

La muerte del contrato*

Grant Gilmore

Introducción

Se nos ha dicho que el Contrato, al igual que Dios, está muerto; y en efecto lo está. De hecho, ya no vale la pena seguir discutiendo sobre este punto. Los líderes del movimiento “El contrato ha muerto” siguen diciendo que el Contrato, al estar muerto, ya no constituye una materia digna de estudio. Los estudiantes de Derecho deberían ser librados de la obligación de cumplir con ejercicios anticuados relativos a la teoría de la contraprestación (*consideration*).^{*} Los académicos deberían dirigir su atención hacia alguna otra dirección, ahora que el hecho de la muerte ha sido confirmado. Deberían observar el escenario actual y escribir una descripción de lo que ven. Deberían comprometerse con un análisis sociológico, antes que con una síntesis histórica o filosófica.

Si de hecho es cierto que el Contrato estuvo vivo y coleando en el siglo diecinueve, y que ha estado atravesando una muerte lenta estos últimos cincuenta años, probablemente la pregunta más urgente que podemos hacernos y hacer a nuestros estudiantes es: ¿qué le sucedió a la teoría de la contraprestación? En cualquier caso, ésta y otra serie de preguntas relacionadas son las cuestiones que me propongo discutir en esta disertación.

* Título original “The death of contract”, originalmente publicado en The Ohio State University Press, 1974. El presente trabajo es una traducción resumida. Traducido al español por Daniel Levi, Abogado (Universidad de Buenos Aires), Máster en Finanzas (Universidad del CEMA), y profesor adjunto de Contratos en Particular (Universidad de Palermo).

· [N. del T.: El término *consideration* es propio del derecho contractual del sistema de *common law*, y no tiene una traducción equivalente para el derecho continental. Según el contexto, a veces se lo ha traducido como objeto, causa o contraprestación. Para la presente traducción, entendemos que el concepto que mejor representa lo que el autor pretende explicar es el de “contraprestación” y es el que se utilizará a lo largo de este trabajo.]

I. Los Orígenes

El *common law* se comportó bastante bien durante varios siglos, sin que nadie advirtiera la existencia de eso que llamamos derecho contractual. De modo que, antes de ingresar en el misterio de la muerte del contrato, deberíamos tomarnos un tiempo para estudiar un misterio aún mayor, el de saber cómo es que nació.

En términos del profesor Lawrence Friedman, deberíamos retener como idea central que el concepto de derecho contractual general es una categoría residual –es decir, lo que quedó luego de que todo el resto de las áreas “especializadas” del derecho fueron unificadas– y bastante abstracta, en estrecha relación con el libre mercado de la teoría económica clásica. En efecto, si nos pidieran ubicar al derecho contractual dentro del espectro legal, asumo que muchos de nosotros lo ubicaríamos en el área del usualmente llamado derecho comercial. Sin embargo, hasta fines del siglo dieciocho, no existía un derecho especial para el comercio, ya que éste fue uno de los legados que dejó la revolución industrial. Este derecho vino a saciar una necesidad. Y, de hecho, se instaló con gran rapidez. En tan solo cincuenta años, los lineamientos principales de lo que llamamos derecho comercial se hicieron explícitos y se pusieron en marcha muchos de sus detalles secundarios.

Ahora bien, para el juez Joseph Story, por ejemplo, nunca existió un derecho contractual general, sino un conjunto de áreas jurídicas especializadas que regulaban los varios aspectos de las transacciones comerciales que, con la revolución industrial, asumieron una importancia mayúscula en nuestra vida social y económica. De hecho, Story, en su prolífica carrera, escribió tratados sobre casi todas estas áreas jurídicas particulares, pero jamás se le ocurrió escribir un tratado sobre contratos.

Sin darle demasiadas vueltas al asunto, hemos asumido generalmente que el contrato vino primero, y luego, con el tiempo, las distintas especialidades –los valores negociables, la compraventa, los seguros, etc. – se fueron desprendiendo del tronco principal. La verdad parece ser que fue totalmente al revés. Las especialidades se desarrollaron mucho antes de que a alguien se le ocurriese la necesidad de contar con una teoría general de los contratos.

Yo le adjudico al decano Langdell el casi inadvertido descubrimiento de la teoría general del contrato. Fue a través de su libro pionero sobre casos de contratos (que surgió justamente hace un año), donde por primera vez se puede ver al contrato, en términos del profesor Friedman, como una abstracción. Los tres capítulos principales de su libro se titulaban: Consentimiento mutuo, Contraprestación, y Contratos condicionales.

Langdell, en realidad, no hizo mucho más que lanzar la idea de que existía –o debía existir– algo así como una teoría general del contrato. A la teoría en sí le dieron forma sus sucesores –principalmente Holmes, desde un aspecto eminentemente filosófico, y Williston, en un aspecto académico más meticuloso. Cumplida esta primera tarea, ahora podemos volver a una cuestión mucho más interesante que es la de especular sobre por qué la idea de Langdell, brillantemente reformulada por Holmes, tuvo el éxito fabuloso que tuvo, y no se perdió en el olvido como cientos de otras mejores ideas que Langdell produjo en su momento.

La teoría parece haber estado dedicada a la proposición de que, idealmente, nadie debería ser responsable ante nadie por nada. Dado que ese ideal no era atendible, la solución a la que se llegó por consenso fue intentar restringir la responsabilidad dentro de los límites más estrechos posibles. Es importante destacar en este punto que, de acuerdo a Holmes, la responsabilidad extracontractual, al igual que la responsabilidad contractual, debería ser acotada con criterio. Aunque los motivos por los cuales evolucionó la teoría general de la responsabilidad civil fueron distintos, lo cierto es que dicha teoría se desarrolló en simultáneo con la teoría general del contrato. De hecho, la proposición que, idealmente, nadie debería ser responsable ante nadie por nada, surge mucho más dramáticamente de las exposiciones de Holmes sobre daños en general en su libro *The Common Law*, que de aquellas que efectúa más adelante sobre contratos. Holmes comienza su argumento criticando la Teoría Jurídica de Austin, que concibe al derecho como una sanción que funda la responsabilidad en una falta “personal”. Su propuesta alternativa es que la responsabilidad debería estar basada en una falta “objetiva” del agente dañoso, que consiste en no haber ajustado su conducta a los estándares aceptados por la comunidad.

Pero, ¿de dónde surge esta curiosa idea? A este respecto, es justo decir que la teoría del contrato no surgió como resultado natural de un desarrollo jurisprudencial continuo, sino que representó un quiebre absoluto con el pasado, incluso con el pasado reciente. De hecho, para lograr esto se utilizó de forma masiva cualquier recorte y parte de casos jurisprudenciales, viejos y nuevos, que pudiese ajustarse a la nueva teoría. Dichos casos fueron rápidamente promovidos a estatus de *leading cases* y ajustados a medida. En términos generales, sin embargo, la teoría fue desde sus orígenes, y continuó siéndolo a lo largo de su vida, una abstracción inmaculada. Su hábitat natural fueron las facultades de derecho y no los tribunales. Más aún, siguiendo esta línea, no debe perderse de vista el hecho –crucial– de que la teoría fue un suceso instantáneo y espectacular. En su forma más “pura”,

la teoría puede no haber existido nunca fuera de las aulas de Harvard, pero generaciones de abogados, jueces y profesores crecieron con la creencia de que la teoría era cierta; y estamos convencidos, por más que suene absurdo, que dicha teoría condiciona nuestros actos.

La pieza central de esta gran máquina fue la teoría de la contraprestación (*consideration*). Una fórmula que se tornó de moda, puesta en términos de pérdidas y beneficios. Si un promitente recibía algún beneficio de una transacción, entonces existía una contraprestación suficiente para que tuviese obligación de cumplir con su promesa. De igual forma, si una persona que era destinataria de una promesa sufría una pérdida por ello, eso era una contraprestación suficiente para exigir el cumplimiento de la promesa. Así, cualquier beneficio y pérdida era suficiente. La única clase de promesas cuya ejecución forzosa sería denegada era la promesa gratuita.

Sin embargo, con Holmes nació una nueva idea. Para él, no existía “contraprestación” a menos que “las partes hubieran acordado algo al respecto”. Con esta fórmula holmesiana, la contraprestación se volvió una herramienta para limitar la responsabilidad contractual. De esta manera, toda la doctrina del contrato se volvía progresivamente “formal y externa”. A menos que las formalidades se hubieran cumplido, no habría contrato y, por tanto, tampoco responsabilidad.

La reformulación de la teoría de la contraprestación en términos de negociación –un compromiso convencional recíproco– se reflejó en una serie de proposiciones subsidiarias o eslóganes, todos los cuales, tomados seriamente, ofrecían salidas para escapar de la responsabilidad contractual. Una de ellas era que no podía existir un “acuerdo para contratar” –es decir, una obligación para negociar un contrato de buena fe; la jaula contractual no se cerraba hasta el último momento. Otra, es que debía haber “obligaciones recíprocas” – o se obligaban ambas partes o no se obligaba ninguna.

El problema fue que los hombres de negocios, al tratar de adaptarse a circunstancias cambiantes, siguieron haciendo las cosas de otra manera. Y la teoría general requería que, siempre y en todas partes, las cosas permanecieran tal como siempre habían estado, en teoría.

II. Evolución

A lo largo del capítulo anterior, decíamos que Holmes y sus sucesores reemplazaron con un enfoque “objetivista” de la teoría del contrato el

enfoque “subjetivista” que los tribunales habían estado siguiendo, de forma aparentemente casi instintiva y sin mucho razonamiento. En este punto, debemos preguntarnos qué implicó el cambio de lo “subjetivo” a lo “objetivo”, qué diferencia causó –si alguna– en los resultados a los cuales debían llegar los tribunales, y qué relación tuvo esta mentada nueva teoría de “objetivismo” con los lineamientos principales de la teoría general del contrato.

El estandarte central del pensamiento jurídico de Holmes era que el proceso inevitable de la evolución legal iba *desde* una línea de salida, en la cual los principios del derecho se basaban o derivaban de juicios acerca de faltas morales subjetivas, o acerca de la culpabilidad, *hacia* un línea de llegada en la cual el contenido moral original de un determinado principio habrá prácticamente desaparecido, y donde las intenciones subjetivas de las partes se habrán vuelto irrelevantes. El derecho se movía desde lo “subjetivo” hacia lo “objetivo”, desde lo “interno” hacia lo “externo”, desde lo “informal” hacia lo “formal”.

En este contexto, esta forma de pensar establece una gran diferencia acerca de cómo explicar los resultados de los casos jurisprudenciales. Si la “intención real de las partes” fue relevante, entonces cada caso se vuelve una larga investigación fáctica acerca de cuál fue la verdadera “intención”, qué fue lo que las partes “entendieron” realmente, qué fue lo que “creyeron”, etc. Si, por el contrario, nos restringiésemos a lo “externo” (lo que las partes “dijeron” o “hicieron”), entonces la investigación fáctica estará muy simplificada, y con el tiempo podría incluso ser desechada, en tanto los tribunales vayan acumulando precedentes sobre tipos recurrentes de “conductas” permisibles y no permisibles. Bajo este proceso, las cuestiones originalmente percibidas como “de hecho”, se vuelven cuestiones “de derecho”. Concebida ampliamente, la versión holmesiana de la teoría de la contraprestación es la ilustración clásica de este enfoque: las cuestiones sobre “lealtad”, “buena fe”, “coacción”, “fraude” y similares, son analizadas como cuestiones de derecho bajo uno u otro de los aspectos de la teoría consensual de la contraprestación. Del mismo modo, la objetivación convierte el área vaga y nebulosa del “error” en una cuestión de derecho.

La consecuencia de aplicar la teoría objetiva a dichas áreas del derecho, como en el caso del error, fue la restricción del margen dentro del cual el error podría ser esgrimido como una excusa. Es decir, ya no era suficiente que yo estuviera subjetivamente equivocado, incluso respecto de algún aspecto fundamental del contrato. Para poder librarme del contrato (o para demostrar que el contrato nunca fue celebrado) yo

debía demostrar que mi error era justificable o excusable a la luz de los estándares generalmente aceptados por la comunidad. Al restringir el margen de disponibilidad de dichas excusas, como el error, nos movemos hacia el ideal de la responsabilidad absoluta, que fue una de las ideas básicas de esta gran teoría.

Ningún sistema jurídico llevó alguna vez a la práctica una teoría de la responsabilidad contractual absoluta. Nuestro propio sistema, durante el siglo diecinueve, probablemente, fue el único que proclamó alguna vez dicha teoría. Esta regla general podría explicarse de la siguiente manera, tal como lo hace el juez Morton, del tribunal de Massachusetts: “Donde el derecho impone un deber para todos, un accidente inevitable puede excusar la falta de cumplimiento, dado que el derecho no requerirá de una parte aquello que, sin ninguna culpa de su parte, se volvió incapaz de cumplir. Pero allí donde una parte en un contrato asume o crea voluntariamente una obligación o una carga sobre sí misma, queda obligada a dicho contrato, y la falta de cumplimiento del mismo no podrá excusarse por accidente o necesidad inevitable, dado que, si hubiera deseado tener dichas excepciones, las debería haber previsto en el contrato”.

Sin embargo, vuelvo a insistir en este punto: la idea de la responsabilidad absoluta fue muchas veces reivindicada, pero raramente aplicada. La idea de la responsabilidad absoluta fue tomada con mucho entusiasmo e incorporada a la estructura por los artesanos de la gran teoría. A primera vista, esto puede parecer sorprendente, si es cierto que, tal como sugerí, la punta de lanza de la teoría fue confinar la responsabilidad a los límites más estrechos posibles. Si esto fuera así, ¿por qué no empezar por dificultar el ingreso al contrato (bajo la reformulación de la teoría de la contraprestación), para luego facilitar su salida (bajo una teoría excusatoria amplia)? Nos enfrentamos, sin embargo, con el hecho de que los teóricos del siglo diecinueve aceptaron al mismo tiempo una teoría restringida de la contraprestación y una teoría restringida de la excusa, mientras nos enfrentamos con el hecho de que, en nuestro propio siglo, la ruptura de la teoría decimonónica de la contraprestación tuvo su paralelo en la ruptura de la teoría de la responsabilidad absoluta.

La idea de la responsabilidad absoluta fue presentada *in tandem* con la idea de que los daños contractuales debían ser admitidos en forma reducida y ser totalmente diferenciados de los daños extracontractuales. De hecho, un enfoque restrictivo respecto de la reparación parece ser un componente necesario para cualquier idea de responsabilidad absoluta.

III. Ocaso y caída

Lo primero que debemos decir aquí es que la teoría general del contrato nunca estuvo tan arreglada, ordenada y unificada en el mundo real como se la hizo aparecer en los anales de jurisprudencia, en los tratados y en el *Restatement* (sin perjuicio de que diremos más sobre el *Restatement* en este capítulo). Esta unidad aparente fue alcanzada a través de lo que podríamos llamar un manejo extremadamente selectivo de casos jurisprudenciales.

Sin embargo, en sus propios términos, la teoría del contrato, tal como fue formulada por Holmes y Williston, parece haber caído en su período de destrucción casi desde el mismo momento de su nacimiento. He tomado a Holmes y Williston como los responsables del diseño y ejecución de la gran teoría. Resulta tentador poner a Cardozo y a Corbin contra ellos, como los ingenieros de la destrucción. El ataque de Cardozo fue sutil, mientras que el ataque de Corbin fue más evidente. El ataque de Corbin a la teoría de la contraprestación es esencialmente una demostración de que el modelo holmesiano estaba equivocado —equivocado respecto de los hechos históricos (sobre los cuales había cometido un error) y también respecto de la política social (que es una cuestión totalmente diferente).

Ahora debemos lidiar con el misterioso episodio de los *restatements*. El proyecto de *Restatement* puede ser tomado como una reacción casi instintiva del *establishment* legal de aquellos tiempos al ataque de los llamados “realistas”. Lo que los realistas atacaban, salvaje y exitosamente, era la idea esencialmente langdelliana de que los casos pueden ser manipulados para tener sentido, más precisamente, sentido científico. La solución radical a la destrucción del sistema jurisprudencial que los realistas habían traído a la luz debía ser una legislación que cubriera todos los frentes, una codificación bethamiana universal. La respuesta conservadora que, vista como una acción retardadora, fue absolutamente exitosa, consistió en la aprobación del *restatement* de los contratos, los daños, la propiedad y demás.

Williston y Corbin fueron incuestionablemente las influencias intelectuales del *restatement* de los contratos, y su participación conjunta fue sin duda —teniendo en cuenta que tenían visiones encontradas en casi

* [N. del T.: Los *Restatements of Law* son una serie de repertorios sobre diversos temas jurídicos, publicados en Estados Unidos, que buscan uniformar y comunicar a jueces y abogados los principios generales del *common law*. A la fecha de publicación de esta traducción han existido tres series de *Restatements*, todas ellas publicadas por el *American Law Institute*. El *Restatement (first) of Contracts*, se publicó en 1932, mientras que el *Restatement (second) of Contracts*, si bien comenzó a trabajarse varios años antes (y sobre dichos borradores está basado este trabajo de Gilmore), se terminó de publicar en 1981.]

todos los puntos del derecho— lo que le dio un carácter esquizofrénico, convirtiéndolo en un documento fascinante.

Me he referido a la esquizofrenia del *Restatement*. Es hora de desarrollar esta idea. La primera evidencia de ello se encuentra en la definición de contraprestación que hace el *Restatement* (Sección 75), tomada conjuntamente con la sección más celebrada del documento (la Sección 90, titulada “Promesa que razonablemente induce una acción definitiva y sustancial”).

Primero, la Sección 75 estipula:

- (1) La contraprestación para una promesa es*
- (a) un acto distinto de una promesa, o*
 - (b) un compromiso de no hacer, o*
 - (c) la creación, modificación o destrucción de una relación jurídica, u*
 - (d) otra promesa, negociado/a por, y otorgado/a a cambio de la promesa.*

(2) La contraprestación puede ser otorgada al promitente o a alguna otra persona. Puede ser otorgada por el destinatario de la promesa o por alguna otra persona.

Esto es, por supuesto, Holmes puro. Si bien él no fue parte del proyecto de *Restatement*, si alguna vez hubiera prestado atención a la Sección 75, no sería difícil imaginarlo pensando en cómo su enseñanza revolucionaria de 1880 se convirtió en la ortodoxia cincuenta años después.

Ahora veamos la Sección 90:

Una promesa por la cual el promitente debería esperar razonablemente inducir una acción o una omisión de carácter definitivo y sustancial en la parte del destinatario de la promesa, y que induce dicha acción u omisión, es ejecutable si sólo mediante dicha ejecución puede evitarse una injusticia.

Lo que queda claro después de leer ambas secciones, es que estas dos proposiciones contradictorias no pueden convivir cómodamente: al final, una terminará devorándose a la otra. Varios años atrás, Corbin me dio su versión acerca de esta combinación poco atractiva. Resulta que un tiempo después de que la teoría holmesiana ganara aceptación universal, la Corte

de Apelaciones de Nueva York, durante el período de Cardozo, siguió su propia línea. Las opiniones contractuales de Cardozo, tomadas en conjunto, expresan lo que podría llamarse una teoría expansiva del contrato. Para él, los tribunales deberían interpretar que existen contratos en todos los lugares posibles, en vez de hacer lo contrario. Así, las cláusulas omitidas podrían ser integradas por el juez. Si faltase una promesa expresa, podría hallarse fácilmente una promesa implícita. Desde esa óptica, el término contraprestación era tan amplio que devenía un sinsentido.

Ahora volvamos a los debates suscitados respecto de la contraprestación en el *restatement*. Corbin, quien había estado muy influenciado por Cardozo, propuso a los redactores del *Restatement* lo que podríamos llamar una definición cardozeana de la contraprestación –amplia, vaga y, esencialmente, sin sentido–, una definición que para el common law sería el equivalente al concepto de causa. En el debate, Corbin y los cardozeanos perdieron frente a Williston y los holmesianos. Sin embargo, la cuestión no quedó allí, porque Corbin volvió al ataque y presentó a los redactores un listado de casos –cientos, tal vez miles– en los que los tribunales habían adjudicado daños contractuales bajo circunstancias en las cuales, de acuerdo a la definición de los redactores, no habría contraprestación, y por tanto no habría responsabilidad.

Para Holmes estos eran casos malos y, lo cierto, es que hacia el final del siglo diecinueve su teoría estricta de la contraprestación había logrado, excepto en Nueva York, gran aceptación. Sin embargo, aun así, al parecer muchos jueces no estaban preparados para tratar con total indiferencia a demandantes que, por confiar en ciertas representaciones de sus contrapartes, sin la protección de un contrato formal, habían sufrido pérdidas. Y en ese sentido, tuvieron que buscar una solución, o al menos una nueva terminología. En esa situación, el término que viene instintivamente a la mente de cualquier juez es, por supuesto, el *estoppel*¹ –que es una manera simple de decir que, por razones que al tribunal no le interesa mucho discutir, debe fallarse a favor de la parte actora. Lo cierto es que a partir del 1900 el término “*estoppel*”, en sus diversas variantes, comenzó a aparecer con creciente frecuencia en las sentencias.

A raíz de estos antecedentes, los redactores del *Restatement*, para no abrir nuevamente el debate respecto de la contraprestación, prefirieron dejar tal como estaba la Sección 75, agregando en su lugar una nueva sección (la Sección 90), que incorporaba la idea del *estoppel*, sin mencionar la palabra.

¹ [N. del T.: El término “*estoppel*” es propio del derecho contractual del *common law* y no tiene una traducción equivalente en derecho continental. Sin embargo, en este caso, preferimos utilizar a lo largo del trabajo el término original en inglés, dado que se trata de un término ampliamente conocido y utilizado en el ámbito jurídico.]

Lo interesante es que la Sección 90 es casi la única sección del *Restatement* que no tiene ningún comentario de los redactores.

Más allá de esta cuestión puntual, lo que interesa a nuestro análisis es que, en cada uno de los puntos en que Williston (desde el lado de la teoría de la responsabilidad absoluta) y Corbin tenían opiniones encontradas, el *Restatement* quedó curiosamente confuso o empañado, apuntando equívocamente en todas las direcciones desde un comienzo. De esta manera, podemos decir que el *Restatement* quedó suspendido entre el pasado y el futuro, que sin duda es lo mejor que podría haber sucedido. El futuro, por supuesto, triunfó, como siempre sucede, y durante los últimos cuarenta años hemos presenciado el efectivo desmantelamiento del sistema formal de la teoría clásica del contrato. Hemos sido testigos de lo que no sería disparatado describir como una explosión de la responsabilidad.

En los capítulos anteriores he sugerido que las características esenciales de la teoría clásica eran la limitación de los supuestos de responsabilidad bajo la reformulación de la teoría de la contraprestación, la aceptación, dentro de esos límites, de la idea de responsabilidad absoluta, y un enfoque restrictivo o negativo sobre la adjudicación de grandes indemnizaciones. Ahora veamos qué sucedió con cada uno de esos tres pilares.

En las primeras discusiones jurídicas en torno a la Sección 90, había una presunción general de que el principio contenido en esa sección debía aplicarse en general, aunque no siempre, en situaciones que podríamos llamar no-comerciales. Sin embargo, con el paso del tiempo se vio una gradual expansión de la sección 90 como principio de aplicación para muchas situaciones comerciales. Este desarrollo jurisprudencial fue reflejado de una manera fascinante en el llamado *Restatement (Second) of Contracts*.

Sin embargo, antes de ingresar en el *Second Restatement*, debemos preguntarnos: ¿Por qué era necesario que hubiese una segunda serie de *Restatements*? ¿Qué sucedió para que las presunciones e ilusiones de la primera generación de reformistas no fuesen más sostenibles para sus sucesores en el *Second Restatement*?

Desde 1930, hemos presenciado una revolución mundial, tanto científica, social, económica y política. Quienes han vivido dicho período no pudieron escapar de la infección del virus revolucionario, sin importar que pudieran verse a sí mismos como los continuadores de la vieja escuela. Analizaremos el *Second Restatement* como un símbolo de ese proceso infeccioso.

Por otra parte, el sistema jurídico basado en la jurisprudencia pura, que los primeros reformistas vislumbraron e intentaron preservar, no fue preservado. Irónicamente, el *American Law Institute* participó de una de

las violaciones más importantes que se han cometido contra dicho sistema hasta ahora, al patrocinar el *Uniform Commercial Code*. El trabajo de codificación continúa presionando fuertemente contra los pocos lugares en los cuales la tradición del *common law* todavía prevalece, y casi con seguridad podemos decir que, en una o dos generaciones más, el proceso de transición desde un sistema jurisprudencial puro hacia un sistema legislativo puro estará totalmente completo.

En el *Second Restatement*, el hijo bastardo del *First Restatement* se convirtió en el “principio general” que, en caso de duda, prevalece sobre la “teoría consensual” clásica. Ahora queda claro que el principio de la Sección 90 se aplica tanto en contextos comerciales como en los no-comerciales. De esta manera, la ambigüedad no resuelta del *First Restatement* entre la Sección 75 y la Sección 90, terminó resolviéndose a favor del *promissory estoppel* de la Sección 90, el cual, en efecto, acabó devorándose al principio consensual de la Sección 75.

Sin embargo, esto no quedó sólo allí. Originalmente, la idea del *promissory estoppel* era utilizada para proteger a los demandantes que, al confiar en representaciones precontractuales o no-contractuales de la otra parte, habían sufrido pérdidas, pero sin haber generado beneficios a la otra parte. Una nueva discusión comenzó a darse en torno a, precisamente, si un demandante tenía derecho a una compensación por los “beneficios generados” a terceros. Esta idea del “beneficio generado” puede aparecer en situaciones que nada tienen que ver con obligaciones contractuales asumidas voluntariamente (por ejemplo, el caso del extraño que pone fertilizante en mi fundo, y como resultado de ello crece una gran cosecha, o el caso de un médico que presta servicios a un hombre inconsciente que muere sin recuperar el conocimiento) o en situaciones contractuales donde el demandante ha cumplido parcialmente con su prestación (por ejemplo, el trabajador contratado por un año que abandona a los nueve meses, o el constructor que deja la obra sin terminar). ¿Debo pagar por el fertilizante? ¿Debe la sucesión del muerto pagar los servicios del médico? ¿Debo pagarle al empleado por los nueve meses trabajados? ¿Debo pagarle al constructor por el trabajo realizado? La respuesta de la teoría clásica a estas preguntas hubiera sido, por supuesto, que no. Para la teoría clásica las personas que fertilizan el campo de otro o que juegan al buen samaritano son “intermediarios oficiosos”, voluntarios que no están protegidos ni siquiera por los principios generales de equidad. Asimismo, los demandantes que no cumplieron totalmente con su prestación contractual no tienen derecho a ningún tipo de compensación.

Como puede suponerse, el rechazo a otorgar compensaciones en casos de “beneficios generados” fue sufriendo un giro gradual. La dificultad que tuvieron los tribunales para lidiar con esos casos puede verse en la variedad de explicaciones ofrecidas por los jueces para justificar los fallos a favor de los demandantes. Así, aparecieron justificaciones como el “enriquecimiento indebido” (*indebitatis assumpsit*), las ideas del “contrato impuesto por ley” o el “cuasi-contrato”, y la regla del “cumplimiento sustancial”. Este desarrollo accidentado está claramente reflejado para nosotros en una nueva sección agregada al *Second Restatement* (la Sección 89A, titulada “Promesa por beneficio recibido”). Sin embargo, en este punto, el *Second Restatement* peca de la misma cualidad esquizofrénica por la cual el *First Restatement* fue tan destacado. Es de esperar, no obstante, que los perspicaces redactores, al tener que lidiar con cuestiones novedosas de incierta evolución, hayan querido tratar estos temas de forma ambigua a propósito, de modo que, en un *Third Restatement*, este nuevo principio florezca tal como lo hizo la Sección 90 del *First Restatement*.

Por otra parte, también sugerí en un punto anterior que la idea de la responsabilidad absoluta fue muy aclamada pero rara vez aplicada. Esto puede verse, por ejemplo, en ciertos casos de locaciones de obra o contratos de construcción, donde lo que sucedía era que la estructura, estando casi completa, se derrumbaba o se incendiaba, sin ninguna culpa atribuible al constructor. Al principio, los jueces fallaban a favor del dueño de la obra, argumentando que el constructor no podía deslindarse de responsabilidad a menos que lo hubiera pactado expresamente en el contrato. Hacia fines de siglo los tribunales lograron inventar una excepción que, dadas las características de la industria de la construcción en Estados Unidos, neutralizaba la “regla general” de la responsabilidad absoluta. Así, la “regla general” sólo pasó a aplicarse a casos en los cuales el constructor asumía él mismo la construcción de la totalidad de la obra, pero no a casos donde se trataba de reparaciones o transformaciones de estructuras existentes; o a casos donde intervenían distintos gremios en la construcción (como sucede en casi todos los casos hoy en día), en cuyos procesos los tribunales admitían que los constructores cobrasen por el trabajo realizado.

La ley de compraventas es otra área interesante en la cual puede verse en la práctica un escape a la teoría de la responsabilidad absoluta. Al principio, en las compraventas, se admitía que los vendedores se excusaran de cumplir si, previo traslado del riesgo al comprador, las cosas se destruyeran o se dañaran sin culpa del vendedor. Sin embargo, en este punto a los compradores se los trataba con mayor rigor que a los vendedores. Así, por ejemplo, si la

fábrica del comprador se destruía, de modo que ya no tenía ningún uso útil para las cosas compradas, el comprador no podía excusarse de pagar, los tribunales entendían que “nunca es imposible pagar el dinero”. La liberación para los compradores vendría tiempo después, a través de la instauración de la regla de la “oferta perfecta” (*perfect tender*), por la cual se entendía que si el vendedor se desviaba mínimamente de la calidad, cantidad o tiempo de entrega de las cosas ofrecidas, entonces el comprador estaba excusado de cumplir, sin importar el grado de desviación.

Existían así diversas formas de evitar la responsabilidad absoluta en la práctica, mientras se la continuaba aclamando en la teoría. Sin embargo, más allá del desmoronamiento de la “teoría”, la idea misma de la responsabilidad absoluta ya había comenzado a derrumbarse tiempo atrás, incluso un poco antes en Inglaterra que en Estados Unidos. Tradicionalmente, la cuestión de las excusas en razón del cambio de circunstancias se discutía en términos de “imposibilidad”. Existía un acuerdo bastante general acerca de que la imposibilidad “objetiva” de cumplimiento (distinguida de la “subjetiva”) operaba como liberación de la obligación. A poco de comenzar el nuevo siglo, el término “frustración” comenzó a utilizarse en reemplazo del término “imposibilidad”. Así, la idea de la responsabilidad absoluta fracasaba desde un comienzo, porque el concepto de “frustración” tornaba obsoleto el argumento de que las partes, cuya obligación principal bajo un contrato es pagar, no podían excusarse porque “nunca es imposible pagar el dinero”. Ahora, la teoría de la “frustración” permitía, incluso, liberar a dichas partes. De esta manera, si la “frustración” permitía, por cuestiones que van más allá de la “imposibilidad objetiva”, liberar a las partes que debían pagar, entonces las partes que debían cumplir una obligación de hacer también debían poder liberarse por menos que eso. Y así sucedió que, al tiempo que el concepto de frustración permitió aligerar los argumentos excusatorios, lo mismo sucedió con el concepto de error. Se dice que, en definitiva, el “error” y la “frustración” son ahora dos maneras diferentes de decir lo mismo.

Y así como las teorías excusatorias se fueron expandiendo, lo mismo sucedió en paralelo con las indemnizaciones por incumplimiento. En la doctrina estadounidense se ha convertido en verdad de Perogrullo decir que el “cumplimiento específico” (*specific performance*), que alguna vez fue un remedio excepcional, se fue transformando rápidamente en la orden del día. Y en la edición actual de Williston se muestra una cantidad impresionante de casos en los cuales los tribunales adjudican daños punitivos en acciones “contractuales”, sin siquiera reconvertirlas en acciones por daño extracontractual. La vieja fórmula que adjudicaba la indemnización

en función del diferencial entre el valor de la cosa prometida en el contrato y el valor de mercado al momento del incumplimiento, perdió terreno, y en su lugar ahora se aplica el lucro cesante como si fuera una rutina.

Hemos completado así nuestra investigación acerca de la corta y feliz vida de la teoría general del contrato, que tuvo como mucho un año de vigencia. Es tiempo ahora de ver qué tipo de respuesta podemos dar a la pregunta con la cual comenzamos: ¿Qué sucedió con la teoría de la contraprestación? Y, para ello, en primer lugar, ¿de dónde surgió la teoría de la contraprestación?

IV. Conclusiones y especulaciones

Mientras la teoría general del contrato crecía rápidamente hacia fines del siglo diecinueve, el daño había sido siempre nuestra categoría residual para la responsabilidad civil. En tanto las reglas del contrato se disuelven, estamos volviendo nuevamente a lo mismo. Debe destacarse que la teoría de daños en la cual el contrato está siendo reabsorbido es una teoría de la responsabilidad mucho más expansiva que la teoría de daños de la cual el contrato fue artificialmente separado cien años atrás.

Hemos tenido más de una ocasión para advertir la insistencia de los teóricos clásicos acerca de la estricta diferenciación entre daño contractual y daño extracontractual, el rechazo a admitir cualquier responsabilidad contractual en tanto no se hubieran cumplido los requisitos formales de la oferta, la aceptación y la contraprestación. El dogma de que sólo los costos o beneficios “acordados” pueden contar como contraprestación y, notablemente, la limitación en la reparación del daño.

Con la expansión de las ideas del cuasi-contrato y del enriquecimiento sin causa, la teoría clásica de la contraprestación se violó por el lado de los beneficios. Con la expansión de la idea del *promissory estoppel*, se violó por el lado de las pérdidas. Nos estamos acercando rápidamente al punto donde, para prevenir el enriquecimiento sin causa, cualquier beneficio recibido por un demandado debe ser compensado, a menos que, claramente se haya tratado de una donación, y cualquier pérdida razonable sufrida por un demandante, confiando en las representaciones de su contraparte, debe ser también compensada. Cuando este punto es alcanzado, ya no existe realmente ninguna distinción viable entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

Pareciéramos estar presenciando un fenómeno que, en la historia de las religiones comparadas, se llama “sincretismo” (la “reconciliación o unión

de creencias contrapuestas”). Alguna vez he sugerido a mis alumnos que un *Restatement* deseable en la educación jurídica sería fusionar los cursos del primer año de Contratos y de Daños, en un curso único que podríamos llamar “Contraños”. Si lográsemos llegar tan lejos, lo absurdo de intentar preservar la dicotomía decimonónica contratos-daños sería ya evidente, incluso para los profesores de derecho que escriben artículos de doctrina y tratados –la mente académica suele estar casi una generación detrás de la mente jurídica para captar estas cosas–.

En efecto, el ocaso y la caída de la idea decimonónica acerca de que la responsabilidad civil está, o debería estar, basada en la culpa u otras faltas subjetivas, coincide con el ocaso y la caída de la teoría decimonónica del contrato y la contraprestación que hemos estado describiendo en este texto. Ambas historias son, por supuesto, las dos caras de la misma moneda, que no es más ni menos que la “explosión de la responsabilidad”, manifiesta tal vez con mayor dramatismo en la responsabilidad civil general que en los contratos.

No obstante, todavía debemos proveernos de una explicación de lo que el contrato fue en primer término –en términos de la teoría general o clásica del contrato–, y, si hoy está muerto o agonizando, cuál fue la causa de su enfermedad.

La caída de la teoría general del contrato y, en cierto modo, de la economía del *laissez-faire*, pueden ser explicadas a partir de la transición desde el individualismo del siglo diecinueve al estado de bienestar moderno. Sin embargo, creo que existen factores legales más específicos que entran en la ecuación y que pueden ayudar a explicar por qué la teoría del contrato tomó la forma que tomó y por qué fue perdiendo gradualmente protagonismo en el imaginario jurídico.

Y en este sentido, a lo largo de la historia de la República el hecho de poder alcanzar un grado tolerable de uniformidad nacional en el derecho de fondo fue siempre una meta de presión para los *restatements* jurídicos. La uniformidad nacional al nivel de la jurisprudencia, en la república federal en que habíamos devenido a mediados del siglo diecinueve, requirió lo que podríamos llamar una purificación intensiva de los principios jurídicos. Casi instintivamente, las tan aclamadas facultades de derecho, lideradas por *Harvard Law School* de Langdell, parecen haberse encomendado a esta tarea por alrededor de cincuenta años, con espectaculares resultados. La idea básica de la revolución langdelliana parece haber sido que realmente existe una regla jurídica única, verdadera, universal y permanente; siempre vigente en todas partes, una suerte de misticismo absoluto. Para todos nosotros, debo decir, la idea parece absurda. Nosotros estamos impregnados de la idea de que el derecho es proceso, fluido, cambio; nuestro relativismo no

admite absolutos. Pero debo decir también que, de haber vivido cien años atrás, nosotros también hubiésemos sentido la atracción por la simplicidad del razonamiento jurídico de Langdell.

Para la lucha por una doctrina pura, nada pudo haber sido mejor que el contrato. Dado que nunca había habido una teoría general del contrato hasta ese momento, no había nada que coartara la libre imaginación creativa, ningún trasfondo histórico que deba ser respetado, ninguna maraña de vieja doctrina que debiese ser atravesada. Tal vez debamos, después de todo, reconocer a Langdell el grado de genialidad por su elección probablemente instintiva de un campo inexistente como vehículo para la demostración inicial de que el derecho es un principio, nada más que un principio (puro, absoluto, abstracto, científico, un sueño del paraíso de la lógica). Y una vez que el genio de Holmes se enlistó para llevar el proyecto adelante, la teoría resultante podía garantizar la satisfacción de lo que los nuevos tiempos requerían.

Éste fue un trabajo en lo que podríamos llamar el proceso de desintegración de la doctrina jurídica. Se trata de un proceso que, hasta ahora, nos ha resultado poco familiar. La reducción de los terrenos básicos del derecho a sistemas estancos y lógicamente coherentes de reglas y principios, fue la principal característica, en tanto fue el gran logro, de nuestra tradición jurídica del tardío siglo diecinueve y el temprano siglo veinte. Lo que sucedió con los contratos fue sólo una instancia especial de lo que sucedió en todos los ámbitos. La esperanza instintiva de los constructores del gran sistema fue, sin duda, que la futura evolución del derecho pudiera ser, sino controlada, al menos canalizada en una forma racional y ordenada. Esa esperanza demostró ser, en nuestro siglo de guerra y revolución, ilusoria. Los sistemas se desintegraron y no vemos, en el presente, ninguna posibilidad de volver a aglutinarlos nuevamente. Sin embargo, es posible aprender mucho más de un experimento fallido que de uno exitoso. Nuestra observación de cómo la teoría general del contrato se construyó y de cómo cayó puede dejarnos en una buena posición para cuando intentemos construir algo nuevo.

Tengo una idea final. Nos hemos acostumbrado a la idea de que, en la literatura y las artes, existen ritmos de clasicismo y romanticismo que alternan permanentemente. Durante los períodos clásicos, que son, generalmente, de breve duración, todo está bien arreglado, ordenado y lógico; los teóricos y los críticos reinan en el espectro; las reglas formales de estructura y composición están allí para ser aclamadas. Pero la estética clásica, una vez que ha sido formulada, generalmente se rompe y da paso a una agonía romántica prolongada. Los románticos desdeñan la exquisitez de las reglas del período precedente; ellos experimentan, improvisan; niegan la

existencia de cualquier regla; se revuelcan en el éxtasis de la auto-expresión. En la cúspide del período romántico, todo es confuso, mezclado, deforme y caótico, tanto como, en la mayoría de los casos, interesante. Luego, habiéndose consumido toda la energía romántica, vuelve una reformulación clásica, y así el ritmo continúa.

Tal vez debamos admitir la posibilidad de esa alternancia de ritmos en el proceso del derecho. Hemos atestiguado el desmantelamiento del sistema formal de los teóricos clásicos. Hemos atravesado por la agonía romántica (una experiencia particularmente inquietante para personas entrenadas y condicionadas intelectualmente, como son los juristas). Podría pasar que, en este siglo, algún nuevo Langdell esté preparado, esperando para devolvernos a los senderos de la rigidez, la disciplina, el orden y la bien-articulada teoría. El Contrato ha muerto, pero ¿quién sabe qué improbable resurrección nos espera al otro lado de la esquina?

