cual define precisamente al contrato como una promesa.

2) Es objetable que el promitente sea responsable sólo por aquellas consecuencias que podía razonablemente prever al momento de la formación del contrato, cuando lo que debería contar es la previsibilidad al momento del incumplimiento contractual.(4)

3) Causa disgusto moral que la víctima deba tratar de limitar el daño causado por el incumplimiento, cuando es una tarea que debería realizar quien incumple. (5)

4) Los remedios ante el incumplimiento contractual son inadecuados , en especial al no exigirse el cumplimiento del contrato sino concederse daños a la expectativa. (6)

5) Constituye un error que el incumplimiento intencional no se encuentre sujeto a daños punitivos, esto es, daños que reflejen el juicio de que el comportamiento de quien

incumple fue incorrecto. (7)

6) El derecho fracasa en transmitir la idea de que el incumplimiento es impermissible, en lugar de estar simplemente sujeto a un precio. (8)

2.-

La posición moralista no es errónea *per se*, desde luego. Hay buenos argumentos para sostener que el derecho debe ser capaz de sostener el escrutinio de la moral, e incluso algunos de ellos no son argumentos morales: si el derecho se adecua a la moral positiva de la comunidad el costo de la estabilidad social será menor, puesto que a las razones prudenciales para obedecer al derecho se sumarán ahora razones morales; este es un argumento eficientista, no un argumento moral.

Pero el argumento en cuestión puede emplearse únicamente en los casos en los que el derecho se compare con la moral *positiva*, y no creo que sea esta la idea de Shiffrin: ella quiere comparar al derecho con una moral *crítica*, no con la moral positiva. En este caso, no obstante, la idea enfrenta una pregunta obvia: ¿con cuál moral crítica quiere comparar Shiffrin al derecho? Puesto que se trata de una pregunta inevitable resulta extraño que ella no dedique algún espacio a contestarla; no hay en su trabajo ninguna mención explícita a la moral crítica a la que debe recurrirse, por lo que la respuesta hay que inferirla de él.

De esta inferencia surge que, según lo veo, el consecuencialismo está descartado como moral crítica a emplear. El deontologismo parecería ser un buen candidato a reemplazarlo, pero no se trata de un candidato sin contrincantes, debido a las repetidas referencias en el trabajo a la virtud moral. Shiffrin podría estar pensando en una de estas

dos cosas: que el derecho debe poder soportar el escrutinio de la ética deontologista o que el derecho debe poder soportar el escrutinio de la ética de la virtud. En cualquiera de estos casos el argumento del costo de la estabilidad no puede emplearse de manera automática, porque su éxito depende de que la moral positiva de la comunidad coincida con la moral crítica elegida.

Concentrándonos en la práctica del contrato, Shiffrin parece exigir entonces que ella se adecue al deontologismo o a la ética de la virtud, pero voy a descartar la segunda posibilidad por esta razón: la ética de la virtud no es una ética del deber sino del carácter. Al no establecer un catálogo de deberes no creo que ella sea apta para justificar al derecho, o a ninguna práctica jurídica específica. El derecho es un catálogo de deberes: ellos pueden ser deberes deontológicos o consecuencialistas, pero lo que contiene el catálogo -sin duda- son siempre deberes. El contratante virtuoso no es el que posee un carácter virtuoso, porque de esta afirmación no podríamos inferir casi ningún comportamiento específico: el contratante virtuoso es aquel que cumple con su deber (deontológico o consecuencialista).

Shiffrin, entonces, sólo podría estar sugiriendo que la práctica del contrato debe respetar las exigencias de la ética deontológica. Pero en este caso, por cierto, el trabajo está sub-argumentado, puesto que no sabemos por qué el consecuencialismo no tiene ningún papel que desempeñar -en su carácter de moral crítica- dentro de la teoría del contrato.

Hay otra objeción marginal a la propuesta de Shiffrin. Ella parece inferir la influencia de la moral en la práctica del contrato de la circunstancia de que el contrato es

definido en el *Restatement* como una promesa, y la promesa -a su vez- es una institución gobernada por la moral. Si se quiere diseñar un argumento para mostrar la incidencia de la moral en los contratos celebrados en los Estados Unidos el argumento puede funcionar, pero resulta notoriamente inadecuado si se pretende construir sobre él una teoría general del contrato. Tanto el Código Civil Francés (9) cuanto el argentino (10), por ejemplo, definen el contrato sin emplear la palabra *promesa*.

Adviértase que no estoy negando que una teoría general del contrato debe tomar en cuenta ciertas diferencias que son importantes en la legislación de los distintos países. Por ejemplo, la soberanía de las partes contratantes es mucho mayor en los Estados Unidos que en Argentina. En el primer caso, la mayoría de las reglas contractuales son reglas subsidiarias (reglas de *default*) que se utilizan sólo en caso de las partes no hayan previsto el tema en las cláusulas contractuales. En el segundo caso, en cambio, la soberanía de las partes se encuentra seriamente limitada, y ellas deben pactar de acuerdo a lo que establezcan las normas legales. Lo que estoy negando es que el contrato deba definirse -necesariamente- remitiendo a una promesa.

3.-

Más allá de las diferencias que acabo de mencionar, lo que lleva a comparar los contratos con las promesas no es el uso o no de la palabra *promesa* en la caracterización del contrato, sino la semejanza que existe entre ambas instituciones. Pero la semejanza no porta consigo el resultado que Shiffrin pretende extraer de ella, esto es, el resultado de que la regulación legal de los contratos se ajuste a la regulación moral de las promesas. Veamos, por eso mismo, las reflexiones que su argumento -tal como lo he descripto

antes- suscita.

Respecto de la objeción de Shiffrin de que cuente la previsibilidad de las consecuencias al momento del contrato, en lugar de contar la previsibilidad de ellas al momento en que el contrato se incumple, tengo dos observaciones que formular. La primera es que concuerdo con la objeción: muchas veces se ha cuestionado a la ética consecuencialista el hecho de que las consecuencias sean imprevisibles, al menos las consecuencias remotas del acto, y el consecuencialismo responde que cuentan las consecuencias inmediatas que normalmente surgen del acto. Es obvio que cuanto más cercano sea el cálculo en el tiempo, más preciso será ese cálculo, y puesto que el incumplimiento del contrato es posterior a la celebración del mismo, las consecuencias se pueden prever mejor en el momento en que se produce el incumplimiento.

Pero esta circunstancia no es útil para el propósito de Shiffrin, y aquí viene a cuento mi segunda observación. El propósito de Shiffrin es que se logre imponer el cumplimiento del contrato, y para ello las sanciones por incumplimiento deberían ser lo más severas posible. En este caso, es irrelevante calcular las consecuencias previsibles al momento de la celebración del contrato o de su incumplimiento, porque no puede conocerse *a priori* cuales serán las consecuencias más graves ni, por lo tanto, cuándo las sanciones deberían ser más severas. De modo que aceptar la sugerencia de Shiffrin no mejora sus objetivos.

El derecho contractual obliga a la parte inocente a minimizar los daños causados por el incumplimiento, y Shiffrin objeta moralmente esta solución, ya que piensa que es la parte culpable el que debería hacer el esfuerzo. La idea de Shiffrin parecería concordar

con una posición deontológica, según la cual quien merece que se le imponga el esfuerzo es la parte culpable, pero la solución del derecho contractual no puede calificarse de inmoral *per se*, ya que el consecuencialismo la recomienda, sobre la base de que la ayuda de la parte inocente contribuye a crear el mejor estado de cosas posible. No se trata -entonces- de una posición lisa y llanamente inmoral, sino sólo de una posición inmoral para la ética deontológica. Si se prescinde de consideraciones morales, como luego sugeriré hacer, también una posición inspirada en la eficiencia favorecería la solución actual. Más aún: incluso partiendo de una posición deontológica Charles Fried piensa que la moral

reconoce un derecho a salvar a otro de una pérdida seria cuando el actor puede hacerlo con una pequeña molestia, riesgo de pérdida, o de daño a sí mismo...¿No se encuentra el prometido defraudado en una situación análoga a la del Buen Samaritano, y no es la relación de confianza que la institución moral de la promesa crea entre ellos suficiente como para hacer de las dos partes vecinos más que extraños? (11)

Desde este punto de vista, pues, ni siquiera el deontologismo -ética confesa de Fried- condenaría la situación legal que objeta Shiffrin.

En lo que hace a los remedios por el incumplimiento contractual esos remedios pueden ordenarse a lo largo de un segmento: en un extremo se encuentra la indemnización del daño a la confianza, en el otro la concesión de daños punitivos, y en el

medio la reparación del daño a la expectativa .La diferencia entre indemnizar el daño a la expectativa y el daño a la confianza es muy simple: indemnizar el daño a la expectativa deja a la parte inocente en la misma situación en la que estaría si el contrato se hubiera cumplido, mientras que indemnizar el daño a la confianza la deja en la situación en la que estaría si ella no hubiera contratado. (12)

La suma que percibe la parte inocente es mayor en el caso de que se opte por reparar el daño a la expectativa de lo que lo sería si se optara por reparar el daño a la confianza, aunque menor de lo que lo sería si se concedieran daños punitivos.(13) El incentivo para cumplir con el contrato, entonces, en un rango de menor a mayor, sigue este orden: estar obligado a pagar el daño a la confianza, estar obligado a pagar el daño a la expectativa, y estar obligado a pagar daños punitivos. No estoy en contra de la sugerencia de Shiffrin acerca del daño punitivo pero -como veremos luego- pienso que ella debe adoptarse de un modo muy acotado.

Por último, en cuanto a la idea de que el incumplimiento es impermissible, en vez de estar meramente sujeto a un precio, el moralismo de Shiffrin la conduce a ignorar el peso de la descripción que Holmes hizo de los contratantes en *The Path of the Law*, como personas que se obligan a cumplir el contrato o a pagar los daños, descripción sobre la cual me detendré más adelante.

4.-

Resumo entonces la forma como evaluó la posición de Shiffrin:

a) La idea moralista es objetable, ante todo, por dos razones. La primera -que se aplica al moralismo en general- es que no explicita el argumento en virtud del cual la moral crítica,

a diferencia de la positiva, es necesaria para un buen funcionamiento del sistema legal. La segunda -que se aplica a Shiffrin en particular- es que no explicita por qué se descarta la moral consecuencialista para privilegiar al deontologismo (o, tal vez, a la ética de la virtud).

b) Es objetable la idea de que el contrato está vinculado a las promesas sólo partiendo de una definición de *contrato* que está acotada a los Estados Unidos.

c) No es objetable propiciar que el cálculo de consecuencias se realice en el momento del incumplimiento, y no de la celebración, del contrato, pero esta propuesta no contribuye a incentivar el cumplimiento de los contratos, porque no implica necesariamente un incremento de las sanciones.

d) Cuestionar que la parte inocente respecto del incumplimiento contractual deba minimizar los daños causados por ese incumplimiento es -otra vez- privilegiar sin argumentación al deontologismo por sobre el consecuencialismo.

e) Cuestionar el resarcimiento de los daños a la confianza no es objetable si uno está pensando exclusivamente en incentivar el cumplimiento de los contratos: en ese caso es correcto insistir en otorgar daños punitivos. El problema consiste en averiguar, sin embargo, si uno debe pensar *exclusivamente* en ese incentivo.

f) La aseveración de que el incumplimiento es impermisible, en lugar de estar sujeto a un precio, parece tomarse como obvia, y -por esa razón- resulta nuevamente subargumentada.

Hay una objeción más seria a la posición moralista de Shiffrin, que he dejado para el final precisamente porque es una objeción que surge de la moral misma. Como hace

notar Barbara Fried, en los Estados Unidos las partes raramente exigen en el contrato su cumplimiento específico. (14) Si esto es así, imponer de toda forma ese cumplimiento iría en contra de la autonomía de las partes, y no respetar la autonomía de las partes es comportarse de un modo moralmente objetable (especialmente para el deontologismo).

Pero, podría contra-argumentarse, ¿no tiene límites el respeto a la autonomía de las partes?: ciertamente lo tiene en la medida en que el ejercicio de esa autonomía cause un daño no consentido a un tercero. Sin embargo, optar o no por el cumplimiento del contrato es una facultad de las partes que claramente se encuentra dentro de los límites de su autonomía. Hay una diferencia, no obstante, que conviene explorar, y es la que existe entre un sistema contractual como el de Estados Unidos, que respeta la soberanía de los contratantes, y un sistema contractual como el argentino, que no lo hace en la misma medida.

En Estados Unidos las reglas establecidas legalmente sólo tienen como objeto llenar las lagunas contractuales, esto es, tienen sólo el alcance de reglas de *default*, como ya he dicho. Hay dos opciones que se destacan entre aquellas disponibles para diseñar las reglas de *default*. La primera de ellas invoca explícitamente la autonomía de las partes: las reglas de *default* deben reflejar lo que las personas razonables hubieran acordado. (15) La segunda trata de incentivar a las partes a revelar una mayor información antes de la celebración del contrato, y a evitar -así- el uso de las reglas de *default*. Esta opción se denomina el *default* punitivo, y diseña las reglas del modo menos atractivo para las partes, de modo que ellas se esfuercen para que no deban ser empleadas.(16) Adviértase que esta segunda opción no desdeña la autonomía de las partes: lo que hace es

incentivarlas para que ejerciten esa autonomía en el momento de la celebración del contrato, reduciendo -o eliminando- las lagunas contractuales. Shiffrin, en cambio, parece sugerir la actitud -moralmente objetable desde su propia posición deontológica- de prescindir de la autonomía de los contratantes e imponerles, directamente, la opción de que el contrato debe cumplirse, sea ésta o no su opción favorita.

En Argentina las reglas contractuales distan de ser reglas de *default*, y esto indica -por supuesto- que la noción del *default* punitivo queda excluida desde un comienzo. La solución más adecuada -a mi juicio- sería restaurar la autonomía de las partes, regresando al sistema originalmente concebido en el Código Civil, y esto no lo sugiero sólo desde un punto de vista moral. Como dice Shavell

desde una perspectiva económica general, es deseable permitir que las partes contraten como lo desean, en ausencia de efectos externos o falta de información en una de las partes del contrato. (17)

De no adoptarse esta sugerencia, desde luego, la única opción disponible es remedar en la ley lo que se supone que las partes hubieran decidido.

II. *La posición eficientista.*

1.-

Al abandonar la posición moralista y pasar a concentrarnos en la eficiencia no se encuentra una posición monolítica respecto del cumplimiento del contrato. Conviene detenerse un momento aquí en uno de los artículos recientes de mayor influencia, escrito por Steven Shavell. Ante todo, él cuestiona la posición moralista con buenos argumentos, y comienza su objeción distinguiendo entre contratos completos e incompletos. Porque él

creo que la promesa que se supone que debe ser honrada es aquella en la cual las partes consideraron el tema de manera completa, y esto no acontece en el área contractual, en la cual resulta obvio que las partes no suscriben contratos completamente detallados. Puesto que los contratos son incompletos, y no resuelven de manera explícita muchas contingencias que pueden presentarse en su ejecución, no se puede decir automáticamente que una persona ha prometido hacer una cosa particular en una contingencia problemática -no prevista explícitamente en el contrato- incluso aunque el contrato imponga, en un sentido formal, la obligación de ser cumplido. (18)

Ya con anterioridad Shavell había objetado la aplicación de la moral (de la moral *deontológica*, adviértase bien) a la teoría de los contratos, sugiriendo que ella podía perjudicar a todas las partes contratantes . El motivo es muy sencillo: el moralista (nuevamente, nótese que aquí se identifica al moralista con el moralista *deontológico*) se concentra en el carácter del acto, y no en sus consecuencias. No atiende entonces a los efectos de las normas jurídicas, ni al bienestar de las partes. (19)

Habiendo dispuesto así de la posición moralista (deontológica) Shavell se concentra en el eficientismo, y su idea central consiste en distinguir entre dos tipos de contratos: contratos para producir nuevos bienes, o para proporcionar servicios, por una parte, y contratos para transmitir la propiedad de bienes ya existentes, por la otra. En los primeros, sugiere indemnizar los daños a la expectativa, puesto que el cumplimiento del contrato enfrenta diversas desventajas en términos de eficiencia: a) el vendedor se vería obligado a cumplir aunque el cumplimiento fuera muy costoso, y excediera el valor del contrato para el comprador; b) para evitar el problema anterior los vendedores deberían

adoptar precauciones que también son muy costosas; c) incluso si el vendedor lograra convenir la rescisión, la propia rescisión sería muy costosa, y d) también es muy costosa la ejecución de una obligación de hacer. Las propias partes contratantes, entonces, preferirían aquí daños a la expectativa frente al cumplimiento del contrato, puesto que este último haría descender el valor conjunto del contrato. (20)

En el segundo tipo de contratos, en cambio, la cosa a transmitir ya existe, de donde la única incertidumbre que enfrenta el vendedor es la de recibir una oferta mayor de parte de un tercero. Por otra parte, en este tipo de contratos existe en cambio el riesgo de que el valor de la propiedad a transmitir sea subestimado por los tribunales; ambos factores motivan a Shavell a preferir en estos casos el cumplimiento del contrato. (21) El argumento que voy a proporcionar más adelante para preferir el cumplimiento del contrato no descansa sustancialmente -en cambio- en la división empleada por Shavell. (22)

2.-

En realidad, son muchos los argumentos eficientistas que no emplean el recurso de la división entre tipos de contratos. Sin apelar a esa división, por ejemplo, es posible sostener que el cumplimiento del contrato es el método más adecuado para alcanzar la meta de la compensación, puesto que le otorga al prometido exactamente aquello por lo que él ofertó. La parte inocente es compensada de manera completa, sin ningún riesgo de que se la compense de más o de menos, con la ventaja adicional de que este tipo de compensación cumple con el requerimiento de que los daños contractuales deben ser previsibles y ciertos. (23)

Desde luego que hay también desventajas evidentes en esta forma de compensación. El promitente -con alta probabilidad- efectuará su tarea a desgano cuando sea obligado a hacerlo, al par de que el cumplimiento defectuoso puede ser difícil de probar ante un tribunal: los jueces deberá dedicar más tiempo y recursos a supervisar un cumplimiento determinado de lo que ellos dedicarían a diseñar y hacer cumplir una indemnización monetaria de daños (aunque tampoco debe minimizarse las dificultades que envuelve para el tribunal la evaluación de los perjuicios). Sin embargo, es la parte inocente la que posee mejor información acerca de la probabilidad de que el cumplimiento del contrato se realice de manera defectuosa (24), de modo que debería dejarse librado al inocente el reclamar este tipo de compensación (¿forzaría alguien a un neurocirujano a practicar contra sus deseos una intervención cerebral?).

Pero, más allá del riesgo que conlleva un neurocirujano desgano, ¿no implica la exigencia de cumplir el contrato una invasión injustificada al ámbito de la libertad personal?. No en todos los casos, sin embargo, y justamente no en aquellos en los cuales es más probable que la parte inocente la requiera. Por ejemplo, si se trata de un contrato de compraventa, sea de bienes fungibles o únicos, o si la tarea específica debe llevarla a cabo una sociedad por medio de sus dependientes: (25) en ninguno de estos casos parece existir una invasión al ámbito de la libertad personal.

Sin basarse en una división de los contratos, entonces, el argumento descansa aquí en la circunstancia de que el cumplimiento del contrato proporciona a la parte inocente la indemnización exacta, sin exceso ni defecto: le proporciona precisamente aquello que ella contrató.

Suele considerarse una afirmación obvia la de que el cumplimiento del contrato no debe ordenarse cuando él es imposible, pero lo que no es obvio es establecer el alcance mismo de la imposibilidad. Supongamos que el vendedor tiene grandes dificultades en contratar un seguro en caso de que ocurra una huelga, mientras que el comprador no tiene ninguna dificultad en conseguir el producto de otros vendedores en caso de incumplimiento de su contrato. La huelga se lleva a cabo y el juez entiende que, ante la situación fáctica de ambas partes, es imposible para el vendedor cumplir con el contrato. Esta no parece una auténtica imposibilidad, sin embargo: si el vendedor no paga ninguna compensación, o paga una compensación insuficiente, él carece de todo incentivo para evitar inconvenientes a la contraparte. Los contratantes están en condiciones de saber que pueden ocurrir contingencias que transformen el cumplimiento en auténticamente imposible, o en muy costoso, y pueden establecer excusas en el propio contrato.(26) La imposibilidad que invalide el cumplimiento de un contrato, entonces, debe definirse de un modo plausiblemente rígido. (En todos estos casos, por supuesto, estoy suponiendo que el incumplimiento de una de las partes, como suele ocurrir, ocasionó un daño a la otra parte).

3.-

Después de haber examinado las ideas ajenas voy a exponer ahora mi propia posición eficientista y comienzo con una mínima precisión terminológica. Supongamos que dos personas, x e y , se encuentran en la situación A, pero que es posible para ellas pasar a la situación B. Tanto x como y , a su vez, estarían mejor en B de lo que lo están en A, según su propia estimación. En este caso, se dice que la situación B es Pareto-superior

respecto de la situación A, y se sostiene que, si el acuerdo de x e y es necesario para pasar de A a B, una exigencia racional exige que ambas personas acuerden para hacerlo.

Adviértase que en este caso no se ha efectuado ninguna comparación interpersonal de utilidad entre x e y , lo cual requeriría una escala común de utilidad entre ambas: tanto x cuanto y juzga que -de acuerdo a su propia escala- estará mejor en B que en A. Pero adviértase también otra cosa: puesto que tanto x cuanto y sostienen que en B tienen mayor utilidad que en A, si el resto de las cosas permanece constante hay más utilidad en el mundo en la situación B de lo que la había en la situación A. En otras palabras: adviértase que el criterio de Pareto produce ganadores, pero no perdedores.

El criterio de Pareto está concebido en términos de utilidad, pero yo voy a utilizarlo a veces con una modificación, empleando dinero -y no utilidad- como la unidad de comparación. Antes de que se objete este cambio me apresuro a aclarar de que lo hago inspirado en la idea de Bentham de que

a cada partícula en materia de riqueza corresponde una partícula en materia de felicidad... (D) e dos personas que tengan fortunas desiguales, el legislador debe considerar como teniendo más felicidad al que tiene más riqueza. (27)

Y con igual premura aclaro que no estoy ignorando la ley de la utilidad marginal decreciente. Como dijo Marshall

la satisfacción que una libra le ocasiona a un hombre pobre es mucho mayor que la que le ocasiona a un hombre rico. (28)

Lo que afirmo es -sencillamente- que el incremento en riqueza produce en alguna

medida un incremento en la utilidad, y -por supuesto- que ambas no pueden estar en una relación inversa. La ventaja principal de esta modificación es que, aunque se discute si pueden efectuarse comparaciones interpersonales de utilidad, nadie duda de que se pueden efectuar comparaciones interpersonales de riqueza.

Veamos entonces la idea que había prometido. Ante todo, es muy claro que los motivos que existen para celebrar un contrato no son necesariamente los mismos que existen para formular una promesa. En el contrato el motivo central de ambas partes es el mismo: alcanzar una situación que sea mejor para ellas que la situación precontractual: precisamente por eso recurren al contrato, el cual permite alcanzar una situación Pareto-superior. En las promesas el motivo no tiene por qué ser igual para ambas partes: si una de ellas promete por altruismo, el motivo de la otra posiblemente no sea altruista. No digo que el altruismo no pueda generar una utilidad, y no afirmo, entonces, que la situación post-promesa no pueda ser en este caso Pareto-superior, en el sentido tradicional del criterio. Pero no necesita serlo, y el criterio de Pareto no tiene por qué aplicarse a las promesas.

Para que el criterio de Pareto sea aplicable a los contratos, a su vez, es necesario que las partes puedan practicar su cálculo de utilidad (y yo sugiero que lo harán -al menos parcialmente- aplicando el dinero como unidad de medida). Pero para ello tienen que saber qué es lo que va a ocurrir en definitiva con el contrato, esto es, tienen que saber que ocurrirá en la etapa posterior a su celebración en términos de cumplimiento. Si el contrato se celebra en t_1 para cumplirse en t_2 , lo que le interesa a las partes es saber si la situación que ocurrirá en t_2 será Pareto-superior respecto de la que ocurre en t_1 . Ambas partes

creen que la situación será Pareto-superior en t_2 si el contrato se cumple, y por eso mismo contratan. Pero si el contrato no se cumple, ¿seguirá siendo Pareto-superior la situación en t_2 ?

Si se exige el cumplimiento del contrato usualmente la situación seguirá siendo Pareto-superior (aunque habrá que descontar los costos de imponer su cumplimiento), pero existen algunas objeciones posibles a esta afirmación. La primera de ellas recuerda que puede producirse este caso: x e y contratan la compraventa de una casa, que x le vende a y en t_1 en \$100.000. En t_2 , sin embargo, x ha recibido una oferta de \$120.000 por la casa de parte de w : x no está mejor cumpliendo el contrato en t_2 de lo que lo estaría incumpléndolo. Esto es cierto, pero no creo que se trate de una objeción atendible. Llamemos A a la situación precontractual, B a la situación post-contractual de cumplimiento y C a la situación post-contractual de incumplimiento en la que x decide aceptar la oferta de w . El contrato afecta a x y a y , puesto que w no es parte en la situación original. Respecto de las partes contratantes, B es Pareto-superior respecto de A: C no puede tomarse en cuenta para evaluar la eventual superioridad de B, puesto que C involucra a otras partes, en este caso a x y w (amén de y , que padece el incumplimiento contractual y está peor a consecuencia de ello).

Una segunda objeción, en cambio, puede resultar atendible. Nuevamente, han contratado x e y la compraventa de un objeto determinado, por el cual y le pagará a x \$100.000. Sin culpa de x la transferencia del objeto se torna extremadamente gravosa para él (el objeto, por ejemplo, se encuentra en un país vecino que establece de manera sorpresiva un derecho de exportación muy alto sobre él), mientras que y está en

condiciones de obtener un objeto similar a un precio ligeramente superior al original pactado en el contrato. Ahora, a diferencia de lo que pensaron las partes en t1, la situación en t2, genuinamente, ya no es Pareto-superior respecto de la primera.

Llamemos -otra vez- A a la situación que ocurre en t1, B a la situación en t2 en la que el contrato se cumple, y C a la situación, también en t2, en la que el contrato no se cumple. A diferencia de lo que acontecía en el caso anterior, aquí es posible comparar a A con B y con C, puesto que las partes involucradas son las mismas. Supongamos que y consiga un nuevo objeto (o que x se lo consiga), a la vez similar al que deseaba y a un precio similar: en este caso el incumplimiento del contrato produce una situación Pareto-superior respecto de su cumplimiento: C es Pareto-superior respecto de B. ¿Por qué exigir aquí entonces el cumplimiento del contrato?

Alguien podría pensar que, a diferencia de lo que dije en el apartado 1 de esta sección, estoy aplicando aquí la distinción que formula Shavell entre contratos para transmitir la propiedad de bienes ya existentes y, por ejemplo, contratos para proporcionar servicios. No es así, sin embargo, y lo muestro ahora con un caso del segundo tipo de contratos. Supongamos que x es un cirujano de prestigio que se compromete a operar a y por la suma de \$100.000. Pero x vive en otro país, y los vuelos entre el país en que reside x y el país en el que debe operar a y se interrumpen súbitamente. La única alternativa para x es viajar en barco, pero esto le ocasiona muy serios trastornos en su agenda médica, mientras que y puede conseguir un cirujano de calidad similar por un precio no muy distinto del pactado con x . Nuevamente en este caso C vuelve a ser superior a B. (Nótese que los dos ejemplos en los que podría excusarse el

cumplimiento del contrato son ejemplos de caso fortuito o de fuerza mayor, lo que muestra su excepcionalidad).

Estoy de acuerdo en que hay casos en los cuales el cumplimiento del contrato podría no producir una situación Pareto-superior, y estos ejemplos parecen mostrarlo; claramente, estoy de acuerdo en que el contrato no debe cumplirse si el incumplimiento es Pareto-superior respecto del cumplimiento. Recuérdese una vez más que lo que los contratantes buscan es concluir en una situación Pareto-superior: si el incumplimiento contractual es Pareto-superior respecto del cumplimiento, la racionalidad misma que sustenta la práctica contractual obliga a preferir aquél por sobre éste. Pero lo que hay que tener en cuenta es que para que C sea realmente superior a B la indemnización por incumplimiento que recibe el prometido debe ser una indemnización adecuada. Por eso mismo lo que me preocupa es esto: ¿qué tipo de remedio debe emplearse cuando no va a exigirse el cumplimiento contractual?. (Adviértase que en los ejemplos que acabo de proporcionar la legislación podría decidir que no se empleara remedio alguno, precisamente por ser ejemplos de caso fortuito o de fuerza mayor, y -sin ese remedio- C no sería Pareto-superior respecto de B). Aquí creo que se debe ser muy cuidadoso con la solución que se proponga.

4.-

Comencemos con la solución más usual, que es la indemnización al daño a la expectativa. Yo no la aceptaría como remedio supletorio general, y el motivo es muy sencillo: ¿quién va a calcular el daño a la expectativa?. Normalmente, se piensa que el tribunal es quien efectuará ese cálculo, y aquí comienzan mis reservas. Muchos autores

han observado con razón que existe una probabilidad de que la expectativa sea subestimada. (29), para no hablar de las expensas legales en las que incurre la parte inocente, (30) ni de la falta de consideración por el valor subjetivo asignado al cumplimiento. (31) Por otra parte, muchos daños, como por ejemplo los daños incidentales, son difíciles de evaluar monetariamente (32), y algo peor ocurre todavía cuando la parte que incumple el contrato no tiene recursos como para pagar los daños a la expectativa, hayan sido o no subvaluados. (33)

Con la indemnización del daño a la expectativa diseñada de este modo, ¿cómo pueden saber las partes en t_1 que la situación en t_2 resultará para ellos Pareto-superior?. Y si no pueden saberlo, ¿cuál es el motivo que ellas tienen para suscribir el contrato?. (Ya sé que las partes pueden efectuar un cálculo de probabilidades, y que ese cálculo es el que se efectúa ahora en el mundo real, pero lo que sugiero es diseñar un sistema mejor, en el sentido de que proporcione una mayor certidumbre).

Para mantener en este tipo de casos de incumplimiento la superioridad paretiana, sin necesidad de imponer el cumplimiento del contrato, existe una solución: que las partes calculen ellas mismas el daño a la expectativa e incluyan los resultados del cálculo en el contrato. Este cálculo no es complejo ni excede -por lo tanto- la capacidad cognitiva de las partes. Lo que ellas deben mensurar es el valor de su expectativa en caso de incumplimiento por la otra parte; como la expectativa tiene primariamente un valor subjetivo, la parte afectada es la que está en mejores condiciones de calcularlo. Si el daño que se calcula es muy elevado, alguien podría sostener que -en realidad- el contrato establece daños punitivos. No tengo inconveniente alguno con esta afirmación,

simplemente porque no objeto los daños punitivos *per se*, como dije antes. Lo que objeto es otra cosa: que se interprete al daño punitivo como un medio de resaltar la incorrección moral de quien incumple, como sostiene Shiffrin. El daño punitivo tiene una función diferente: crear una situación potencial que las partes contratantes consideren Pareto-superior respecto de la situación precontractual. En rigor, el daño punitivo puede cumplir también otra función: si este tipo de daño se incluye en el contrato, y la víctima amenaza a quien incumple con aplicarlo, esta es una manera indirecta de obtener -por la vía de la amenaza- el cumplimiento mismo el contrato. (34) O puede considerarse también como el pago de un seguro realizado en favor de la parte inocente por la parte culpable. (35) El precio de este seguro -en tanto constituye una cláusula inserta en el contrato- debe ser libremente convenido por las partes, sin que los tribunales lo modifiquen por considerarlo elevado. (36)

Esta es la posición ortodoxa que defienden usualmente los economistas, quienes creen que la modificación judicial de los contratos celebrados entre partes sofisticadas puede justificarse en términos de eficiencia sólo si el monopolio -o alguna otra condición similar- crea externalidades tales que el contrato celebrado no es socialmente óptimo. Sin embargo, hay autores que piensan que las partes a menudo se equivocan al celebrar el contrato, y que los jueces realizan un buen trabajo al identificar y rectificar esos errores. Las cláusulas punitivas, según esta idea, podrían ser invalidadas en dos situaciones: a) cuando han surgido eventos inesperados, que las partes no anticiparon al contratar, y -en estas circunstancias- una cláusula de ese tipo compensa exageradamente a una de las partes, y b) cuando la parte beneficiaria de la cláusula se ha comportado de un modo

oportunista. (37) Mi desacuerdo con esta posición deriva del hecho de que sigo creyendo que la intromisión de los jueces en el área contractual dificulta el cálculo paretiano, especialmente cuando se piensa que una buena razón para creer que las circunstancias eran inesperadas deriva del hecho de que la cláusula compensa de manera exagerada. (38) En este caso, desde luego, la distinción entre lo esperable y lo inesperable colapsa por completo: basta que la cláusula sobre-compense para que se infiera de ello lo inesperable de los resultados de la cláusula en cuestión, cuando bien puede formar parte de la estrategia de los contratantes la inclusión del daño punitivo.

Claro está que no estoy sugiriendo que -necesariamente- ese cálculo concluya estableciendo una suma precisa de dinero. Será igualmente efectivo que el contrato establezca un procedimiento detallado que permita arribar a esa suma en el momento de la ejecución.

Esta solución no es original puesto que parece descansar en la distinción, que ya he mencionado, entre contratos completos e incompletos: lo que se requiere a las partes es que calculen ellas mismas el daño potencial del incumplimiento e incluyan ese cálculo en el contrato. El incentivo para hacerlo es muy claro, por otra parte: eliminar la incertidumbre creada por la intervención del tribunal en la estimación de ese daño y crear a la vez las condiciones para poder establecer confiablemente si se producirá o no en t_2 (momento de la ejecución del contrato) una situación que sea paretianamente superior a t_1 (momento de la celebración del contrato). Alguien podría describir mi propuesta, entonces, simplemente como un alegato en favor de la completitud de los contratos, y en cierto modo lo es. Pero hay algo más en mi sugerencia que esto.

Lo que estoy diciendo no es sólo que las partes prevean las contingencias del incumplimiento contractual. Además de esto, estoy requiriendo otras dos cosas, una de ellas de la legislatura y la otra de los tribunales: a) la legislatura debería limitarse a dictar normas de *default*, sin invadir la esfera de autonomía de las partes, y b) los tribunales deberían respetar las cláusulas convenidas por las partes. En esta área la conducta de los tribunales es de especial importancia. Puede resultar chocante para un tribunal que las partes hayan convenido una indemnización elevada para caso de incumplimiento incluso en circunstancias en las que se configura el caso fortuito o la fuerza mayor, como ocurre en los ejemplos que he brindado. Pero si las partes no están afectadas por alguna incapacidad, y si las circunstancias contractuales excluyen la posibilidad de error, dolo o violencia, (39) lo que digo es que la voluntad de las partes no puede ser reemplazada por la voluntad del tribunal. Para las partes puede constituir una situación paretianamente superior en t_2 que se indemnice incluso el caso fortuito o la fuerza mayor. Ellas efectuaron el cálculo en t_1 , al momento de la celebración del contrato, y es ese cálculo el que las llevó a contratar. Si el tribunal reemplazara ese cálculo por el suyo, ¿cómo sabrían las partes que ellas terminarían en una situación Pareto-superior?.

5.-

Pero tal vez mi propuesta para calcular la eventual superioridad paretiana enfrente una objeción. En cualquier contrato el prometido preferirá que la exigencia del cumplimiento específico esté incluida en el contrato, y el promitente preferirá lo contrario. Siendo esto así, el prometido tendrá que pagar un precio mayor para asegurarse el consentimiento del promitente. (40) Desde luego que si el contrato -de

hecho- resulta cumplido sin inconveniente alguno, el prometido hubiera estado en una situación Pareto-superior respecto de la que obtuvo si no hubiera existido la cláusula y él hubiera pagado un precio menor.

Al momento de celebrar el contrato el prometido enfrenta una situación de riesgo y calcula, sin duda, el grado de posibilidad que existe respecto de un incumplimiento contractual. Si el contrato se cumple, la situación que resulta de ello será Pareto-superior, pero ¿qué ocurrirá si el contrato no se cumple?. En este caso, el prometido puede haber incorporado al contrato una cláusula indemnizatoria que lo deje a él en una situación similar a la del cumplimiento, pese a que el contrato no contenga la exigencia del cumplimiento específico. En efecto: el prometido puede haber estimado una indemnización que él considere adecuada. Pero si las dos situaciones en las que concluye el prometido son -como he dicho- similares, el precio que él debe pagar en ambos casos será también similar. La única manera de que el prometido pague un precio menor es aquella en la cual, además de abstenerse de incluir en el contrato la exigencia del cumplimiento específico, el prometido también se abstiene de estimar la indemnización. En este caso, sin embargo, el prometido no sabe si el incumplimiento, seguido de la indemnización calculada por el tribunal, lo dejará en una situación Pareto-superior. ¿Compensa este riesgo el precio menor que paga el prometido?. No hay una respuesta aplicable a cualquier contrato, y que provenga de las exigencias de la racionalidad. La respuesta depende del grado de aversión al riesgo del prometido: si él desea tener la certeza de que va a alcanzar una situación Pareto-superior como resultado del contrato, y no solamente la alta probabilidad de alcanzarla, entonces debe exigir la incorporación al

contrato, o bien de la cláusula de cumplimiento, o bien de la cláusula que estima la indemnización, o de ambas (y pagar por ellas).

Lo que estoy sugiriendo, entonces, es lo siguiente: a) que salvo casos excepcionales en los cuales pueda mostrarse que el cumplimiento del contrato no conduzca a una situación Pareto-superior, los contratos deben cumplirse; b) que cuando el contrato no se cumple, y el incumplimiento debe ser reemplazado por una indemnización monetaria, esa indemnización sea la que las partes establecieron en el contrato y c) que si esa indemnización contempla situaciones de caso fortuito o de fuerza mayor igual sea respetada por el tribunal la voluntad de las partes sobre estos temas.

Esta idea no necesita de ninguna división en los contratos como la que propone Shavell para distinguir si el cumplimiento debe ser exigido. Depende un punto de partida distinto: si el motivo para contratar es alcanzar una situación paretianamente superior, el derecho contractual no debe impedir -o perturbar- el cálculo necesario para que las partes sepan que van a alcanzar una situación tal. Para saber si B (la situación que se alcanza en t_2) es paretianamente superior a A (la situación en la que se encuentran las partes en t_1) lo que las partes pueden calcular confiablemente es lo que ocurrirá si el contrato se cumple, y la indemnización exacta que percibirán si no se cumple. Cualquier otro cálculo las conduce a una situación de incertidumbre acerca de la aplicación del criterio de Pareto, situación que crearía un desincentivo para contratar.

El sistema que estoy proponiendo permitiría el cálculo paretiano brindando seguridad jurídica. Muchas veces se entiende a la seguridad jurídica como la previsibilidad de las decisiones de los tribunales, y no estoy necesariamente en contra de

esta acepción. Pero las partes estarán jurídicamente más seguras si los tribunales, en materia contractual, se limitan a respetar las decisiones de las partes, en lugar de innovar con las suyas (aunque ellas sean a veces previsibles).

Desde luego que las partes pueden optar por un contrato incompleto, tal vez preocupadas por los costos de transacción; en este caso, ellas mismas deciden afrontar el riesgo de que el tribunal evalúe el daño producido por el incumplimiento. Además de ello, las partes deberán tomar en cuenta que en el caso de los contratos incompletos el tribunal no indemnizará el incumplimiento debido a caso fortuito o fuerza mayor, ya que los tribunales emplean una ética deontológica (usualmente incorporada en la legislación).

En resumen, mi argumento es este: se contrata para alcanzar una situación Pareto-superior, y para ello las partes deben ser capaces de efectuar un cálculo comparando al menos dos estados posibles de cosas. El cálculo comprende dos opciones: a) el contrato se cumple, y b) el contrato no se cumple y se recibe en cambio la indemnización prevista de manera subsidiaria. Más allá de estas dos opciones el cálculo sería imposible, por lo cual también sería imposible saber con certeza si el contrato permitiría alcanzar una situación Pareto-superior. Cuando Holmes decía que los contratantes se comprometían a cumplir o a pagar los daños tenía razón. Lo que y agrego son dos cosas: a) que usualmente debe imponerse el cumplimiento, y b) que cuando eso no ocurra, los daños deben estar mensurados en el contrato mismo.

6.-

Para concluir, quiero enfrentar una última objeción posible: cuando x e y celebran el contrato ambas conocen las dos opciones disponibles, puesto que ellas están

incorporadas al contrato: cumplir o pagar los daños. Si en ambos casos tanto x cuanto y piensan que se logrará una situación Pareto-superior, ¿por qué privilegiar el cumplimiento sobre la indemnización mensurada en el contrato? Mi respuesta es la siguiente: respecto de una situación determinada, digamos A, puede haber más de una situación Pareto-superior a ella, digamos B y C. Llamemos A al momento de la celebración del contrato, B al cumplimiento y C al pago de los daños por incumplimiento. Tanto B como C son Pareto-superiores respecto de A, pero esto no las convierte en indiferentes. Supongamos que x e y comienzan en la situación A con un patrimonio de \$100 cada uno, que en B terminarían con \$500 cada uno y en C con \$200 cada uno. B y C son Pareto-superiores respecto de A, pero a x y a y no les es indiferente terminar en B o en C. Me parece que lo mismo pasa en el derecho contractual: cuando se mencionan las opciones disponibles siempre se comienza con la hipótesis del cumplimiento, y esto no es un accidente sino una muestra de que las opciones disponibles se encuentran en un orden jerárquico. Es ese orden el que está reflejado en la afirmación de Holmes a la que ya me he referido:

El deber de cumplir con un contrato significa en el common law que usted debe pagar los daños si no lo cumple - y nada más. Si usted comete un ilícito extracontractual es responsable del pago de una indemnización. Si usted suscribe un contrato, es responsable de pagar una indemnización a menos que el contrato se cumpla, y esta es toda la diferencia. (41)

Puede advertirse que la afirmación contiene implícitamente un orden, y que carecería de sentido invertirlo y afirmar que las partes se comprometen a pagar la

indemnización o a cumplir con el contrato. En otras palabras: las preferencias de las partes arrancan con el cumplimiento del contrato, y sólo de manera subsidiaria se prefiere la indemnización de los daños.(42)

Tal vez podría parecer que ocurre lo contrario en el caso de que se hayan fijado daños punitivos muy elevados, pero no creo que sea así. Supongamos que x -como vendedor- contrata con y una compraventa, en la que y exige un daño punitivo elevado en el caso de que x no entregue la cosa que fue objeto del contrato. ¿Prefiere y los daños punitivos a la entrega?. No lo creo: el daño punitivo muy elevado cumple exactamente la función contraria, esto es, constituye un poderoso incentivo para que x entregue la cosa. Puesto que y lo sabe, su insistencia en incluir este tipo de daño sólo revela su interés especial en el cumplimiento del contrato.(43)

He ofrecido este argumento dentro del marco de una posición eficientista, obviamente tomando en cuenta la eficiencia paretiana, y lo he hecho -además- contrastándola con la posición moralista. El contraste lo he presentado, sin embargo, principalmente como un recurso didáctico, porque -como muchos autores han reconocido- el propio eficientismo es un tipo de teoría moral (44) : es una teoría moral consecuencialista, que considera a la utilidad como lo bueno. Lo que la separa del utilitarismo, en todo caso, es que no requiere necesariamente aceptar la existencia de comparaciones interpersonales de utilidad. (Si se acepta mi idea de vincular la utilidad con la riqueza las comparaciones interpersonales pueden efectuarse, como vimos, sin dificultad alguna). Más que cuestionar una posición moralista -a secas- entonces, lo que he hecho es cuestionar una posición moralista deontológica, y sugerir su reemplazo por

una moral que tenga en cuenta a las consecuencias.

NOTAS

- (1) SEANA VALENTINE SHIFFRIN, “The Divergence of Contract and Promise”, *Harvard Law Review*, vol.120, pag.717.
- (2) SHIFFRIN, cit., pags.718/719.
- (3) SHIFFRIN, cit., pag.709.
- (4) SHIFFRIN, cit., pag.724.
- (5) SHIFFRIN, cit., pag.725.
- (6) SHIFFRIN, cit., pags. 722/723 y 749.
- (7) SHIFFRIN, cit., pag.723.
- (8) SHIFFRIN, cit., pag.724.
- (9) El Código Civil Francés define al contrato en su artículo 1101, diciendo:”El contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan respecto de una o varias otras, a hacer o a no hacer alguna cosa”.
- (10) El Código Civil Argentino define al contrato en su artículo 1137,diciendo: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos”.
- (11) CHARLES FRIED, “The Convergence of Contract and Promise”, *Harvard Law Review: Forum*, vol.120, pags.7/8.
- (12) WILLIAM BISHOP, “The contract-tort boundary and the economics of insurance”, en Victor P. Goldberg (ed.), *Readings in the economics of contract law*”, Cambridge University Press, 1989, pag.95.

(13) Empleo esta terminología dado que analizo aquí un tema de teoría general del contrato basado en una doctrina que también la utiliza. Pero no hay inconveniente en traducirla de este modo: el daño a la confianza se corresponde aproximadamente con el daño emergente, el daño a la expectativa incorpora el lucro cesante, y el daño punitivo se aproxima a la cláusula penal.

(14) BARBARA H. FRIED, “Whats Morality Got to Do With It?”, *Harvard Law Review: Forum*, vol.120, pag.54.

(15) CHARLES FRIED, *Contract as Promise*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981, pag.73.

(16) IAN AYRES & ROBERT GERTNER, “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, *Yale Law Journal*, vol.99, pags.91, 93 y 97.

(17) STEVEN SHAVELL, “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis”, *Texas Law Review*, vol.84, number 4, pag.865.

(18) SHAVELL, cit., pags.865/867.

(19) LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *Fairness and Welfare*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002, pags.182 y 189/190.

(20)SHAVELL, cit., pags. 832/833 y 846.

(21) SHAVELL, cit., pags. 833 y 851/852.

(22) Ulen divide los contratos en base a otro rasgo: contratos cuyo quebrantamiento trae aparejado altos costos de transacción y contratos cuyo quebrantamiento trae aparejado bajos costos de transacción. Para los primeros sugiere indemnizar monetariamente, y para los segundos imponer el cumplimiento del contrato. Pero sostiene -a la vez- que

normalmente los costos de transacción serán bajos, de donde el cumplimiento del contrato debería ser el remedio usual. THOMAS S. ULEN, “The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies”, *Michigan Law Review*, vol.83, pag.351.

(23) El argumento es de ALAN SCHWARZ, “The Case for Specific Performance”, *Yale Law Journal*, vol.89 (1979), pags.274/275.

(24) SCHWARZ, cit., pags.277 y 293. Ulen muestra, además, que sólo en un conjunto reducido de contratos los costos de supervisión son elevados. ULEN, cit., pags.398/399.

(25) SCHWARZ, cit., pag.297.

(26) Cfr. el argumento en ERIC A. POSNER, “Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?”, *Yale Law Journal*, vol.112 (2003), pags.848/849.

(27) JEREMY BENTHAM, “Pannomial Fragments”, en John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tate, 1843, vol.III, pags.228/229.

(28) ALFRED MARSHALL, *Principles of Economics*, Amherst, NY, Prometheus Books., 1997, pag.130.

(29) SHAVELL, cit., pag.834. En el mismo sentido, cfr. MARK R. REIFF, *Punishment, Compensation, and Law*, Cambridge University Press, 2005, pag.108.

(30) CHARLES FRIED, “The Convergence...”, cit., pag.6.

(31) ULEN, cit., pag.366.

(32) SCHWARTZ, cit., pag.276.

(33) SHAVELL, cit., pag.855.

(34) ANTHONY T. KRONMAN, “Specific Performance”, *The University of Chicago*

Law Review, vol.45, pag.374.

(35) ULEN, cit., pag.351.

(36) ROBERT E. SCOTT & GEORGE G. TRIANTIS, “Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law”, *Columbia Law Review*, vol.104, number 6, pags.1432, 1434, 1456 y 1476. Es interesante advertir que en el caso de los contratos comerciales Scott y Triantis -pags-1477 y 1486/1487- recomiendan directamente su cumplimiento específico, y sugieren prohibir a los tribunales que lean en el contrato cláusulas alternativas de conclusión que no hayan sido explícitamente convenidas en él.

(37) Cfr. el argumento en MARK P. GERGEN, “A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts”, *Indiana Law Journal*, vol.71, number 1.

(38) GERGEN, cit.

(39) Estoy dejando deliberadamente afuera al instituto de la lesión, respecto del cual tengo serias objeciones, las que no voy a considerar aquí puesto que exceden el límite de este trabajo.

(40) KRONMAN, cit., pag.366.

(41) OLIVER WENDELL HOLMES, “The Path of the Law”, en *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1920, pag.175.

(42) Pero Holmes es ambivalente en este aspecto. Por una parte acepta que “cuando la gente celebra un contrato, usualmente contempla el cumplimiento más que el quebrantamiento”. Pero, por la otra, sostiene que el contrato implicaría una suerte de esclavitud limitada si la ley forzara su cumplimiento, en especial en los casos de prestación de servicios. Y recuerda que “la única consecuencia universal de una promesa

legalmente obligatoria es que el derecho hace que el promitente pague daños si el evento prometido no ocurre.” OLIVER WENDELL HOLMES Jr., *The Common Law*, New York, Barnes & Noble, 2004, pags.184/185.

(43) Cfr. la cita de KRONMAN en la nota 34.

(44) CHARLES FRIED, “The Convergence...”, cit., pag.4