

El mito del incumplimiento eficiente*

Daniel Markovits** y Alan Schwartz***

I. Introducción

Un contrato se conforma típicamente a partir de un intercambio de promesas. Este trabajo responde a un creciente coro de reclamos que sostienen que el remedio estándar para el incumplimiento contractual –la indemnización de las expectativas– es injusto.¹ Estos reclamos se originaron en la academia pero están comenzando a progresar entre los tribunales y otros operadores del derecho. El reciente proyecto de *Restatement of Restitution* otorga a los tribunales discreción para reemplazar la indemnización de las expectativas del demandante por la restitución de las ganancias percibidas

* Título original “*The Myth of Efficient Breach*”, publicado en *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2010, Paper 93. 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).

** Profesor de Derecho, Universidad de Yale.

*** Profesor de Derecho, Universidad de Yale. Este trabajo se benefició de los comentarios surgidos en Georgetown Law School Philosophy of Contract Conference y de los Faculty Workshops realizados en University of Southern California Law School, Tel Aviv Law School y en Yale Law School. También agradecemos a Bruce Ackerman, Orin Bar-Gill, Hanoch Dagan, Christine Jolls, Gregory Keating, Daniel Klerman, Alvin Klevorick, John Mikhail, Jed Rubinfeld, Ariel Porat, Robert Scott, y Henry Smith por sus valiosos comentarios. Agradecemos a Taly Bialostocki y Jeremy Kessler por su destacada ayuda en la investigación.

¹ En la parte IV, más abajo, analizamos en detalle los argumentos que adelantamos para sostener esta posición. Estos argumentos se resumen aquí brevemente. [N. del T.: El término “indemnización de las expectativas” es la traducción escogida para el concepto de “*expectation remedy*” utilizado por los autores, que se refiere a la indemnización que tiene como finalidad resarcir el beneficio que la parte damnificada esperaba obtener del cumplimiento del contrato].

por el demandado, cuando cuestiones de justicia así lo requieren.² Este tipo de “indemnizaciones basadas en la ganancia” está comenzando a ser reconocido en Inglaterra y en Israel.³ Los tribunales estadounidenses también comienzan a manifestar un creciente disgusto por verse obligados a limitar la indemnización contractual a la pérdida sufrida por el damnificado cuando la parte incumplidora se ha beneficiado del incumplimiento.⁴

² El remedio de la restitución de la ganancia obtenida [N. del T.: los autores utilizan el término “*disgorgement*”, que es un remedio existente en el *common law* por el cual, bajo el fundamento del enriquecimiento sin causa, se obliga compulsivamente al incumplidor a restituir la ganancia que hubiera obtenido producto del incumplimiento] requiere que el promitente transfiera al prometido la ganancia obtenida producto del incumplimiento. El proyecto de *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*, 2005, en su inciso 39, (Tent. Draft No. 4), permite a los tribunales adjudicar este remedio cuando los principios de justicia así lo requieren, y cuando la indemnización de las expectativas resulta inadecuada. Un análisis profundo del redactor del proyecto, puede verse en Andrew Kull, “Disgorgement for Breach, the ‘Restitution Interest’, and the Restatement of Contracts”, en *Texas L. Rev.*, 79, 2001, p. 2021.

³ Para Inglaterra, véase, Ralph Cunnington, “The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract”, en *The Modern Law Review*, 71, 2008, p. 559. Para Israel, véase “*Adras Building Material Ltd v. Harlow & Jones GmbH*”, en *Restitution L. Rev.*, 3, 1995, p. 235.

⁴ Tradicionalmente, los remedios de restitución de la ganancia obtenida eran adjudicados sólo en una reducida clase de casos. P. ej., ese tipo de remedios podía ser aplicado en casos en los cuales la parte incumplidora violaba un deber fiduciario, o cuasi-fiduciario, que tenía hacia la víctima. Véase, p. ej., *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980) (donde se adjudica a la CIA la restitución de las ganancias obtenidas por un ex agente, por la publicación de un libro con cierta información clasificada, sin haber obtenido la previa autorización de la CIA, en violación a su contrato de empleo con dicha agencia); *Ajaxo, Inc. v. E*Trade Group, Inc.* 135 Cal. App. 4th 56-57, 37 Cal. Rptr. 3d 221 (2005) (donde se adjudica el remedio de restitución de la ganancia obtenida con relación al incumplimiento de un acuerdo de confidencialidad que regía secretos comerciales y otra información confidencial privada); *X-It Prods., L.L.C. v. Waler Kidde Portable Equip., Inc.*, 155 F. Supp 2d 557 (2001) (donde se señala que “los remedios de equidad”, lo que incluye la restitución de la ganancia obtenida, debería ser adjudicada en casos de “ganancias obtenidas en forma ilícita en una variedad de contextos, incluso el incumplimiento de una obligación fiduciaria o el incumplimiento de un contrato”, pero donde se sugiere que la adjudicación adecuada de este remedio depende de que se evidencie un caso de “manos sucias”). Otra clase limitada de casos, en los cuales el remedio de restitución de la ganancia obtenida ha sido históricamente adjudicado, tiene que ver con un incumplimiento de contratos para la venta de tierras, donde los tribunales, cuando no pueden adoptar el tradicional remedio del cumplimiento específico por razones técnicas, imponen a los vendedores incumplidores el deber de constituir un fideicomiso (*constructive trust*) con las ganancias obtenidas a partir de esta falta. Véase, p. ej., *Gassner v. Lockett*, 101 So. 2d 33 (Fla. 1958) (donde se impone la constitución de un fideicomiso contra un vendedor incumplidor, en un caso donde la registración temprana del título, por parte de un nuevo comprador, imposibilitaba a los tribunales ordenar el cumplimiento específico a favor del comprador original). Recientemente ha surgido una moda que tiende a mirar más favorablemente la adjudicación de este tipo de remedios, ante incumplimientos contractuales ordinarios. Véase, *EarthInfo, Inc. v. Hydrosphere Resource Consultants, Inc.*,

La disputa contra la indemnización de las expectativas se apoya sobre dos argumentos. Primero, la indemnización distribuye las ganancias del contrato en forma inequitativa. Segundo, la indemnización es incongruente con la estructura normativa inmanente del derecho contractual –las normas que esta doctrina insta– y es también incongruente con la moral general de las promesas. Este trabajo intenta refutar ambas críticas. A nuestro entender, la indemnización de las expectativas distribuye los beneficios contractuales según la preferencia de las partes; y el modo en que la indemnización de las expectativas comparte los beneficios se comporta adecuadamente tanto con la lógica normativa interna del derecho contractual como con la moral de las promesas.

Es útil comenzar por aclarar lo que está en juego en la disputa entre los críticos y los defensores de la doctrina dominante. Las partes contratan para obtener beneficios del intercambio. Un vendedor espera obtener el resultado del remanente entre el precio y el costo del cumplimiento, y el comprador espera obtener el resultado del remanente entre el valor que le asigna al objeto del contrato y el precio pagado. El remedio legal actual opera como un seguro. Para entender esto, basta con observar que el comprador (a quien, sólo por conveniencia expositiva, llamaremos “prometido”) recién obtiene el beneficio del remanente entre el valor asignado al objeto del contrato y el precio pagado cuando se materializa el intercambio. El comprador también obtiene el resultado del remanente entre el valor y el precio cuando el vendedor se niega a cumplir, dado que el comprador puede demandar el beneficio que el intercambio le hubiera creado.⁵ En otras palabras, otorgar un seguro al comprador es lo mismo que proteger sus intereses esperados.

Los críticos del derecho actual sostienen que un contrato no convierte al prometido en el beneficiario de una cobertura de seguro, sino que en su lugar

900 P.2d 113, 119 (Colo. 1995) (donde se aprueba la restitución de la ganancia obtenida cuando la falta del defendido era la causa directa de su ganancia); *Univ. of Colo. Found., Inc., v. Am. Cyanamid Co.*, 342 F.3d 1298 (Fed. Cir. 2003) (reconociendo el antecedente de Earthinfo bajo las leyes de Colorado); *Daily v. Gusto Records*, 2000 U.S. Dis. LEXIS 22537 (M.D. Tenn., Mar. 31 2000) (adhiriendo a la lógica de EarthInfo); *Dastgheib v. Genentech, Inc.*, 483 F. Supp. 2d 546, 552 (E.D. Pa. 2006) (aprobando la aplicación de esta clase de remedios ante situaciones similares a Earthinfo).

⁵ Es útil distinguir entre “contratar” y “realizar el intercambio”. Las partes contratan cuando acuerdan vender bienes a cambio de un precio. Las partes realizan el intercambio cuando el vendedor entrega los bienes que el comprador paga. [N. del T.: A lo largo de todo el trabajo los autores utilizan la palabra “trade”. Dado que la misma no tiene un significado en castellano estrictamente similar al que pretenden darle los autores (diferenciándolo del término “contratar” o “cumplir”), hemos preferido utilizar el significado “realizar el intercambio” o “intercambiar” que entendemos grafica mejor el sentido que intentan darle los autores].

otorga al prometido un derecho a exigir el cumplimiento del promitente. De aquí se desprende que la estructura legal y moral de las obligaciones contractuales requiere que las promesas contractuales sean efectivamente cumplidas. Esto sucede, según los críticos, porque un derecho contractual que permite a un agente obligarse a cumplir y, a la vez, a incumplir si paga un precio legal determinado, es incoherente. El derecho de los contratos debe permitir a los agentes obligarse a sí mismos. De este modo, el derecho es coherente sólo si protege el derecho de propiedad del prometido sobre el cumplimiento del promitente.

La distinción entre un remedio que otorga un seguro al prometido y un remedio que protege su derecho de propiedad tiene significancia práctica cuando el intercambio resulta ineficiente. El intercambio resulta ineficiente cuando el costo de intercambio del promitente excede el valor que el prometido le asigna a dicho intercambio.⁶ *No cumplir* en ese caso crea un “beneficio”: el costo que el promitente evita al rechazar el intercambio menos el valor menor que pierde el prometido. Tanto los críticos como los defensores del derecho actual aceptan la función aseguradora del derecho: hay consenso respecto a que se debiera permitir a un prometido recuperar la diferencia entre el valor por él asignado al contrato y el precio pagado cuando el promitente rechaza el intercambio. Sin embargo, las soluciones por las cuales abogan los críticos, permitirían además al prometido recuperar la diferencia entre el costo del vendedor y el precio pagado. Cuando el costo del vendedor excede el valor asignado por el comprador –por ejemplo, cuando el intercambio es ineficiente– el prometido tendría una recompensa mayor con una compensación de su derecho de propiedad que la que obtendría hoy con una compensación de expectativas.

Es más común caracterizar la disputa como una elección entre indemnizaciones en lugar de una elección entre recompensas. Los defensores del derecho actual, entonces, sostienen que el prometido sólo tiene derecho a la indemnización de sus expectativas mientras que los críticos sostienen que tiene derecho al cumplimiento específico. Nosotros nos focalizamos aquí en las recompensas, porque cuando el intercambio es ineficiente,

⁶ Cuando el intercambio es eficiente, el teorema de Coase enseña que las partes negocian la contratación independientemente de los remedios legales. El costo de intercambio del promitente es un costo de oportunidad, o bien uno histórico. Cuando una tercera parte oferta por los bienes que el promitente acordó vender al prometido, el costo de oportunidad del intercambio es la oferta de la tercera parte que el promitente rechaza. Cuando no hay un tercero, el costo (histórico) del intercambio es el costo de producción, en el cual el promitente debe incurrir para producir y entregar los bienes.

el promitente estaría realizando un pago monetario bajo un régimen de cumplimiento específico, tal como lo haría si se saliese del contrato bajo el régimen actual basado en las expectativas. Para entender esto, debe observarse que el promitente puede privar al prometido del beneficio total del “no-intercambio” realizando el intercambio.⁷ En un régimen basado en el cumplimiento específico, ambas partes tendrían entonces poder de negociación: el promitente debe pagar una porción del beneficio de no realizar el intercambio para poder salir, pero el prometido debe ceder parte de su beneficio del “no-intercambio” para evitar el cumplimiento. En consecuencia, un prometido con derecho a exigir el cumplimiento compartiría el beneficio del “no-intercambio” con su promitente en una renegociación. En contraste, el promitente hoy también se desliga del contrato efectuando un pago monetario, pero no necesita el consentimiento del prometido: el promitente sólo debe pagar al prometido el beneficio que este hubiera obtenido del intercambio. El prometido, aparentemente, no tiene poder de negociación para extraer una porción del beneficio que genera el no-cumplimiento. La posición de los críticos, entonces, desemboca en lo siguiente: en la teoría, un derecho contractual que reconoce el derecho del prometido al cumplimiento específico logra coherencia; en la práctica, un derecho contractual que reconoce el derecho del prometido al cumplimiento específico eleva la recompensa del prometido.

Los teóricos económicos del contrato –quienes niegan que estas observaciones sostengan una objeción a la indemnización de las expectativas– aceptan la caracterización del derecho contractual que lleva a los críticos a ser críticos –es decir, el derecho que permite, y en efecto incentiva, a los promitentes a capturar el beneficio total del “no-intercambio”. En la visión económica, un promitente debería negarse a

⁷ La ganancia por no realizar el intercambio es una ganancia, en el sentido convencional de la palabra, o bien el impedimento de una pérdida. Una ganancia real se genera cuando un tercero valora más el cumplimiento del promitente de lo que lo hace el prometido, de modo que el promitente puede acrecentar su utilidad realizando el intercambio con aquel tercero. Una pérdida se genera cuando el costo de vender los bienes al prometido excede el valor asignado por este a dichos bienes. En cuyo caso, no realizar el intercambio evita una pérdida, lo que equivale a la diferencia entre el costo de intercambio impedido y su valor. Un prometido con un derecho de propiedad –p. ej., un derecho al cumplimiento específico– podría quitar una porción de la ganancia real o bien requerir al promitente a pagar una porción de la pérdida efectivamente evitada. [N. del T.: El término “cumplimiento específico” es la traducción escogida para el concepto “*specific performance*” utilizado por los autores, que se refiere a aquel remedio legal que, en lugar de proveer una indemnización sustitutiva del cumplimiento, compele a la parte incumplidora a cumplir con la obligación específica prometida bajo el contrato].

cumplir cuando el costo de cumplir excediese el valor asignado al contrato por el prometido. El derecho contractual satisface esta condición exigiendo al promitente pagar (únicamente) el valor perdido por el prometido. Esto le ha alcanzado a la literatura de derecho y economía. Allí los autores se han preocupado más por el tamaño de la torta que por la estructura de los principios jurídicos; o por cómo la torta es dividida, y por tanto, no se han preocupado por la idea de que la indemnización de las expectativas pueda socavar la estructura de la obligación contractual, o que pueda favorecer a los promitentes por sobre los prometidos.⁸

Entonces, tanto los defensores como los críticos de la indemnización de las expectativas están unidos en su rechazo a lo que llamamos la “hipótesis del cumplimiento dual”. En ambos tipos de teoría contractual, el promitente, en efecto, realiza una simple promesa: entregar bienes o servicios a cambio de un precio. La falta de entrega, en ambas teorías, es entonces, un “incumplimiento”. Las teorías discrepan normativamente. Según los defensores, que tienden a ser economistas, es suficiente que el derecho proteja el beneficio que el prometido hubiera obtenido del intercambio, dado que este grado de protección hace que el promitente rechace el cumplimiento justo cuando el intercambio se vuelve ineficiente. Según los críticos, que tienden a ser moralistas o filósofos, pero que ahora incluyen jueces y redactores de reformas restituyentes, acotar la indemnización del prometido al beneficio que hubiera obtenido del intercambio viola sus derechos, puesto que también tiene derecho a obtener el beneficio del no-cumplimiento.

Por el contrario, la hipótesis del cumplimiento dual sostiene que el promitente típico realiza una promesa alternativa: entregar bienes o servicios a cambio de un precio, o efectuar un pago en dinero al prometido en lugar de realizar la entrega. En esta visión, el promitente “incumple” sólo cuando no logra cumplir con ninguno de los dos aspectos de su promesa: esto es, no cumple con la entrega y se rehúsa a pagar. Puesto de otro modo, el prometido tiene un derecho, por ejemplo, a que le entreguen los bienes o servicios prometidos o a que le entreguen el dinero prometido, a elección

⁸ La visión general del análisis económico del derecho está reflejada en el título de un artículo reciente: Richard A. Posner, “Let Us Never Blame the Contract Breaker”, en *Michigan L. Rev.*, 107, 2009, p. 1349. Louis Kaplow y Steven Shavell son una excepción importante a este consenso. Ellos sostienen que gran parte del derecho contractual es distributivo, dado que las partes contratarían gracias a muchas de las reglas que tenemos. Véase, *Louis Kaplow and Steven Shavell, Fairness v. Welfare* 172-96 (2002). Por otra parte, estos teóricos también caracterizan la falta de intercambio del promitente como un incumplimiento. Más adelante ampliaremos y clarificaremos sus ideas.

del promitente. De este modo, la falta de entrega de los bienes o servicios por sí sola no es un incumplimiento.⁹

Los teóricos contractuales, tanto de la vertiente económica como filosófica, comúnmente ignoran por completo la hipótesis del cumplimiento dual o la rechazan por ser, al menos, psicológicamente y hasta éticamente, impracticable.¹⁰ Se dice que un prometido tiene la intención de contratar bienes

⁹ Intentamos superar el aporte de Richard Craswell, respecto de la indemnización de las expectativas cuando dice que “el equivalente del cumplimiento prometido, en sí mismo, depende del alcance exacto y completo de lo que fue prometido, *incluso en caso de incumplimiento*”. Richard Craswell, “Expectation Damages and Contract Theory Revisited”, *Stanford Law and Economics*, 2006, Working Paper No. 325, p. 12 (énfasis en el original). Véase también, *ibíd.* pp. 20-21 y Richard Craswell, “Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising”, en *Mich. L. Rev.*, 88, 1989. Nosotros reemplazaríamos la palabra “incumplimiento” por “falta de entrega de los bienes”. Nuestro argumento entonces es que el prometido recibe “el equivalente del cumplimiento prometido” cuando el promitente efectúa un pago en dinero, que iguala la ganancia que el prometido hubiera obtenido del intercambio. Este pago es “el exacto alcance de lo que fue prometido en el caso” de que el promitente no realice el intercambio. Resaltamos, más aún, que esta re-caracterización conceptual de la indemnización de las expectativas, cuando sea desarrollada con mayor detalle en la parte 4, también responderá al famoso desafío planteado por Craswell, de que los argumentos filosóficos han sido incapaces de explicar “aquellas partes del derecho contractual que rigen los remedios adecuados para el incumplimiento”. Véase, *ibíd.* pp. 289, 517-521.

Nuestra idea está comenzando a obtener reconocimiento en la literatura económica. Bentley MacLeod define como “contrato de garantía” a lo que nosotros llamamos “contrato estándar”: el comprador acuerda pagar el precio por un bien conforme al contrato y el vendedor acuerda pagar si el bien no es conforme al contrato. MacLeod dice: “Ha de observarse que, bajo un contrato de garantía, la fabricación de un producto defectuoso *no* resulta en el incumplimiento del contrato. Sólo si el vendedor rechaza compensar al comprador habría un incumplimiento”. W. Bentley MacLeod, “Reputations, Relationships, and Contract Enforcement”, en *J. Econ. Literature*, XLV, 2007, pp. 595, 602. Véase también, Philippe Aghion and Benjamin Hermalin, “Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency”, en *J. L. Econ. & Org.*, 6, 1990, pp. 381, 401.

¹⁰ Como ejemplos que no consideran la posibilidad de que el promitente haya efectuado dos promesas, véase: “Supóngase... que yo prometí venderte mi casa... que yo pueda obtener más dinero si rompiera mi promesa y vendiera esa casa a alguna otra persona, no es una razón suficiente para hacer eso... A un nivel más fundamental... lo que *hizo* que mi actuar sea reprochable no es que actué bajo una razón mala (egoísta), sino el hecho de que yo prometí venderte la casa a ti... Lo que torna reprochable vender la casa al segundo comprador potencial es que yo prometí venderle la casa al primero”. Thomas Scanlon, *Moral Dimensions*, 2008, pp. 23-24. Los autores que conocen la hipótesis la han rechazado durante mucho tiempo. Frederick Pollock escribió, en 1891, que:

“Un hombre que encarga un saco a su sastre seguramente no creerá que él sólo está apostando con el sastre, que dicho saco no será amoldado y entregado dentro de un cierto tiempo. Lo que él quiere y desea tener es el saco, no un seguro contra la falta de entrega del saco”. Frederick Pollock, “Principles of Contract xix” en *London, Stevens & Sons rev.*, 3a ed., 1881. Para una visión moderna, véase, entre otros, Stephen Smith, quien sostiene que

o servicios; no tiene la intención de vender una opción que permita al promitente intercambiar o pagar. Estamos de acuerdo en que la función primordial de un contrato de suministro es el suministro, pero no obstante ello sostenemos aquí que la hipótesis del cumplimiento dual está bien fundamentada.

Nuestro argumento a favor de la hipótesis del cumplimiento dual se extiende a lo largo de dos caminos interconectados. Un camino, que se desarrolla en las partes 2 y 3, establece un modelo simple que exhibe la eficiencia y las propiedades de distribución de los contratos visible en gran parte de la literatura del análisis económico del derecho y en toda la literatura filosófica. El modelo arroja tres resultados.

Primero, recrea el resultado general de que el derecho contractual actual es un estándar aceptable para partes típicas. La condición de la transferencia legal –p. ej., el valor de las expectativas del prometido– induce al intercambio cuando, y sólo cuando, el intercambio es eficiente. Esto maximiza el excedente contractual a repartirse entre las partes.

Segundo, el modelo muestra que los prometidos participan tanto del beneficio del cumplimiento como del beneficio del no-cumplimiento. Para entender esto, ha de recordarse que el beneficio del cumplimiento –las

“simplemente parece imposible, ver a las partes contratantes acordando, por una cuestión de hecho, en un caso típico, obligaciones disyuntivas de cumplir o compensar”. Stephen A. Smith, *Contract Theory*, 2004, p. 402. De forma similar, Andrew Gold sostiene que “como descripción general de la intención de las partes, o incluso como una interpretación del significado público del lenguaje contractual, [la hipótesis del cumplimiento dual] luce inadecuada”. Andrew S. Gold, “A Property Theory of Contract”, en *Northwestern Univ. L. Rev.*, 103, 2009, pp. 1, 54. Los comentaristas que simpatizan con la hipótesis la reafirman sin mayor desarrollo, o bien mencionan la hipótesis sólo como una posibilidad formal. Así, Jody Fraus observa: “... la hipótesis del incumplimiento eficiente *presume* que muchas partes utilizan los remedios estándar para identificar una alternativa moralmente aceptable al cumplimiento del acto prometido, en vez de escribir una promesa contractual alternativa explícita”. Jody S. Kraus, “The Correspondence of Contact and Promise”, en *Colum. L. Rev.*, 109, 2009, pp. 1603, 1638. (el énfasis es nuestro; se ha omitido una nota al pie). Como evidencia de la observación de Kraut, Alan Schwartz y Robert Scott afirman: “lo que el cumplimiento contractual exige es el intercambio de los bienes por el precio del contrato o el pago de un sustituto monetario apropiado. De esta forma, el remedio indemnizatorio es en sí mismo una parte del cumplimiento por el cual se ha contratado”. Alan Schwartz y Robert E. Scott, *Sales Law and the Contracting Process*, 2a ed., 1991, p. 389. Randy Barnett mencionó a la hipótesis del cumplimiento dual como una posibilidad en su esfuerzo para hacer que el derecho positivo que rige los contratos de servicios personales sea congruente con su propuesta de “una regla de remedios contractuales que generalmente favorezcan el cumplimiento específico”. Véase, Randy Barnett, “Contract Remedies and Inalienable Rights”, en *Philosophy & Law*, Jules Coleman & Ellen Frankel Paul eds., 1987, pp. 179, 197. Intentamos superar el argumento *mostrando* que las partes escribirían contratos de cumplimiento dual, en las condiciones que supone la mayoría de los analistas.

expectativas del prometido— es la diferencia entre el valor que el prometido obtendría del intercambio y el precio. Un prometido con derecho al cumplimiento específico puede capturar tanto este beneficio del intercambio, así como una porción del beneficio del no-intercambio: el promitente debe pagarle esta porción como una multa para poder librarse. Como consecuencia de no cumplir, el costo del promitente es constituido por la suma del beneficio del prometido por el cumplimiento y la multa. Dado que los precios incluyen costos, el precio del contrato refleja ambos tipos de costos. Ahora excluyamos el derecho del prometido al cumplimiento específico. La competencia entonces causará que el precio caiga por la magnitud de la multa que el promitente ya no tendrá que pagar. Si se mantiene fijo el valor que el prometido le asigna al intercambio, la compensación del prometido se incrementa en la medida que el precio decae. Y en tanto la reducción del precio iguala la multa esperada, la indemnización de las expectativas permite al prometido participar en el beneficio del no-intercambio. De esta manera, la elección entre el derecho actual y sus críticos se reduce a la pregunta acerca de si los prometidos tienen razones de segundo orden para preferir participar del beneficio del no-cumplimiento a través del mecanismo del precio, por ejemplo, a través de la indemnización de las expectativas; o bien para participar de ese beneficio a través del mecanismo de renegociación, por ejemplo, a través de la multa inducida por el deber de cumplimiento específico.

Nuestro tercer resultado, implícito en el segundo, consiste en mostrar que las partes que no tratan explícitamente las indemnizaciones, igualmente las tienen en cuenta. Esto sucede porque las partes toman en cuenta los precios y el precio es, en parte, una función de la indemnización. Tal como se acaba de explicar, un comprador con derecho a cumplimiento específico paga un precio más alto que un comprador sin ese derecho; un resultado que cualquier parte sofisticada entiende.

Por lo que pasamos a sostener que los prometidos tienen efectivamente razones de segundo orden para obtener beneficios a través de precios más bajos, más que a través de las multas inducidas por el derecho de propiedad. Como ejemplos de estas razones, aunque la recompensa bruta esperada por el comprador sea la misma bajo el contrato estándar que bajo el contrato “real”, el costo de crear un contrato con derechos de propiedad, como mostraremos a continuación, excede el costo de crear un contrato estándar. Los compradores/prometidos tienen así mayores recompensas netas bajo el contrato estándar. Además, cuando el vendedor se rehúsa a cumplir, las partes participan de un juego de intercambio de suma cero. Cada centavo que el vendedor paga al comprador es un centavo que pierde. El incentivo

del vendedor de resistir el pago aumenta en la medida del pago que el comprador busca. Siempre que el comprador tenga una mayor recompensa *ex post* bajo el contrato teniendo derechos de propiedad, negociará con mayor fuerza, y tal vez menos ética, para pagar bajo los términos de ese contrato, de lo que lo haría si estuviese persiguiendo únicamente su expectativa. Este tipo de razonamiento implica que la participación a través del precio –p.ej., el derecho actual– sería un buen estándar por defecto si los contratos con derechos de propiedad fueran ejecutables; las partes entonces aceptarían por defecto contratos que sujetaran al prometido a su expectativa, excepto que las partes acordaran expresamente el derecho al cumplimiento específico.¹¹ Que las partes puedan conservar el derecho a esta preferencia reivindica la hipótesis del cumplimiento dual.

El otro camino a lo largo del cual viaja nuestro argumento, y que se desarrolla en la parte 4, intenta conectar la estructura de repartición de beneficios, que nuestro modelo identifica, con la estructura normativa de la obligación contractual y los principios de moralidad de las promesas que implica el derecho contractual. Aquí nuevamente nuestro argumento incluye tres exposiciones.

En cuarto lugar, sostenemos que la hipótesis del cumplimiento dual es congruente con la estructura normativa de la obligación contractual. En lo que respecta a la teoría, la hipótesis del cumplimiento dual restituye coherencia al derecho contractual. El derecho contractual debe permitir a

¹¹ En la mayoría de las jurisdicciones, la ley actual es imperativa: los tribunales no ejecutan contratos mediante el cumplimiento específico. Véase, Edward Yorio, *Contract Enforcement: Specific Performance and Injunctions*, 1989, pp. 439-448, que se complementa en Steve Thel, 2009 Cumulative Supplement, pp. 233-241. El proyecto de nuevo artículo 2 del UCC, en su inciso 2-716(1), recomienda que los tribunales ejecuten cláusulas de cumplimiento específico en contratos comerciales, pero ningún estado ha adoptado este artículo, y se espera que sea rechazado. Un trabajo reciente hace dos afirmaciones respecto del remedio de restitución de la ganancia obtenida: (a) es frecuentemente adjudicada; y (b) es un remedio eficiente cuando los tribunales no pueden proteger completamente la expectativa del prometido. Véase, Steve Thel and Peter Seigelman, “The Role of Disgorgement in Contract Law”, *Manuscript*, 2008. La primera afirmación parece reflejar la re-caracterización de la indemnización de las expectativas. De esta manera, la indemnización de mercado –la diferencia entre el precio del contrato y el precio *ex post* del mercado– se supone que protege la expectativa. Un promitente que vende a un tercero, al precio de mercado *ex post*, debe pagar la indemnización de mercado al prometido. Dado que esta iguala su ganancia, Thel y Siegelman clasifican la indemnización de mercado como un remedio de restitución de la ganancia obtenida. Nosotros utilizamos aquí la clasificación más convencional de esta indemnización. No tomamos su segunda afirmación porque nuestra meta es justificar la indemnización de las expectativas, cuando hace lo que se supone que debería hacer. Más abajo, sostenemos que las partes deberían tener permitido celebrar contratos con cumplimiento específico o con derecho a la restitución de la ganancia obtenida, pero que éstos no deberían ser los remedios por defecto.

las partes realizar promesas vinculantes. Un derecho que limita al prometido a recibir como indemnización de pago una suma monetaria predeterminada es coherente si el promitente se obliga a sí mismo, o bien a entregar bienes o servicios, o a pagar dicha suma predeterminada. Más aún, un prometido sin un derecho al cumplimiento específico del promitente tiene la misma recompensa esperada, o una recompensa mayor, que un prometido con tal derecho. De esta forma, el derecho contractual actual es tan distributivo como el derecho que los críticos defienden. Nosotros, por lo tanto, rechazamos las sugerencias usuales que sostienen que la indemnización de las expectativas tiende a poner un precio antes que castigar al incumplimiento, y que el derecho contractual traiciona sus propios compromisos normativos cuando incentiva la salida del promitente.

En quinto lugar, el tipo de participación asociada con la hipótesis del cumplimiento dual es moralmente apropiada para promitentes y prometidos que interactúan, tal como lo hacen contractualmente, en pie de igualdad. Al esbozar este argumento, asumimos la objeción moral fundamental a la hipótesis del cumplimiento dual, que sostiene (básicamente) que la indemnización de las expectativas incentiva a los promitentes a comportarse, dentro de la relación promisoria, de una manera egoísta que traiciona la solidaridad que esta relación debería tener idealmente. Nosotros sostenemos, por el contrario, que la delgada forma de la solidaridad promisoria asociada con la hipótesis del cumplimiento dual, bajo la cual los términos de la distribución contractual son compartimentados contractualmente por las partes, es apropiada para transacciones comerciales en economías abiertas y cosmopolitas.

Estas afirmaciones, al igual que las elaboradas a lo largo del primer camino de nuestro argumento, son principalmente formales o analíticas. Nosotros desarrollamos un resultado representado. Este resultado revela la distribución de beneficios asociada con la preferencia de la teoría contractual por la indemnización de las expectativas y elabora su significado a la luz de la solidaridad de la que las normas contractuales y promisorias generalmente se ven más necesitadas. Así, estos resultados responden a las críticas actuales a la indemnización de las expectativas, dado que dichas críticas, en sí mismas, son demasiado formales y analíticas.

Consideramos que debería hacerse también una defensa sustancial adicional a favor de la hipótesis del cumplimiento dual, en cuanto esta hipótesis interpreta, y de hecho racionaliza, a la mejor luz el estado actual del derecho positivo, lo que incluye tanto los resultados jurisprudenciales

como los principios bajo los cuales se alcanzan dichos resultados.¹² En nuestra conclusión introducimos, aunque no elaboramos, esta sexta defensa. La sugerencia de que nuestra tesis se conforma ante el derecho positivo no debería sorprender: nosotros estamos defendiendo la visión convencional de que la indemnización de las expectativas debería ser la principal respuesta al incumplimiento contractual. Nuestra visión, sin embargo, no es del todo convencional. Nosotros demostramos que un promitente que voluntariamente compensa las expectativas, por analogía a uno que efectúa un pago bajo una cláusula penal, se encuentra en una situación de cumplimiento, y no de incumplimiento del contrato. Asimismo, demostramos que la indemnización de las expectativas es un caso especial de cumplimiento específico.¹³ De acuerdo a nuestra visión, entonces, la indemnización de las expectativas, como se la entiende convencionalmente, es epifenomenal. Ésta, por supuesto, no es la lectura convencional del derecho positivo de la responsabilidad contractual. No obstante, nosotros sugerimos, aunque no profundizamos en el tema, que esta lectura se encuentra implícita cuando se interpreta a esta doctrina en su mejor luz.

Concluimos esta introducción con dos advertencias y una observación metodológica. La primera advertencia es que el análisis que sigue es aplicable a las transacciones comerciales. Nuestro caso paradigmático es un acuerdo con fines de lucro, no un acuerdo para cenar juntos los jueves por la noche. Esto trae dos implicancias. En primero lugar, nos permite abstraernos de los reclamos familiares y afectivos a los cuales los contratos pueden dar lugar bajo ciertas circunstancias privadas. Sería un error categórico, por ejemplo, ofrecer \$50 a un amigo como compensación por haber cancelado una cena con él. Sin embargo, no es un error categórico para los promitentes,

¹² Una sesuda discusión de cómo las explicaciones de resultados y las doctrinas pueden diferir, se encuentra en Jody S. Kraus, "From Langdell to Law and Economics: Two Conceptions of Stare Decisis in Contract Law and Theory", en *Va. L. Rev.*, 94, 2008, p. 157.

¹³ La acción judicial ejercida por el vendedor para reclamar el precio es vista comúnmente como una acción para ejecutar el cumplimiento específico de la cláusula de precio. En este sentido, el comentario 7 al inciso 2-709 del UCC dice: "Si la acción para percibir el precio fracasa, el vendedor puede no obstante haber probado un caso que le da derecho a los daños por la no aceptación". De forma similar, la demanda de un comprador de la indemnización de sus expectativas, a nuestro parecer, es una demanda para ejecutar el cumplimiento específico de la cláusula de pago del contrato. La diferencia entre estos casos es que el vendedor está demandando la recuperación de un monto que el contrato especifica (el precio), mientras que el comprador está demandando la aplicación de una fórmula que el contrato especifica (valor menos precio). Esta distinción no tiene significancia normativa.

en nuestro análisis, ofrecer dinero a los prometidos cuando los primeros no logran entregar los bienes convenidos.¹⁴

En segundo lugar, el análisis de las transacciones comerciales que nos permite asumir que las partes son capaces de celebrar contratos y renegociarlos cuando las circunstancias cambian. Esto es así no sólo por su realismo, sino también por razones heurísticas. Los críticos actuales del derecho contractual implícitamente asumen una racionalidad absoluta. En lugar de sostener directamente que el derecho entrapa al menos astuto, argumentan que un promitente racional puede usar el derecho para privar a su prometido racional del beneficio total de la falta de cumplimiento. Nosotros analizamos este caso contractual específico para mostrar que esto no tiene fundamento.

Nuestra segunda advertencia es que abordamos el problema, mayormente, tal como lo han hecho otros comentaristas anteriores. Los análisis sobre el interés esperado asumen, o proponen más generalmente, que (a) las partes conocen el valor de los parámetros económicos relevantes; (b) las partes

¹⁴ Trabajos experimentales recientes trataron de obtener las opiniones de personas individuales en lo que respecta a la teoría del incumplimiento eficiente. Una respuesta común es que los sujetos, suponiendo que sean promitentes, pagarían más que el interés esperado del prometido cuando se rehúsan a cumplir. Esto se tomó para exhibir la visión de los sujetos, de que resulta inmoral romper un contrato pagando solamente la indemnización de las expectativas. Véase, p. ej., Tess Wilkinson-Ryan, *Do Liquidated Damages Encourage Efficient Breach?*, Manuscript, 2008. Estos experimentos no son relevantes para nuestro proyecto, por dos razones. Primero, estos sujetos son individuos, no empresas. Una empresa es más proclive a exhibir comportamientos congruentes con la maximización de los retornos monetarios, que un individuo respondiendo a un cuestionario. Segundo, y de gran significancia, los individuos eran advertidos de que la falta de ejecución de la obligación era un incumplimiento al contrato. Así, una pregunta típica cuestionaba si el individuo debería “incumplir el contrato con los Millers [los prometidos] y compensarlos totalmente por su pérdida”, habiendo otras oportunidades mejores. Wilkinson-Ryan, *ibíd.*, p. 4. La cuestión que perseguimos aquí es si el promitente habría “incumplido el contrato” si no hubiese realizado el intercambio, pero hubiese efectuado el pago que el contrato requería. Los experimentos no hacían esta pregunta. Véase también, Tess-Wilkinson-Ryan and Jonathan Baron, “Moral Judgment and Moral Heuristics In Breach of Contract”, en *J. Empirical Studies*, 6, 2009, p. 405. (las personas evalúan la moralidad del incumplimiento en parte sobre la base de las intenciones del promitente); David Baumer and Patricia Narschall, “Willful Breach of Contract for the Sale of Goods: Can the Bane of Business Be an Economic Bonanza”, en *Temple L. Rev.*, 65, 1992, p. 159. (a los individuos se les avisaba que el “incumplimiento” era “deliberado” y “doloso”). Un estudio experimental reciente sugiere que “la gente tiene una preferencia por mantener las promesas *per se*”. Una promesa “crea una obligación contractual respecto de la persona a la cual es hecha”. Véase, Christoph Vanberg, “Why Do People Keep Their Promises? An Experimental Test of Two Explanations”, en *Econometrica*, 76, 2008, pp. 1467, 1468, 1476. La pregunta que nosotros hacemos, de nuevo, es simplemente en qué consiste esa “obligación” en contratos comerciales.

conocen las leyes; y (c) un tribunal puede recabar suficiente información como para proteger la expectativa del prometido. Asimismo, efectuamos estas presunciones –p.ej., aceptamos el problema tal como ha sido planteado anteriormente– dado que la vida a veces es así y, nuevamente, por propósitos heurísticos. Nuestra meta es refutar el argumento de que el derecho contractual es injusto aun en circunstancias ideales. Puesto más enfáticamente, tomando las presunciones que gobiernan el debate actual, la idea de que ningún incumplimiento es eficiente.

Finalmente, tanto nuestro modelo formal como nuestro análisis más discursivo están contruidos en base a la otra mirada (es por esto que decimos que los dos caminos del argumento están interconectados). El modelo de la estructura de la distribución de beneficios contractuales fue desarrollado para responder cuestiones conceptuales sobre la relación entre la responsabilidad y la solidaridad contractual. Mientras que nuestro compromiso interpretativo lo fue con la estructura doctrinal, normativa y moral del contrato que apunta a elaborar esta estructura a la luz de las interacciones instrumentales entre las partes contractuales que nuestro modelo resalta. Retomaremos este matrimonio entre la economía y la filosofía en nuestra conclusión.

La parte II expone un modelo del problema de las partes contratantes, que luego la parte III resuelve. La parte IV interpreta los resultados para mostrar cómo ellos clarifican las cuestiones normativas que ocupan la literatura y que están comenzando a afectar el derecho contractual. La parte V es una conclusión.

II. Un modelo de contratación.

II.1. Un ejemplo

Introduciremos el modelo con un ejemplo que trae a la luz la intuición sobre la que éste se basa. Asumamos que (a) un contrato que brinda al comprador el derecho a obtener el cumplimiento específico es ejecutable; (b) las partes comparten cualquier utilidad contractual en forma equitativa (esto es, el vendedor tiene igual poder de negociación que cualquier comprador);¹⁵ (c) el mercado tiene numerosos vendedores. En el ejemplo, al vendedor le cuesta \$6 producir el producto. El precio asociado al “derecho de propiedad” es \$8. El vendedor celebra un contrato a precio \$8 con un comprador inicial,

¹⁵ La presunción de igual poder de negociación no hace que perdamos generalidad. Nuestros resultados posteriores sirven para cualquier tipo de poder de negociación.

quien valúa el producto a \$10. La expectativa de este comprador es igual al valor menos el precio: $\$10 - \$8 = \$2$. Entre la celebración del contrato y la fecha de cumplimiento, un segundo comprador acerca al vendedor una oferta por \$12; la valuación de este comprador por el producto es \$14.

La utilidad social de celebrar cualquier contrato es la diferencia entre la valuación del comprador menos el costo del vendedor (sin asumir externalidades). De este modo, el beneficio social de la celebración del contrato inicial es $W1 = v1 - c$ ($\$10 - \$6 = \$4$). De modo similar, $W2 = v2 - c$ ($\$14 - \$6 = \$8$). La utilidad social marginal de vender el producto al segundo comprador en vez de al primero es $W2 - W1$ ($\$8 - \$4 = \$4$). Así, la oferta del segundo comprador por \$12 comparte este beneficio marginal en forma equitativa con el vendedor; el segundo comprador gana su valor menos el precio: $\$14 - \$12 = \$2$. Los restantes \$2 evidentemente son para el vendedor.

Nosotros asumimos inicialmente que el contrato entre las partes otorga al primer comprador un derecho al cumplimiento específico en contraprestación por el precio de ese derecho de propiedad. De esta forma, este comprador puede impedir al vendedor que contrate con el segundo comprador. El vendedor entonces debería renegociar para poder librarse del contrato. En tanto las partes ahora tienen \$2 adicionales para compartir; el vendedor le pagará al comprador inicial un total de \$3, es decir su expectativa de \$2 más el \$1 que el comprador comparte equitativamente con el vendedor respecto de la utilidad social marginal de venderle al segundo comprador. El vendedor también gana \$3, esto es el nuevo precio de \$12, menos su costo de producción de \$6, y menos el pago de \$3 efectuado al comprador inicial.

Ahora asumamos que el contrato no otorga al comprador un derecho al cumplimiento específico; entonces, aparentemente, no habrá participación equitativa en la utilidad. El vendedor pagará al primer comprador su expectativa de \$2 y contratará con el segundo comprador, obteniendo una ganancia neta igual al precio menos el costo, menos la indemnización, es decir $\$12 - \$6 - \$2 = 4$. Bajo este contrato, pareciera que el vendedor captura la mitad de la utilidad social marginal que surge de contratar con el segundo comprador.

Al contrario de lo que parece, también hay participación equitativa en la utilidad social cuando el comprador no tiene derecho de propiedad. Hasta aquí la expectativa del comprador en el ejemplo es de \$2, dado que el vendedor le ponía un precio de \$8 al derecho de propiedad. Si el comprador no tiene un derecho al cumplimiento específico, este precio le permite al vendedor obtener una ganancia pura de \$1, que es la parte de la utilidad social marginal de la salida que no comparte. La presunción (c), recordemos,

establecía que existían otros vendedores en el mercado. Cualquiera de dichos vendedores tiene un incentivo para ofrecer el contrato sin derecho al cumplimiento específico por \$7,50. La expectativa del comprador sería en ese caso $\$10 - \$7,50$, de modo que preferirá celebrar el contrato con este vendedor. Este vendedor obtendría una ganancia de \$3,50 sobre el precio de \$7,50: la oferta de \$12 del último comprador menos el costo de producción de \$6 y menos la indemnización a la expectativa de \$2,50 pagada al comprador inicial. Esta ganancia excede la ganancia de \$3 que obtendría un vendedor que ofrece un contrato con derecho a cumplimiento específico. Nuestro vendedor ilustrativo, entonces, vendería a un menor valor que el precio de \$8 del vendedor inicial.

Sin embargo, el proceso competitivo no terminará en un precio de \$7,50, dado que el precio de equilibrio para un contrato sin cumplimiento específico es \$7. Para entender esto, supongamos que un vendedor reduce el precio a \$6,50 cuando el comprador no tiene derecho al cumplimiento específico. La expectativa del comprador entonces sería $\$10 - \$6,50 = \$3,50$ y entonces el vendedor obtendría $\$12 - \$6 - \$3,50 = \$2,50$. El vendedor, sin embargo, ganaría \$3 bajo el contrato con cumplimiento específico, de modo que ningún vendedor reduciría el precio debajo de \$7 por un contrato sin cumplimiento específico. Y siguiendo la lógica antedicha, ningún vendedor podría incrementar el precio por un contrato con cumplimiento específico más allá de \$7 dado que, en cualquier caso, dicho precio sería reducido. Por ejemplo, cuando el vendedor de nuestro caso cobra \$7,50, otro vendedor podría atraer a los compradores cobrándoles \$7,25.¹⁶ Pero luego otro vendedor cobraría \$7,15, y así sucesivamente. Entonces, el precio de equilibrio para un contrato sin cumplimiento específico es \$7 y, bajo la misma lógica, el precio de equilibrio para un contrato con cumplimiento específico es \$8.

La compensación que obtiene el comprador cuando el vendedor se rehúsa a cumplir no se ve alterada por el remedio legal aplicado. Cuando el comprador tiene derecho al cumplimiento específico, él obtiene su expectativa de \$2 ($\$10 - \8) más \$1 en una renegociación; cuando el comprador sólo tiene derecho a una indemnización, su expectativa sube a \$3 ($\$10 - \7). Los críticos de la indemnización de las expectativas no logran ver que los dos remedios tienen la misma consecuencia distribucional, dado que asumen que los vendedores pueden cobrar precios de contratos con

¹⁶ Cuando el precio es 7,25, la expectativa del comprador es 2,75, por tanto, a este precio, el vendedor toma la segunda oferta y gana $12 - 6 - 2,75 = 3,25$, que excede su ganancia de 3 bajo el cumplimiento específico.

derechos de propiedad (\$8 en nuestro ejemplo) cuando los compradores no tienen derechos de propiedad. El precio, sin embargo, es una función de los derechos que el comprador realmente tiene.

A continuación expondremos un modelo que cumple tres funciones. Primero, generaliza el ejemplo. Segundo, considerando que el ejemplo asumía que el precio de un contrato con derechos de propiedad era \$8 mientras que el precio de un contrato con derecho a expectativas era \$7; el modelo muestra cómo se forman esos precios contractuales. Tercero, el modelo sirve de base para desarrollar las razones de segundo orden que hacen que los prometidos usualmente prefieran compartir los réditos del no-intercambio a través del vehículo de precios reducidos a través de las renegociaciones inducidas por los contratos con derechos de propiedad.

II.2 Un modelo sobre el interés esperado

Un vendedor y un comprador neutrales al riesgo, operando dentro de un mercado competitivo, acuerdan contratar respecto de un bien de propiedad personal.¹⁷ Comenzaremos con un contrato simple, denominado “contrato estándar”, que usualmente se celebra por escrito. Este contrato contiene tres tipos de cláusulas. Las “cláusulas de ejecución” describen el bien que las partes tienen intención de intercambiar y disponen los pasos de entrega que el vendedor debe seguir. La “cláusula de transferencia” establece lo que el vendedor debe pagar al comprador si el vendedor no cumple con la entrega del bien. La “cláusula del precio” establece lo que el comprador debe pagar al vendedor si se produce el intercambio.

Una vez que las partes celebran el contrato, ellas observan la evidencia de dos variables aleatorias: el costo del vendedor para producir (o adquirir) el bien y el valor que el comprador otorga al bien. Si el vendedor opta por cumplir con el intercambio, el vendedor entrega el bien y el comprador paga el precio. Si el vendedor rechaza el intercambio, el vendedor paga la suma que establece la cláusula de transferencia. La secuencia del modelo es la siguiente:

t_{-1} : El Estado interviene estableciendo una cláusula estándar de transferencia. La meta del Estado es promulgar aquella cláusula que maximiza los beneficios que las partes obtienen del intercambio.

¹⁷ La presunción del mercado competitivo simplifica el análisis. Luego, flexibilizaremos esta presunción para mostrar que nuestras conclusiones se aplican, incluso, en mercados menos competitivos.

t_0 : Las partes celebran el contrato. En dicho momento, las partes deciden qué cláusula de transferencia incluirán en el contrato.

t_1 : Las partes observan el costo del vendedor para cumplir con la cláusula de ejecución del contrato y el valor que el comprador obtendría del cumplimiento de dicha cláusula.

t_2 : El vendedor elige si realiza el intercambio o paga. Si el vendedor realiza el intercambio, entrega el bien y el comprador paga el precio.

t_3 : Si el vendedor rechaza el intercambio, entonces (a) el vendedor transfiere al comprador la suma que el contrato establece, pero (b) si la ley admite la ejecución de contratos con derecho de propiedad y las partes utilizaron uno de ese estilo, entonces las partes renegociarán para compartir el beneficio del no-intercambio.

Los contratos típicos que analizamos establecen un precio único. Estos contratos están obligacionalmente, aunque no totalmente, completos. Para entender esto, supongamos que Θ denota la cantidad de posibles estados que podemos obtener en t_1 . Partamos luego estos estados en dos subtipos: Θ_A y Θ_T . Si el estado Θ que se obtiene en t_1 está en Θ_A , entonces se asume que el intercambio es eficiente; si el estado Θ que se obtiene está en Θ_T , el intercambio es ineficiente. Cuando el contrato tiene un precio único, el vendedor puede preferir no realizar el intercambio en alguno de los estados eficientes Θ_A , si su costo excede este precio, aun cuando dicho costo esté por debajo del valor asignado por el comprador. El contrato está obligacionalmente completo porque describe totalmente las obligaciones de las partes: el comprador debe pagar el precio contractual al vendedor cuando el vendedor acepta realizar el intercambio, y el vendedor debe pagar al comprador la suma que establece la cláusula de transferencia cuando el vendedor rechaza el intercambio. Pero por otro lado, el contrato no está totalmente completo, dado que no fija precios para los estados Θ_A bajo los cuales el vendedor prefiere negarse a cumplir.¹⁸

¹⁸ Para aclarar este punto, asumimos que el costo obtenido por el vendedor es menor que el valor del comprador, pero puede exceder el precio en algunas situaciones que caen dentro del descriptor A . Un contrato completo establecería un precio para cada posible estado θ_A . En tanto el precio excedería entonces el costo en cada uno de esos estados, el vendedor preferiría realizar el intercambio en todos ellos. Los contratos son incompletos –es decir, los contratos no ponen precio a todos los estados– puesto que

Las partes conocen el significado de la distribución de posibles valores que puede tomar el costo del vendedor, al que denotaremos C . Existen dos categorías de costos. Si las partes esperan en t_0 que un tercero pueda aparecer para ofertar por el bien, entonces C es el significado de las posibles ofertas; si, por el contrario, las partes esperan que el costo de producción del vendedor pueda variar, entonces C es el significado de los posibles costos de producción. En forma similar, las partes conocen el significado de la distribución de valores posibles que el comprador obtendría del cumplimiento de las cláusulas ejecutivas del contrato, al que denotaremos V . Dado que para partes neutrales al riesgo sería ineficiente contratar si el valor esperado del comprador fuera menor al costo esperado del vendedor, asumimos que V es mayor que C .

Las partes esperan concretar el intercambio cuando el estado posterior a dicho intercambio se encuentra en Θ_A . El costo Θ_A esperado por el vendedor es el C_L bajo, y el valor Θ_A esperado por el comprador es el V_H alto. Entonces, en t^0 las partes esperan que el beneficio del intercambio del bien sea $V_H - C_L$. Nos referiremos a este beneficio esperado como un “excedente” y lo denotaremos como S_a . El intercambio es ineficiente si el estado Θ posterior al intercambio se sitúa en Θ_T ; en cuyo caso el costo del vendedor excede el valor del comprador. Denotaremos el costo Θ_T esperado por el vendedor como el alto C_H y el valor Θ_T esperado por el comprador como el bajo V_L . De este modo, en t_0 las partes esperan que el “beneficio” de no realizar el intercambio sea $S_t = C_H - V_L$. Éste es el ahorro esperado cuando el vendedor rechaza el intercambio ineficiente. A la probabilidad de que Θ sea Θ_A la denotaremos β_a ; la probabilidad de que Θ sea Θ_T será β_t ; y por tanto $\beta_a + \beta_t = 1$. El valor obtenido por el comprador se denotará v , el costo incurrido por el vendedor c , y el precio del contrato p .

Las partes celebran contratos de compra con el fin de realizar un intercambio, no para especular acerca de los futuros estados del universo. Por tanto, asumimos que las partes esperan que el excedente del intercambio supere el excedente del no-intercambio y esperan que la probabilidad de que el intercambio se realice supere la probabilidad de que el intercambio no se realice.¹⁹ Las partes se comportan eficientemente

existe un número infinito de posibles estados futuros, pero un monto finito de dinero destinado a contratar respecto de los mismos.

¹⁹ Formalmente, $S_a > S_t$ y $\beta_a \in [1/2, 1]$. Presumimos que las probabilidades dadas son exógenas. Estas presunciones respecto de S y β se diferencian de manera importante de las presunciones que subyacen en la sospecha reinante, sobre la hipótesis del cumplimiento dual. Esta sospecha, recordemos, deriva de la idea de que las partes contratan con el fin de recibir un cumplimiento, y no de hacer una apuesta. Esta idea es correcta, pero los teóricos que rechazan la hipótesis siguen implícitamente suponiendo que las partes, en el estado inicial

si realizan el intercambio cuando están en Θ_A y rechazan el intercambio cuando están en Θ_T .

Para completar el modelo, suponemos que si las partes litigasen, el tribunal observará el contrato e indagará si el vendedor ha aceptado realizar el intercambio o ha realizado la transferencia requerida, y cuál fue el valor obtenido por el comprador. Así, el tribunal puede ejecutar cualquier cláusula de transferencia, tal como el estándar legal actual, que condiciona el valor del comprador. Hacemos tres presunciones adicionales, dos de las cuales flexibilizaremos más tarde: (i) ninguna de las partes tiene restricciones de liquidez; (ii) no hay costos de contratación o renegociación; (iii) las partes tienen igual poder de negociación en un escenario de renegociación.

III. Distribución a través del precio o de una renegociación

La parte III recrea el resultado de la protección a la expectativa del prometido como algo eficiente con respecto a la decisión de las partes acerca de la realización o no del intercambio. Luego, expone que las partes celebrarían contratos con una cláusula de transferencia que protegiera esa expectativa. Finalmente, exhibe las propiedades distributivas de estos contratos y discute sus implicancias positivas.

III.1. Una cláusula de transferencia eficiente

Bajo el contrato estándar, el promitente puede negarse al intercambio siempre que efectúe una transferencia dineraria al prometido. Una cláusula de transferencia eficiente aseguraría la expectativa de que las partes realicen el intercambio si y sólo si el valor que el comprador obtiene del intercambio excede el costo del vendedor (es decir, si y sólo si $v > c$). Dejemos al Estado, que mueve las piezas primero, elegir una cláusula de transferencia estándar, que denominaremos r , la cual requiere al vendedor pagar la expectativa del comprador si el vendedor se rehúsa a cumplir con el intercambio: $r = v - p$. Supongamos que el costo del vendedor excede el precio. Si las partes no cambian el estándar legal, el vendedor aceptará realizar el intercambio si su pérdida por dicho intercambio es menor que la transferencia de dinero que el

de contratación, presumen inocentemente que el intercambio que ellas prefieren ocurrirá con probabilidad 1. Sobre esta presunción, un contrato no sería una alternativa. Por el contrario, en nuestro modelo, dos partes sofisticadas creen que el intercambio es más probable que improbable, pero ellas también saben que el intercambio podría llegar a tornarse ineficiente.

estándar le exige pagar. Esto es, el vendedor realiza el intercambio si $c - p < r = v - p$, o si $v > c$, y rechazará el intercambio cuando $v < c$. Bajo la cláusula estándar r , las partes siempre obtienen el excedente más alto entre los dos posibles: el excedente del intercambio, cuando el intercambio es eficiente; y el excedente del no-intercambio, cuando el intercambio es ineficiente. Por tanto, un Estado que elige reglas de indemnización a fin de maximizar los beneficios contractuales para las partes, seleccionaría la cláusula de transferencia r como el estándar para contratos que no crean derechos de propiedad, a menos que las partes decidan no tomar dicho estándar.

III.2. Las preferencias de las partes bajo el contrato estándar

El precio contractual divide el excedente esperado del negocio de acuerdo al poder de negociación de las partes. Asumimos que el comprador puede disponer α del excedente esperado de una transacción, donde $0 < \alpha < 1$. El precio entonces otorga al vendedor $1 - \alpha$ del excedente.²⁰ Es importante destacar que el poder de negociación es determinado en forma exógena.²¹ Denominemos al excedente esperado bajo un contrato como Z . Luego el parámetro de negociación α divide Z , pero como las partes no pueden afectar la magnitud de α , entonces eligen maximizar Z a través de las cláusulas que no establecen el precio. Acabamos de mostrar que la cláusula de transferencia r permite siempre a las partes obtener el excedente más alto entre los dos posibles. De este modo, las partes aceptarían r como la cláusula legal estándar de transferencia.²²

²⁰ Los compradores reciben todo el beneficio esperado en mercados competitivos. Para entender esto, recordemos que los compradores obtienen su valor menos el precio ($v-p$). En mercados competitivos, el precio tiende a acercarse al costo. Entonces, el comprador obtiene realmente su valor menos el costo ($v-c$), que resulta ser el beneficio completo. En el modelo, entonces, $\alpha = 1$ cuando el mercado es competitivo y cae cuando la competencia se reduce.

²¹ El poder de negociación, a veces, se determina estructuralmente, como cuando el mercado es competitivo. Cuando ambas partes tienen poder de negociación, asumimos que la negociación se da en términos de Nash: el poder de negociación, relativo de cada parte, es una función de los puntos de desacuerdo de estas y de sus tasas de descuento. La parte que puede obtener una mejor salida de la negociación comúnmente puede salir mejor de ella, porque la otra parte no la puede persuadir de contratar, a menos que acepte un contrato que le permita vencer su oferta. La parte más paciente, además, logra una mejor salida porque puede esperar más tiempo para obtener una oferta mejor. El poder de negociación está determinado exógenamente en estos casos, porque ninguna de las partes puede afectar el valor de la opción de la otra parte, ni la tasa a la cual la otra parte descuenta ese valor.

²² Las partes no realizan inversiones de relaciones específicas en nuestro modelo, porque los críticos del derecho no consideran estas inversiones. Sin embargo, el modelo

III.3. Un contrato con derechos de propiedad

Un contrato con derechos de propiedad, si fuera ejecutable, contendría cláusulas de ejecución y precio, pero no tendría cláusula de transferencia. En su lugar, el comprador tendría derecho contractual para hacer cumplir las cláusulas ejecutivas. Para entender cómo funcionaría este contrato, asumamos que no existe un derecho a exigir el cumplimiento, sino que la cláusula de transferencia exigiese al vendedor pagar $r = \infty$ si se rehúsa a cumplir. El beneficio obtenido por el comprador sería $v - p$. El vendedor, hemos visto más arriba, puede privar al comprador de este beneficio de cumplimiento, cuando se le genera al vendedor una pérdida de $c - p$. Por lo tanto, las partes renegociarían para liberar al vendedor, en tanto r es demasiado grande, si este pudiera efectuar un pago al comprador que le otorgue al segundo un beneficio mayor que el que hubiera obtenido del intercambio, y represente para el vendedor una pérdida menor a la del intercambio.²³ Llamemos X al conjunto de posibles pagos que el vendedor podría hacer al comprador. Cualquiera de esos pagos ($x \in X$) que permita al vendedor librarse del contrato debe satisfacer $v - p < x < c - p$. Ambas condiciones no pueden ser satisfechas a menos que $v < c$ (es decir, que el intercambio sea ineficiente).

Este análisis permite extraer dos conclusiones. Para entender la primera, se debe tener en cuenta que un prometido con derechos de propiedad tiene tanto poder como un prometido con derecho a ejecutar una cláusula de transferencia muy grande. En ambos casos, el prometido puede imponer costos muy pesados al promitente que se rehúsa a cumplir. Por lo tanto, en ambos casos, el promitente realizará el intercambio u ofrecerá al prometido un pago para que se le permita evitar el intercambio. Recién vimos que no puede

es congruente con incentivos de inversiones eficientes. Cuando el valor asignado por el comprador es verificable, tal como presume la literatura que discutimos, los contratos pueden tomar formas de modo que el remedio del interés esperado —es decir, el factor de pago r — induce a las partes a invertir de manera óptima. Para revisiones y análisis sobre este tema, véase, Suzanne Ohlendorf, “Expectation Damages, Divisible Contracts, and Bilateral Investment”, en *Amer. Econ. Rev.*, 99, 2009, p. 1608; Alexander Stremitzer, “Standard Breach Remedies, Quality Thresholds, and Cooperative Investments”, *Mimeo*, 2008; MacLeod, *supra* nota 7, pp. 602, 603. Existe la pregunta de por qué las partes contratan, en vez de realizar compras de contado (*spot purchases*), cuando los mercados están turbios. Nuestras partes podrían contratar para proteger la inversión, o bien para asegurarse contra cualquier disrupción de costos que podría causarles la falta de concreción del intercambio. Esta última motivación es analizada en Alan Schwartz y Robert E. Scott, “Market Damages, Efficient Contracting and the Economic Waste Fallacy,” en *Columbia Law Review*, 108, 2008, pp. 1610, 1643-47.

²³ Recordar nuestra presunción de que la renegociación no tiene costos.

existir un pago aceptado por ambas partes, a menos que el cumplimiento resulte ineficiente. El promitente, por tanto, realizará el intercambio bajo un contrato con derechos de propiedad cuando el intercambio sea eficiente, y efectuará un pago monetario para evitar el intercambio cuando el intercambio sea ineficiente, tal como hacen hoy en día los promitentes bajo contratos estándar. La segunda conclusión es que el beneficio que el comprador obtiene de la renegociación bajo un contrato con derechos de propiedad excede su beneficio bajo el escenario de intercambio: $x > v - p$.

Antes de pasar a la discusión sobre la distribución del excedente, queremos remarcar que estas conclusiones son válidas para todo tipo de contratos con derechos de propiedad. La participación del comprador en los beneficios del no-intercambio es la misma bajo cualquiera de estos contratos. A veces se sugiere que el derecho del comprador debería ser protegido mediante la adjudicación de daños punitivos cuando el vendedor no intercambia. Sin embargo, hemos mostrado que una penalidad con valor infinito funciona tanto como el remedio del cumplimiento específico. Ningún remedio hará que el vendedor cumpla en forma ineficiente, y bajo ambas soluciones, el vendedor se libra del contrato pagando al comprador una suma que se sitúa entre la ganancia que obtendría el comprador por el intercambio y la pérdida que le generaría al vendedor esta operación. En forma similar, un vendedor intercambiaría en forma ineficiente si el remedio escogido transfiriese al comprador la totalidad del beneficio generado por el no-intercambio; pero de nuevo, el vendedor escaparía al intercambio ineficiente pagándole al comprador una suma que estaría entre el beneficio que obtendría el comprador bajo el intercambio y el costo incurrido por el vendedor. La invariancia entre los distintos remedios existe porque el beneficio obtenido por el comprador a partir de la renegociación es una función de: (a) el beneficio del no-intercambio; (b) el beneficio del intercambio; y (c) el poder de negociación del comprador.²⁴ Estas variables son inmutables

²⁴ El poder de negociación *ex post* de las partes difiere del poder *ex ante*, porque sus puntos de desacuerdo cambian. El vendedor, en una renegociación, puede restringir al comprador a su expectativa realizando el intercambio, y el comprador puede perder acceso inmediato al mercado para reemplazar el cumplimiento del vendedor. Por tanto, ambas partes tienen poder de negociación *ex post*. En términos del modelo, $0 < \alpha < 1$ para el comprador, y $1 - \alpha > 0$ para el vendedor. Por conveniencia, establecemos $\alpha = 1/2$. Un análisis de cómo el poder de negociación de un comprador puede caer luego de celebrar el contrato, véase en Alan Schwartz, "Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies", en *J. Legal Studies*, 21, 1992, p. 271.

respecto del remedio particular que el comprador invoque para disparar la renegociación. Por lo tanto, el beneficio obtenido por el comprador es el mismo bajo todos los contratos con derechos de propiedad.

III.4. Distribución del excedente y retorno esperado del comprador

III.4.a: Intuición

Un contrato con derechos de propiedad otorga al comprador un poder de negociación *ex post* porque en principio puede compeler al vendedor a que cumpla. El mercado otorga al comprador un poder de negociación *ex ante* porque el comprador puede realizar compras al vendedor que ofrezca los mejores términos. Para comparar los beneficios que implican estas diferentes formas de poder de negociación, asumiremos que la ley reconoce como válidos ambos tipos de contratos. Supongamos que un vendedor ofrece el contrato estándar, que no conlleva derechos de propiedad, pero que carga al comprador con un “precio por derecho de propiedad”. Este precio le permite al vendedor recuperar tres clases de costos esperados: (a) el costo de intercambio del vendedor, si el vendedor realiza el intercambio; (b) el costo del vendedor de pagar por las expectativas del comprador, si el vendedor no realiza el intercambio; y (c) el costo *adicional* en que el vendedor que no intercambia luego debería incurrir para pagar al comprador la participación en el beneficio del no-intercambio a fin de poder librarse del contrato. Dado que el pago de esta participación es un costo, se encuentra reflejado en el precio del derecho de propiedad.

Sin embargo, contratos estándar con tales precios por derechos de propiedad no podrían existir en equilibrio. Los compradores sofisticados pueden anticipar dos posibles excedentes: uno que es creado por el intercambio y otro creado por el no-intercambio. Si un vendedor ofrece un contrato estándar con un precio por derechos de propiedad, un vendedor competidor podría hacerse con el negocio de un comprador sofisticado a través de dos caminos distintos. Primero, puede mantener el mismo precio pero ofrecer al comprador un contrato con derechos de propiedad que permita al comprador exigir el cumplimiento específico. Los compradores prefieren contratos con derechos de propiedad, con precios por derechos de propiedad, a contratos estándar con precios por derechos de propiedad, dado que el contrato con derechos de propiedad le permite al comprador adquirir más tarde una participación en el beneficio del no-intercambio.

Segundo, el vendedor competidor podría ofrecer el contrato estándar a un precio más bajo.

Aquí nos enfocaremos en las reducciones de precio. Recordemos que el precio por derechos de propiedad se compone de tres clases de costos. Cuando un vendedor fija un precio por derechos de propiedad sin ofrecerlo, el costo (c) no es realmente un costo sino ganancia pura (la participación en el beneficio del no-intercambio que el comprador no tiene el poder de reclamar). Como se mostró en el ejemplo introductorio, esta ganancia quedará fuera de competencia. Otra forma de expresar este resultado es que el precio es igual al costo en mercados competitivos. De este modo, en los contratos estándar, el precio se compone únicamente de los costos (a) y (b) descriptos más arriba.

Por lo tanto, la expectativa de beneficio del comprador no varía según el tipo de contrato que acepta. Bajo el contrato con derechos de propiedad, el comprador paga un precio que incluye la participación esperada del comprador en el beneficio del no-intercambio, pero luego recupera esta participación en la renegociación que él mismo puede forzar. Bajo el contrato estándar, el comprador no puede forzar una renegociación pero el precio es más bajo debido a la expectativa de participación del comprador en la renegociación. El valor que el comprador obtendrá del cumplimiento del vendedor no se ve afectado por el tipo de contrato que firme. De esto se sigue que la expectativa de ganancia del comprador es la misma bajo ambos tipos de contratos. La parte 3.4.b siguiente exhibe formalmente este razonamiento. Para aquellos lectores a los cuales les resulta innecesario el análisis formal pueden pasar directamente a la parte 3.4.c, que contiene un ejemplo numérico más detallado, o pueden saltar directamente a la parte 3.5, que discute los resultados.

III.4.b: Análisis

La expectativa de retorno del comprador es el valor que éste espera obtener de los bienes menos el precio que tiene que pagar por ellos. Por ejemplo, su valor puede ser una función de la demanda del producto final que el comprador planea vender. Así, el tipo de contrato que el comprador acepta puede afectar su retorno esperado sólo a través del remedio que estipula dicho contrato y del precio. Los vendedores en un mercado competitivo perciben un retorno sobre el capital invertido, el cual se refleja en sus costos; pero en rigor, tienden a percibir ganancia cero. A continuación resolveremos los precios bajo los dos tipos de contratos, asumiendo esta ganancia cero.

El retorno esperado por el vendedor bajo un contrato con derechos de propiedad es:

$$(1) E_S(\pi_{pr}) = \beta_a(p_{pr} - c_L) - \beta_t\{(v_L - p_{pr}) + \alpha[(c_H - p_{pr}) - (v_L - p_{pr})]\}$$

El primer término a la derecha de la ecuación (1) es el retorno esperado del vendedor por el intercambio: el precio por el derecho de propiedad, llamado p_{pr} , menos el costo incurrido por el vendedor en la situación de intercambio. El término entero entre llaves es la compensación que el vendedor debería pagar al comprador en un escenario de no-intercambio. El primer término dentro de la llave es la expectativa del comprador ante el escenario de no-intercambio: su valor más bajo asignado al bien menos el precio. El primer término entre corchetes es el ahorro que logra el vendedor por no realizar el intercambio: su más alto costo de no-intercambio menos el precio. El segundo término entre corchetes es la expectativa del comprador, la cual debe ser deducida en este caso, dado que el vendedor debe pagarla según el primer término entre llaves. Todos los términos entre llaves están multiplicados por β_p , que es la probabilidad de que las partes no realicen el intercambio pactado. Los términos entre corchetes están multiplicados por α , el poder de negociación del comprador, dado que son los términos que reflejan el pago que el comprador esperará para permitir que el vendedor no realice el intercambio. Los términos entre corchetes pueden simplificarse en $c_H - v_L$, que a su vez es S_p , el beneficio del no-intercambio. Usando esta simplificación, asumiendo que $\beta_a + \beta_t = 1$, e igualando la ecuación (1) a cero para reflejar la premisa del mercado competitivo, el precio del derecho de propiedad es:

$$(2) p_{pr} = \beta_a c_L + \beta_t v_L + \beta_t [\alpha(S_p)]$$

Los primeros dos términos de la ecuación (2) representan el costo esperado del vendedor, si las partes realizan el intercambio; y el costo esperado del vendedor por pagar la expectativa del comprador, si las partes no realizan el intercambio. El último término es el costo esperado de la multa que el vendedor deberá pagar más tarde al comprador por poder evitar el intercambio: esto es, el valor esperado del beneficio de no-intercambio que el poder de negociación del comprador le permite capturar a dicho comprador bajo un contrato con derechos de propiedad. Esta multa se refleja en el precio dado que es un costo que el vendedor debe soportar bajo un contrato con derechos de propiedad.

La expectativa de retorno de un vendedor bajo el contrato estándar es:

$$(3) E_S(\pi_{ei}) = \beta_a(p_{ei} - c_L) - \beta_t(V_L - p_{ei})$$

El primer término del lado derecho de la ecuación es el valor esperado del vendedor por el intercambio: el precio del contrato estándar, llamado p_{ei} , menos el costo del vendedor en la situación de intercambio. El segundo término es la expectativa del comprador en un escenario de no-intercambio, que debe ser pagada por el vendedor cuando no intercambia. Igualando la ecuación (3) a cero, el precio esperado bajo el contrato estándar es:

$$(4) p_{ei} = \beta_a c_L + \beta_t V_L$$

Nuevamente, los primeros dos términos reflejan el costo esperado por el vendedor en situación de intercambio y el pago que el vendedor espera tener que realizar al comprador por su expectativa ante el no-intercambio. Sin embargo, aquí no hay tercer término, dado que bajo el contrato estándar el vendedor no debe pagar una multa para poder retirarse.

Si un vendedor ofreciese el contrato estándar a precio de un contrato con derechos de propiedad obtendría una ganancia pura sobre su costo de $\beta_t[\alpha(S_t)]$. Esto es, el vendedor sería compensado por una multa que luego no debería pagar. Sin embargo, otros vendedores competirían a la baja contra esta ganancia ofreciendo precios más bajos. El precio de equilibrio bajo el contrato estándar es menor que el precio bajo el contrato con derechos de propiedad debido a la expectativa del comprador en participar del beneficio del no-intercambio.

El beneficio esperado por el comprador bajo el contrato estándar es su valor esperado, llamado V , menos el precio esperado:

$$(5) E_B(\pi_{ci}) = V - p_{ei}$$

El beneficio esperado por el comprador bajo el contrato con derechos de propiedad es su valor esperado más su participación en el beneficio de no-intercambio; si en vez de concretar el intercambio las partes renegocian, menos el precio del derecho de propiedad:

$$(6) E_B(\pi_{pr}) = V + \beta_t(\alpha S_t) - p_{pr}$$

Los dos beneficios son iguales: esto es, la ecuación (5) menos la ecuación

(6) = 0.²⁵ Volviendo a la intuición, el valor esperado del comprador es igual bajo ambos tipos de contrato. De este modo, en este modelo, para el comprador es indiferente si recibe su valor menos el menor precio esperado, o si recibe su valor menos el mayor precio del derecho de propiedad para recuperar más tarde la diferencia entre los precios en una renegociación.

Finalmente, si bien es conveniente asumir un mercado competitivo para demostrar el resultado, este último se aplica ampliamente. El modelo está erigido sobre tres factores: (i) el comprador tiene poder de negociación *ex post*; (ii) el vendedor puede poner un precio al menos tan alto como su costo esperado; y (iii) la capacidad del vendedor de fijar el precio *ex ante* está constreñida por la existencia de otros posibles vendedores. Los primeros dos factores se aplican en cualquier escenario y el último aplica a menos que el vendedor tenga un fuerte poder monopólico. De esta manera, los compradores son indiferentes a los dos tipos de contratos siempre y cuando estén en ambientes perfectamente competitivos.²⁶

III.4.c: Un ejemplo

En el ejemplo, donde usaremos la premisa del mercado competitivo, el costo del vendedor será \$100 con una probabilidad de 80% y \$150 con probabilidad de 20%. Así, el costo esperado del vendedor es $C = \$110$. El valor asignado por el comprador será \$145 con probabilidad de 80% y \$120 con probabilidad de 20%. De esta manera, el valor esperado para el comprador, V , es \$140. Dado que $V > C$, las partes contratan. La probabilidad

²⁵ Haciendo esta sustracción, tenemos que $(V - p_{ei}) - (V - p_{pr} + \beta_t(\alpha S_t)) = p_{pr} - p_{ei} - \beta_t(\alpha S_t)$. Recordando que $p_{pr} = p_{ei} + \beta_t(\alpha S_t)$, (5) - (6) = 0.

²⁶ Hemos verificado este razonamiento mediante la afirmación de que, para los precios contractuales asumidos, el poder de negociación es exógeno y el vendedor puede fijarlos como para extraer una participación del beneficio esperado del intercambio. La diferencia de precio nuevamente se iguala $\beta_t[\alpha(S_t)]$. El ambiente competitivo más común, probablemente, se genera cuando los vendedores se encuentran ante bienes diferenciados, bajo competición de Bertrand. En dichos mercados, existen muchos vendedores, cada uno de los cuales difiere en algún aspecto relevante para el comprador. P. ej., el comprador está comprando una máquina. Los vendedores/manufactureros difieren en su capacidad para hacer coincidir la máquina con las necesidades del comprador. Por tanto, el vendedor que el comprador inicialmente escoge puede capturar una parte mayor del beneficio que el comprador obtiene de la contratación, respecto de la eventual segunda elección del comprador. El término "Bertrand" indica que los vendedores compiten en el precio. Si el vendedor inicial demanda demasiado del excedente esperado, el comprador elegirá otro que le demande menos. La competencia, nuevamente, restringe el poder de negociación del vendedor.

de que se realice el intercambio es de 80% puesto que en ese caso el valor del comprador es \$145 y el costo del vendedor es \$100. El comprador tiene 50% del poder de negociación si las partes renegocian. En la notación del modelo, $c_H = 150$; $c_L = 100$; $v_H = 145$; $v_L = 120$; $\alpha = .5$; $\beta_a = 0,8$; $\beta_t = 0,2$. El excedente en caso de que el vendedor rechace el intercambio es $S_t = c_H - v_L = 30$.

Si las partes celebran un contrato estándar, el precio, por la ecuación (4) de arriba, será $p_{ei} = 0,8(100) + 0,2(120) = 104$. Si las partes celebran un contrato con derechos de propiedad, el precio, de la ecuación (2), es $p_{pr} = 0,8(100) + 0,2((80) + 0,2[0,5(30)]) = 107$. La ganancia esperada por el comprador bajo el contrato estándar, a partir de la ecuación (5), es $\$140 - \$104 = \$36$. La ganancia esperada del comprador bajo el contrato con derechos de propiedad, a partir de la ecuación (6), es $\$140 + \$3 - \$107 = \36 . Por tanto, es indiferente para el comprador acordar el pago de \$104 bajo el contrato estándar sin recuperar nada luego, o acordar el pago de \$107 bajo el contrato con derecho de propiedad esperando con una probabilidad del 20% recuperar \$15 en una renegociación futura. El precio se ajusta para reflejar el tipo de contrato que el comprador acepta, de modo que el comprador obtiene la misma ganancia esperada bajo ambos tipos de contrato.

III.5. Críticas de derecho contractual y distribución del excedente ²⁷

La idea de que el actual derecho contractual impide la distribución del excedente es racionalmente incongruente o bien descansa sobre una premisa indefensa. Los compradores informados y racionales saben que la contratación crea dos posibles excedentes. Permitamos que vendedores competitivos ofrezcan contratos estándar a estos compradores. Este contrato contendrá la cláusula de transferencia eficiente y un precio que permita a los compradores tener una participación en el valor esperado del beneficio que las partes generan cuando no realizan el intercambio.

Supongamos que, en su lugar, algunos compradores prestan atención solamente al beneficio que genera el intercambio, y no se dan cuenta que puede haber un beneficio si el vendedor no realiza el intercambio. Llamaremos inocentes a dichos compradores. Si existen suficientes compradores inocentes, los vendedores maximizarían sus ganancias explotándolos al costo de perder el negocio de los compradores sofisticados.

²⁷ Aquí nos centramos en preocupaciones positivas sobre estas críticas. La parte IV presenta un análisis más completo de las críticas morales.

En el equilibrio resultante, el contrato estándar sería ofrecido al precio con derechos de propiedad: los compradores no tendrían participación en el beneficio del no-intercambio. El argumento de que el derecho contractual excluye a los prometidos de la participación en este beneficio porque el derecho sólo protege la expectativa del prometido, *únicamente* podría existir si hay muy pocos compradores sofisticados que puedan persuadir a los vendedores a establecer precios competitivos.²⁸

Queda abierta la pregunta acerca de si existen suficientes compradores sofisticados. La mayoría de las teorías contractuales, incluyendo aquellas que implícitamente sostienen que el derecho contractual debería otorgar a los prometidos un derecho de propiedad en la contratación, asumen que éstos tienen la capacidad de elegir cláusulas ejecutivas que son del mejor interés del prometido; puesto que si los prometidos hiciesen elecciones irracionales en lo que respecta a la sustancia del contrato, pareciera no haber ningún derecho de propiedad suficientemente fundado que proteger. Sin embargo, la elección de cláusulas ejecutivas requiere de cierto pensamiento proyectivo. Un prometido que proyecta hacia el futuro debería darse cuenta de que el intercambio bajo un contrato es incierto y, por tanto, preguntarse cómo regula su contrato la posibilidad de no-intercambio. Este razonamiento sugiere que la competencia funciona, como explicamos arriba, sobre las presunciones que hacen los críticos. No obstante, el asunto es empírico.

En cuanto a la premisa indefensa, la protección del derecho contractual al interés esperado permite a los prometidos racionales participar del excedente generado por el no-intercambio a través del vehículo de un menor precio contractual. Un derecho de propiedad permitiría a los prometidos racionales participar del excedente generado por el no-intercambio a través del vehículo de una renegociación *ex post*. Por tanto, la hipótesis del cumplimiento dual es plausible si los prometidos prefieren más a menudo participar a través de

²⁸ El texto utiliza la frase “muy pocos” porque, cuando las partes no negocian en la etapa de celebración, los vendedores podrían ofrecer contratos óptimos en mercados en los cuales, cuando hay suficientes compradores sofisticados, ingresan tanto compradores sofisticados como inexpertos. Véase, Alan Schwartz, “How Much Irrationality Does the Market Permit?”, en *J. Legal Studies*, 37, 2008, p. 131. La irracionalidad juega un rol más limitado cuando existe negociación *ex ante*. Véase, John A. List and Daniel Millimet, “The Market: Catalyst for Rationality and Filter of Irrationality”, *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, Vol 8:Iss.1, Artículo 47, 2008, p. 3. (“Concluimos que la irracionalidad individual, tal como es medida en nuestro experimento, no afecta claramente la eficiencia agregada en los mercados de negociación bilateral”). A veces, se dice que la inexperiencia toma la forma de una estructura remedial contractual desprevendida, porque las partes, al momento de contratar, se concentran en el cumplimiento y no en los posibles incumplimientos. La Introducción a la parte IV más abajo cuestiona este argumento.

la reducción del precio. A continuación sostendremos que, si los vendedores pudieran ofrecer ambos tipos de contratos, muchos compradores preferirían precios más bajos.

III.6. Las preferencias del comprador

En el mundo ideal del modelo, que refleja el mundo ideal de los críticos, el comprador es indiferente respecto a la recepción de una participación en el excedente del no-intercambio, en forma de reducción del precio bajo el contrato estándar o en forma de pago *ex post* bajo el contrato con derechos de propiedad. Ahora, flexibilizaremos algunas de las premisas del modelo, a fin de sostener que la participación a través del precio sería la elección más común.

III.6.1: Ex Ante: costos de contratación

Hemos asumido que no había costos de contratación. Cuando flexibilizamos esta premisa irreal, el contrato estándar se vuelve más atractivo dado que es más barato de celebrar. Existen dos razones para ello. Primero, el contrato estándar establece condiciones respecto de pocas situaciones de la realidad. El comprador paga el precio si el vendedor intercambia, y el vendedor paga la transferencia si no lo hace. Así, existen dos posibles situaciones de compensación bajo el contrato estándar: intercambio o no-intercambio. El contrato con derechos de propiedad establece condiciones en, al menos, seis situaciones de la realidad, siendo las dos primeras intercambio y no-intercambio. Si el vendedor no realiza el intercambio y retiene el bien (objeto de la venta), el comprador tiene derecho al cumplimiento específico; si el vendedor ha vendido el bien a un tercero, el comprador tiene derecho a exigir que el vendedor le entregue los beneficios que obtuvo por dicha venta. Por tanto, el contrato con derechos de propiedad también establece condiciones respecto de las situaciones de “vendido” o “no vendido”. Finalmente, si el promitente tuviera problemas de stock (imposibilidad de expandir inmediatamente la producción) podría verse impedido de cumplir con el prometido, puesto que se encuentra cumpliendo con otra persona. En este caso, el cumplimiento específico es imposible y también podría serlo la devolución del beneficio obtenido por la otra venta (dado que aquí el vendedor no se estaría enriqueciendo de más por el no-intercambio), de modo que el prometido sólo tendría derecho a una indemnización. Así, el contrato con derechos de propiedad debería además establecer condiciones respecto a las situaciones de “imposibilitado” o “no imposibilitado”. Como consecuencia de esta posibilidad, el contrato requiere del establecimiento de una cláusula

de transferencia o de que las partes decidan aceptar la solución que existe actualmente por defecto, tal como ocurre cuando las partes redactan un contrato estándar. El costo de celebrar un contrato se incrementa a medida que crece el número de contingencias respecto de las cuales el contrato debe reglamentar el comportamiento de las partes.²⁹

Segundo, el problema de acordar el precio es más costoso de resolver bajo un contrato con derechos de propiedad. Si comparamos las ecuaciones (2) y (4) más arriba, bajo el contrato estándar el vendedor, para fijar el precio, debe predecir su costo bajo y el valor alto del comprador. Bajo el contrato con derechos de propiedad, el vendedor debe además predecir el beneficio del no-intercambio y el poder de negociación que las partes tendrán en caso de renegociación. De modo que fijar el precio en contratos con derechos de propiedad es más complejo, y por tanto más costoso, que fijar el precio en contratos estándar.

Para resumir, si bien el beneficio que el comprador obtendrá del intercambio será igual independientemente de la forma del contrato, su ganancia neta no lo será. El precio del contrato con derechos de propiedad será a menudo más alto que el precio del contrato estándar, debido al costo adicional que implica escribir y fijar el precio del contrato con derechos de propiedad. Los compradores prefieren el contrato estándar cuando éste genera el mismo beneficio que el contrato con derechos de propiedad pero es más barato de celebrar.

III.6.2: *Ex post*

La idea de trasfondo es que los intereses de las partes cambian a medida que se mueven desde el nivel *ex ante* al nivel *ex post*. Dichos intereses se encuentran en armonía al momento de la contratación: las partes imaginan que obtendrán el beneficio mayor del cumplimiento, y por tanto, comparten el deseo de llegar a un acuerdo.³⁰ Sin embargo, los intereses de las partes son contrapuestos en la etapa *ex post*: ambas saben que no habrá intercambio y que se encuentran atrapadas en un juego de suma cero. Cada centavo que el comprador recibe como indemnización o a raíz de la renegociación es un centavo perdido para el vendedor.

²⁹ Para un análisis más profundo, véase Pierpaolo Battigalli y Giovanni Maggi, "Rigidity, Discretion and the Costs of Writing Contracts", en *American Econ. Rev.*, 92, 2002, p. 798.

³⁰ Recuerden nuestras presunciones de que la probabilidad de intercambiar supera la probabilidad de no hacerlo, y que el beneficio de intercambiar supera el ahorro proveniente del no-intercambio. Los intereses de las partes no son idénticos: los vendedores prefieren precios más altos, p. ej., y los compradores más bajos. Sin embargo, dado que los contratos generan una ganancia, las partes participan de un juego de sumas agregadas. Las partes comparten el interés de "lograr el acuerdo".

En el modelo utilizado más arriba, la suma cero del juego *ex post* no importaba dado que asumíamos que el vendedor estaba en condiciones de realizar cualquier pago que el contrato implicara. Sin embargo, un vendedor podría estar falto de liquidez luego de la celebración del contrato. Dicha imposibilidad del vendedor de pagar crece a medida que aumenta el monto en juego. Bajo el contrato estándar, el pago *ex post* para el comprador es $v_L - p_{ei}$, es decir su valuación del estado de no-cumplimiento menos el precio del contrato estándar. En el ejemplo utilizado más arriba, dicho pago es $\$120 - \$104 = \$16$. Bajo el contrato con derechos de propiedad, el pago del comprador es $v_L - p_{pr} + \alpha S_p$, es decir, la valuación del comprador menos el precio del contrato con derechos de propiedad más la participación del comprador en el beneficio generado por el no-intercambio. En el ejemplo utilizado más arriba, dicho pago es $\$120 - \$107 + \$15 = \28 , es decir, un 43% más alto.

La reticencia del vendedor a pagar aumenta cuando, como sucede a veces, sus costos se correlacionan con los de distintos contratos. Un vendedor puede enfrentar la quiebra si sus costos en varios contratos terminan excediendo los precios fijados. Dado que bajo los contratos con derechos de propiedad hay más dinero en juego, la parte vendedora en estos contratos es más proclive a pelear más duramente para evitar sus obligaciones en un escenario de costos correlativos. Volviendo a la etapa de la contratación, las partes raramente adquieren un conocimiento completo de las circunstancias financieras de su contraparte. Por tanto, los compradores en ambos tipos de contrato enfrentan el riesgo de que su vendedor termine teniendo dificultades de liquidez. Este riesgo es más bajo en el contrato estándar que en el contrato con derechos de propiedad, puesto que hay menos en juego bajo el contrato estándar. También por esta razón es que el comprador se inclina por el contrato estándar.

Adicionalmente, en el modelo utilizado más arriba se asume que el vendedor efectúa un pago inmediatamente luego de negarse a cumplir y que la renegociación ocurre en el instante. En un marco más realista, el vendedor tiene incentivos para dilatar la cuestión, y las renegociaciones llevan tiempo. El comprador puede verse desaventajado por la demora si tenía la expectativa de usar el pago para comprar un sustituto o repagar una deuda a un acreedor. Las demoras son más probables cuando el comprador necesita de una renegociación para obtener el pago. Por tanto, el contrato estándar tiene menor riesgo de demora.

Para resumir, un vendedor con dificultades financieras tiene incentivos para no pagar y todos los vendedores tienen incentivos para retrasar el pago. La resistencia o la demora en el pago puede justificarse en reclamos del vendedor de que realizó una oferta que el comprador rechazó

irrazonablemente, o que el incremento de los costos fue suficientemente material como para hacer imposible el cumplimiento, o que el comprador no estaba preparado para recibir la entrega en debido tiempo. Dicho comportamiento estratégico es más probable que ocurra, o que ocurra con mayor seriedad, bajo un contrato con derechos de propiedad. Por lo tanto, las consideraciones *ex ante* y *ex post* harían que muchos compradores prefieran el contrato estándar si el mercado ofreciese ambos tipos de contratos.

Resumiremos el análisis en dos proposiciones:

Proposición 1: el derecho contractual actual permite a un prometido participar del excedente creado por el no-intercambio del promitente tanto como lo haría si tuviera un derecho de propiedad sobre el cumplimiento del promitente.

Proposición 2: si el derecho contractual estableciera por defecto la indemnización a las expectativas, el prometido típico dejaría que dicha solución prevalezca si el prometido pudiera probar su expectativa.³¹

Efectuaremos dos comentarios adicionales. Primero, el beneficio bruto de un prometido bajo cualquiera de los dos tipos de contrato es el mismo, por tanto las partes prefieren el contrato que provee el beneficio neto más alto. El contrato estándar provee el beneficio neto más alto dado que es más barato de celebrar y ejecutar. Este análisis sostiene la hipótesis del cumplimiento dual. El prometido *prefiere* el contrato estándar, bajo el cual el promitente puede escoger si cumple con las cláusulas ejecutivas del contrato o si efectúa un pago al prometido en un monto igual a su expectativa. Utilizando vocabulario contractual, el prometido *acuerda* otorgar al promitente esta elección, de modo que no existe un incumplimiento cuando el promitente elige por la opción de pagar una suma de dinero. Ésta es la hipótesis del cumplimiento dual.

Segundo, las partes prefieren el contrato con derechos de propiedad cuando la información asimétrica impide al prometido probar su expectativa. Nuestro modelo asume que las partes pueden observar el valor esperado y el valor *ex post* de las variables de costo y de valor. Es más, los tribunales

³¹ La proposición 2 está puesta de esta manera porque la indemnización de las expectativas no es el remedio por defecto, sino el único remedio disponible. Los tribunales no ejecutarán contratos con cumplimiento específico, ni cláusulas de tarificación del daño que no se aproximen razonablemente a las expectativas defraudadas del damnificado. La proposición deriva del modelo, el cual asume que ambos tipos de contratos son ejecutables y sostiene que los compradores comúnmente preferirían el contrato estándar.

pueden ver el valor *ex post* del prometido: el beneficio que el prometido hubiese obtenido si las partes hubieran perfeccionado el intercambio.³² Un tribunal puede así adjudicar al prometido su valor menos el precio cuando el promitente se niega tanto a realizar el intercambio como a realizar un pago. Ahora bien, supongamos que no es posible verificar el valor que obtendría el prometido. Entonces, el tribunal no podría proteger su expectativa, lo cual crea en el promitente un incentivo tanto para no realizar el intercambio como para no efectuar ningún pago. Actualmente las partes intentan resolver este problema con cláusulas de indemnización tarifada y medidas precautorias. Los tribunales suelen conceder las primeras y a veces deniegan las últimas. Nuestro modelo demuestra que, en el caso de información asimétrica, las partes se beneficiarían de la posibilidad de poder celebrar un contrato con un derecho de propiedad ejecutable sobre el cumplimiento del promitente.³³

Terminamos de resumir este análisis con el argumento de que el contrato estándar es congruente con la preferencia de la mayoría. De este modo, si las partes pudieran contratar por cualquier indemnización que esperasen, el contrato estándar sería el contrato por defecto. Por el contrario, los críticos de la indemnización de las expectativas sostienen que el contrato con derechos de propiedad debería ser el contrato obligatorio o el contrato por defecto. Las partes estarían peor en cualquiera de estos casos.

IV. La estructura normativa y moral de la indemnización de las expectativas.

El modelo utilizado más arriba revela que la hipótesis del cumplimiento dual es la que mejor explica cómo contratan las partes. Un vendedor realiza

³² Esto es V_L en el análisis de más arriba.

³³ Uno de nosotros, en un artículo más viejo, sostenía que los tribunales deberían ejecutar contratos con cumplimiento específico y que estos debieran estar disponibles ante la primera exigencia. Véase, Alan Schwartz, "The Case for Specific Performance", en *Yale L. J.*, 89, 1979, p. 271. En términos actuales, el último argumento sostenía que el cumplimiento específico debería ser la solución por defecto. Este argumento se apoyaba principalmente sobre la afirmación de que (a) la indemnización de las expectativas – valor menos precio– no puede ser adjudicada cuando el valor no es comprobable; (b) los daños de mercado –el precio del sustituto– no pueden ser adjudicados cuando no existen sustitutos cercanos; y (c) los compradores buscan el cumplimiento específico, sólo cuando se dan los factores (a) o (b). Como el texto muestra más arriba, las partes contratarían con cumplimiento específico en estos casos, y los tribunales deben ejecutar sus contratos. El presente artículo, utilizando teoría moderna, muestra que las partes prefieren contratos estándar cuando los dos factores principales no ocurren.

una promesa alternativa: proveer bienes o servicios al comprador, o bien efectuar una transferencia de dinero al comprador en lugar de dichos bienes o servicios. De acuerdo con ello, un promitente que voluntariamente realiza la transferencia de dinero antes que el intercambio no incumple, sino que honra su contrato; y un tribunal que, a través de la indemnización de expectativas, ordena al promitente renuente a que efectúe una transferencia de dinero otorga, no una reparación sustitutiva, sino una reparación *directa*.

La parte 4 aplica esta comprensión de la relación contractual para defender la indemnización de expectativas, entendida bajo los términos de la hipótesis del cumplimiento dual, contra dos críticas filosóficas prominentes. A nivel analítico, es decir, en lo que hace a la estructura normativa del derecho, los críticos argumentan que la indemnización de expectativas pone un precio al incumplimiento del contrato cuando, en rigor, el derecho debería sancionar dicho incumplimiento. Más aún, el precio legal fijado es tan bajo que incentiva el incumplimiento en lugar de disuadirlo. La fuerza intrínseca de un derecho contractual deriva mayormente de su compromiso respecto al cumplimiento de los contratos. Por tanto, la indemnización de expectativas, al flexibilizar el cumplimiento, socava el mismo orden legal al cual pertenece. A nivel moral, es decir, en lo que hace a los ideales extra-legales a los cuales el derecho debe responder, los críticos argumentan que la flexibilización del cumplimiento que promueve la indemnización de expectativas viola el orden moral que rige las típicas promesas contractuales.

Contestaremos a ambas críticas. Es útil comenzar refutando una de las premisas del enfoque crítico. Esta premisa sostiene que cuando las partes celebran un contrato, éstas se focalizan solamente en el precio y en aquello que el promitente se obliga a hacer. De ello se sigue que se considera que las partes no tienen una intención consciente en lo que respecta a remedios contractuales a menos que el contrato directamente hable sobre cuestiones indemnizatorias. La hipótesis del cumplimiento dual asume, por el contrario, que el prometido *acuerda* otorgar al promitente la discreción para realizar el intercambio o realizar una transferencia de dinero. Si los prometidos en realidad desatienden los remedios contractuales al momento de la celebración del contrato, entonces la hipótesis parece no plausible.

Esta “premisa de desatención” es errada; los prometidos generalmente prestan atención a los remedios contractuales. Para entender esto, recordemos la descripción de los dos tipos de contratos que utilizamos como modelo: el contrato estándar y el contrato con derechos de propiedad. El contrato estándar tiene (a) cláusulas ejecutivas; (b) una cláusula de transferencia; y (c) un precio. El contrato con derechos de propiedad, si fuera ejecutable, tendría

(a) cláusulas ejecutivas; (b') el otorgamiento de un derecho de propiedad; y (c) un precio. El precio en el contrato estándar es una función de las cláusulas (a) y (b); mientras en el contrato con derechos de propiedad es una función de las cláusulas (a) y (b'). Un prometido sofisticado se pregunta qué es lo que adquiere a cambio del precio contractual. Él no podría responder racionalmente a esta pregunta sin considerar tanto las cláusulas (a) como las cláusulas (b). Yendo directamente al punto, la presunción de que las partes son sofisticadas y la presunción de que las partes ignoran la contingencia del no-intercambio son incongruentes.

Por lo tanto, asumiendo la sofisticación de las partes, la cláusula de transferencia surge de las intenciones reales de las partes, y no simplemente de las intenciones que sería racional que ellas tuvieran o que deberían serles adjudicadas a las mismas. La promesa de transferencia es tan real, en tanto producto de las verdaderas intenciones de las partes, como las promesas que rigen el objeto del contrato. En el contrato estándar esta promesa queda establecida a través de la cláusula del precio, que fija el beneficio para los compradores tanto en caso de intercambio como de no-intercambio (siendo que la transferencia contractual es igual al valor asignado al intercambio menos el precio). En realidad nosotros estamos imbuidos en la idea de que la promesa de transferencia es expresa –es decir que, dadas las negociaciones de las partes, la cláusula del precio es justamente una cláusula de indemnización tarifada, que fija las transferencias con referencia al precio nominado (y el beneficio asociado para el prometido). Más aún, y críticamente, incluso si la cláusula de transferencia no fuera expresa, sino si estuviera implícita en el precio, ello estaría implícito *en los hechos* y no sólo en el derecho. La parte 4 utiliza estas ideas para reinterpretar la indemnización de expectativas a lo largo de ciertas frases que responden a los críticos de este remedio. Demostraremos que en nuestra interpretación la indemnización de expectativas sanciona antes de fijar un precio al incumplimiento, cuando un incumplimiento es entendido como la falla del promitente tanto en realizar el intercambio como en transferir dinero. De este modo, la indemnización de expectativas es congruente con la estructura normativa de la obligación contractual. Incluso, nosotros otorgamos a la indemnización de expectativas una interpretación que la vuelve formalmente congruente con la moral de las promesas. Finalmente, sostenemos que el modo de distribución que la indemnización de expectativas introduce en la relación contractual respeta mejor los valores sustantivos asociados con la moral de las promesas que sus alternativos, al menos para el caso de intercambios de promesas comerciales entre partes sofisticadas que interactúan con parámetros de mercado en una economía abierta y flexible.

IV.1 El argumento analítico

Los críticos de la indemnización de las expectativas afirman que dicho remedio es incongruente con la estructura normativa interna (o, como decimos a veces, inmanente) del derecho contractual. Se trata de un punto analítico antes que moral, referido a las normas inmanentes al contrato antes que a la conexión del contrato con valores morales que residen fuera del derecho. Retomaremos el tema moral de la indemnización de las expectativas en la sección 4.2 más abajo. En esta sección, primero expondremos los problemas analíticos más importantes y luego mostraremos cómo nuestra reconstrucción de la teoría resuelve estos problemas.

Los críticos sostienen que la indemnización de las expectativas tiende a *poner un precio* al incumplimiento antes que fijar una sanción a ser impuesta sobre el incumplimiento ilícito.³⁴ Así remarca Melvin Eisenberg la manera en que el derecho incentiva el rechazo al cumplimiento: “si no deseas realizar una acción prometida cuando debes hacerlo, puesto que si tomas todo en forma global crees que el costo de tu acción excedería el beneficio del prometido, *entonces no deberías mantener tu promesa*”.³⁵ Eisenberg agrega que esto “no es sólo un efecto de la teoría del incumplimiento eficiente; es un propósito de la teoría”.³⁶ En su auto-presentación, la teoría del “incumplimiento eficiente” fomenta la idea de que, tal como lo dice Farnsworth, “un ‘simple’ incumplimiento contractual no es un ‘mal’”.³⁷

Los críticos (colocando a la teoría del “incumplimiento eficiente” contra sí misma) insisten en que esta teoría es incongruente con la idea

³⁴ Una versión preliminar de este argumento aparece en Daniel Friedmann, “The Efficient Breach Fallacy”, en *J. Legal Stud.* 1, 18, 1989, p. 1. Para tratamientos más recientes de esta posición, véase, Richard R.W. Brooks, “The Efficient Performance Hypothesis”, en *Yale L. J.*, 116, 2006, pp. 568, 591-92; Jody S. Kraus, “A Critique of the Efficient Performance Hypothesis”, en *Yale L. J. Pocket Part*, 116, 2007, p. 424.

³⁵ Melvin Eisenberg, “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law” en *Cal. L. Rev.*, 93, 2005, pp. 975, 1012-13 (énfasis en el original). Eisenberg abocaba fuertemente por un amplio retorno a la restitución de la ganancia obtenida por el incumplimiento. Véase, Melvin Eisenberg, “The Disgorgement Interest in Contract Law”, en *Mich. L. Rev.*, 105, 2006, p. 559.

³⁶ Eisenberg, *supra* nota 36, p. 1013. Aquí Eisenberg cita a Birmingham, en cuyo artículo, sobre la idea del incumplimiento eficiente, observaba que “podría ser socialmente deseable eliminar el contenido moral de la promesa contractual a fin de incentivar el incumplimiento en casos donde ello sea beneficioso”. Robert Birmingham, “Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency”, en *Rutgers L. Rev.*, 24, 1970, pp. 273, 292.

³⁷ E. Allan Farnsworth, “Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract”, en *Yale L.J.*, 94, 1985, pp. 1339, 1341.

de que los contratos confieren a los prometidos el poder legal de exigir el cumplimiento. De este modo, los críticos argumentan que la estructura inmanente del derecho contractual compromete a este último a la proposición de que el incumplimiento es objetable y debe ser sancionado, lo cual es el opuesto formal a la actitud de la indemnización de las expectativas de fomentar el “incumplimiento eficiente”. El núcleo conceptual de esta crítica descansa sobre la idea de que las cláusulas ejecutivas del contrato regulan exhaustivamente las obligaciones del promitente, de modo que el resarcimiento económico necesariamente es un remedio sustitutivo. Es común escuchar a los críticos –persiguiendo la idea de que el fenómeno del “incumplimiento eficiente” coloca a la indemnización de las expectativas de espaldas a la estructura normativa del contrato (aprobar a coro la disposición del UCC de que “el propósito esencial de un contrato entre [partes] comerciantes es el cumplimiento efectivo y ellas no negocian solamente por una promesa, o por una promesa más el derecho de ganar un juicio”).³⁸

Las ideas de que un promitente que ofrece un pago de la expectativa se encuentra en incumplimiento y que la indemnización de las expectativas fomenta los incumplimientos eficientes tienen un sorpresivo poder de permanencia, manteniendo su dominio incluso sobre aquellos que parecen tratar conscientemente de hacerlas tambalear.³⁹ Ahora daremos dos ejemplos

³⁸ UCC, 2003, § 2-609 cmt. 1. Un ejemplo reciente es Melvin Eisenberg, *supra* nota 36, p. 1007. Eisenberg cita un tratado influyente en temas de restitución de la ganancia obtenida por el incumplimiento, el cual sostiene que “En la mayoría de los contratos... la expectativa que merece protección es la actuación prometida...”. George Palmer, *The Law of Restitution* s., 3, 1978, pp. 159 - 440. Esta observación repite la ambigüedad en el comentario del UCC.

³⁹ El creador moderno de esa teoría, Robert Birmingham, introdujo el argumento a favor de la eficiencia de la indemnización de las expectativas, al escribir que “el incumplimiento de obligaciones debería ser incentivado cuando el promitente pudiera sacar provecho de su incumplimiento, en la medida que coloque a su prometido en la misma posición en que hubiese estado, de darse el cumplimiento”. Véase, Birmingham, *supra* nota 63, p. 274 (énfasis agregado). Y Richard Posner, quien tal vez haya sido el mayor promotor de la teoría del incumplimiento eficiente, toma la eficiencia de la indemnización de las expectativas como una amenaza contra la idea de que el derecho requiere que los contratos sean cumplidos: “Si el beneficio obtenido por un promitente a partir del incumplimiento... excediese el beneficio esperado por la otra parte respecto del cumplimiento del contrato, y si la indemnización estuviera limitada a la pérdida del beneficio esperado, habrá un incentivo para cometer un *incumplimiento*. Esto es lo que debería ocurrir.” Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 1a ed., 1972, p. 57 (énfasis agregado). La edición más reciente del *Economic Analysis of Law* de Posner, a pesar de que refleja varios cambios en la caracterización de la eficiencia de la indemnización de las expectativas, mantiene inalterable la idea de que la conducta que el remedio incentiva, si bien es eficiente, representa un incumplimiento contractual, y por tanto el remedio en sí mismo provee una indemnización sustitutiva.

de teóricos prominentes que reconocen que el pago voluntario por parte de un promitente, de la ganancia que hubiera obtenido el prometido en caso de cumplimiento, podría constituir una forma alternativa de cumplimiento; y que además, en la misma tesitura, caracterizan el pago como un remedio al incumplimiento, no como una alternativa al cumplimiento específico.⁴⁰ Estos ejemplos ayudan a establecer un contraste entre la teoría tradicional del incumplimiento eficiente, que está sujeta a las objeciones analíticas de los críticos, y la hipótesis del cumplimiento dual, que no lo está.

Comenzamos con la famosa frase de Holmes que dice que “la obligación de honrar un contrato en derecho significa la predicción de que debes pagar una indemnización si no lo haces, y nada más”.⁴¹ No obstante, a la vez que Holmes tomaba esta visión del derecho positivo, también asumía que su razonamiento ponía al contrato en tensión con la moral, que requiere que las promesas sean cumplidas. De esta forma, la famosa frase de Holmes acerca del contrato queda atrapada entre las acusaciones de bajo perfil que dicen que la idea de que los contratos deben ser honrados son una representación de la “confusión entre las ideas legales y morales”,⁴² propagadas por “aquellos que piensan que es ventajoso tener la mayor cantidad de ética posible dentro del derecho”.⁴³ En otras palabras, Holmes no siguió su visión doctrinaria de que un contrato es meramente una obligación legal en la alternativa de fondo de su fuente; de que el contrato, en sí mismo, contiene promesas alternativas, de modo que el pago indemnizatorio que el contrato requiere sea una forma de cumplimiento. En sus cartas Holmes negaba sostener esta visión, quejándose de “la persistencia de la impresión de que yo dije que un hombre *promete* X (realizar el intercambio) o bien *pagar una indemnización*”.⁴⁴ En su lugar, Holmes insistía: “No creo que un hombre prometa pagar una indemnización distinta en un contrato a lo que sucede en daños extracontractuales. Él comete un acto que lo hace responsable si un cierto evento no sucede, tal como su acto en el derecho extracontractual

⁴⁰ Un fenómeno similar aparece en el “*Restatement*”, en los comentarios al inciso § 361, donde se reconoce que una promesa alternativa le otorga a los promitentes la potestad de pagar en vez de realizar el intercambio, pero también caracteriza este pago como un incumplimiento.

⁴¹ Oliver Wendell Holmes, “The Path of Law”, en *Harv. L. Rev.*, 10, 1897. Véase también, Holmes, *The Common Law*, M. Howe ed., 1963, (1a ed., Boston, 1881). pp. 300-01.

⁴² Oliver Wendell Holmes, “The Path of Law”, en *Harv. L. Rev.*, 10, 1897, pp. 457, 462.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Oliver Wendell Holmes, “Letter of 11 December 1928”, en Oliver Wendell Holmes and Frederick Pollock, *Holmes-Pollock Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock 1874-1932*, Mark De Wolfe Howe, ed., 1942, p. 233.

lo hace responsable en general”.⁴⁵ Nosotros adoptamos la indemnización de las expectativas tal como Holmes lo hizo, pero rechazamos su visión del contenido de la promesa contractual, y por tanto también su visión de que la indemnización de las expectativas pone al contrato en contraposición con la moral de las promesas. Tal como sostenemos con mayor detalle más adelante, la idea de que el contrato contiene dos promesas permite a la indemnización de las expectativas poner tanta ética en la doctrina legal como cualquier otra alternativa razonable.

Steven Shavell también ha identificado la confusión doctrinaria asociada con la idea de que el “incumplimiento eficiente” sólo retrocede sobre sí mismo. Shavell observa que “dado que todos los contratos son incompletos, es decir, que no tratan explícitamente muchas contingencias, uno no puede decir automáticamente que una persona ha prometido hacer [...] una cosa particular dentro de una contingencia específica, aun cuando el contrato, en sentido formal, impone una obligación de cumplir”.⁴⁶ Más aún, él sostiene, en los casos en que los costos de cumplimiento para el promitente respecto de una contingencia no regulada exceden el valor del cumplimiento para el prometido, las partes no hubieran exigido el cumplimiento en tal situación contingente si la hubieran regulado en el contrato.⁴⁷ Finalmente, Shavell observa que “podemos deducir del hecho de que la parte incumplidora estaba dispuesta a pagar los daños por la expectativa que (el cumplimiento le cuesta a ella más de lo que vale para su prometida, de modo que) [...] las partes probablemente no hubieran estipulado el cumplimiento si hubiesen regulado la contingencia acontecida”.⁴⁸ Puesto que Shavell posiblemente cree que “si un contrato no regula una contingencia, entonces el deber moral de una parte, si se genera esa contingencia, está determinado por lo que se hubiera estipulado en el contrato si ésta hubiese sido explícitamente prevista”,⁴⁹ él concluye que la voluntad de un promitente de pagar la indemnización de las expectativas en una contingencia en particular implica que no tiene obligación moral de cumplir (las cláusulas ejecutivas) frente a dicha contingencia.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ Steven Shavell, “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis”, en *Tex. L. Rev.*, 84, 2006, pp. 831, 867. Shavell aquí se refiere a la distinción graficada más arriba, entre un contrato que sólo es obligacionalmente completo y un contrato realmente completo. Un contrato que no regula “una contingencia problemática” sólo es obligacionalmente completo. Véase, también nota 19.

⁴⁷ Steven Shavell, “Is Breach of Contract Immoral?”, en *Emory L. J.*, 56, 2006, pp. 439, 441.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.* p. 443.

Sin embargo, Shavell insiste en que la falta de cumplimiento de esas cláusulas por parte del promitente constituye un incumplimiento contractual.⁵⁰ Entonces su consideración respecto de la indemnización de las expectativas también señala que existe una tensión entre el derecho y la moral en esta área, aunque se trata de la contracara de la tensión sobre la cual los críticos del derecho positivo basan sus objeciones a la indemnización de expectativas.

A pesar de esta diferencia, la visión de Shavell respecto de la existencia de esta tensión, al igual que las miradas más convencionales, descansa sobre la premisa incorrecta que sostiene que un contrato que prevé específicamente las cláusulas ejecutivas, pero no la cláusula de transferencia, obliga legalmente al promitente al cumplimiento específico de las cláusulas ejecutivas. Ésta es la premisa que lleva a Shavell a caracterizar como incumplimiento la negación a cumplir con dichas cláusulas. El contrato que tanto nosotros como Shavell analizamos –al que llamamos contrato estándar– crea sin embargo dos obligaciones legales. Las partes contratantes prefieren que el promitente que debe decidir entre cumplir o pagar elija el resultado que maximice los beneficios. La cláusula de transferencia asegura este resultado al exigir al promitente, cuando se niega a realizar el intercambio, el pago de la ganancia que el prometido hubiera obtenido en caso de haberse concretado el intercambio. Como consecuencia, si las partes tuvieran libertad para contratar sobre los remedios contractuales, ellas, como mostramos más arriba, aceptarían como solución por defecto la cláusula de transferencia asociada a la indemnización de las expectativas. De hecho, en tanto las cláusulas que tarifican daños son ejecutables, las partes hoy aceptan la cláusula de transferencia cuando evitan la regulación de dichas cláusulas.

⁵⁰ A veces, la idea de que el prometido se encuentra sujeto a obligaciones morales y legales contrapuestas se expresa casi en simultáneo: en otras palabras, bajo la estimación del daño esperado ante un incumplimiento, el vendedor incumplirá en las mismas contingencias, tal como *si el vendedor estuviera habilitado a no cumplir* en un contrato completo. De acuerdo con ello, el *incumplimiento* no debería ser caracterizado como inmoral bajo nuestras presunciones. Steven Shavell, “Is Breach of Contract Immoral?”, en *Emory L. J.*, 56, 2006, pp. 439, 449 (énfasis en el original). En una nota al pie de este pasaje, Shavell se pregunta “¿Que sucede si una parte incumple una disposición contingente explícita de un contrato y paga la indemnización de las expectativas?” Véase, *Ibíd.* n. 20. Él teme, que en ese caso, el incumplimiento sea tanto inmoral (porque la cláusula incumplida es explícita) como no inmoral (porque el pago muestra, a pesar de existir una cláusula en contrario, que las partes no habrían acordado exigir la ejecución ante esta contingencia). Shavell resuelve el “aparente conflicto” quitándolo del camino, al sostener que “no puede suceder que una parte estuviera dispuesta a pagar la indemnización de expectativas para incumplir una, verdaderamente explícita, disposición contingente”. *Ibíd.* Nuestro enfoque es más simple: nosotros observamos que un promitente puede razonablemente reservarse el derecho de pagar la indemnización de expectativas como una forma alternativa de cumplimiento, aun ante contingencias en las cuales, no obstante esta reserva, tuviera un deber primario de cumplir.

Un contrato se encuentra obligacionalmente completo cuando regula expresamente obligaciones que se aplican a ciertas contingencias y que permiten que las obligaciones estándar se apliquen al resto. El contrato estándar está obligacionalmente completo cuando se da lo siguiente: el contrato obliga expresamente al promitente a cumplir con las cláusulas ejecutivas en la medida que ello sea eficiente, y el contrato utiliza el estándar legal para exigir el cumplimiento o la cláusula de transferencia en la medida que la ejecución fuese ineficiente. La tensión entre el derecho y la moral en el análisis de Shavell se disuelve, dado que la tensión descansa sobre la premisa incorrecta que sostiene que el contrato estándar no crea una obligación respecto de la contingencia del no-intercambio. Por el contrario, el remedio por defecto en el contrato estándar requiere que el promitente satisfaga su obligación de pago de la expectativa ante dicha contingencia.⁵¹

El error de Shavell, que otros también cometen, lo lleva a tratar el pago de las expectativas como una *herramienta epistémica* antes que una *disposición normativa* en la relación contractual de las partes. Así, él escribe que cuando el derecho hace de la indemnización de las expectativas el remedio para el incumplimiento, entonces “nosotros, como espectadores, sabemos que cuando el incumplimiento ocurre, éste debe ser moral, por cuanto podemos *inferir*, a partir de la voluntad del vendedor de incurrir en el incumplimiento, que el costo de cumplimiento debe haber sido mayor que el valor del cumplimiento”.⁵² Pero esto sugiere que si los tribunales pueden medir directamente costos y valores, la indemnización de las expectativas podría ser eliminada. Puesto de otra forma, el enfoque epistémico de Shavell sobre la indemnización de las expectativas no puede justificar la idea de que se trata de un *remedio*, y por tanto en su análisis la indemnización de las expectativas es una herramienta epistémica cuyo uso no descansa sobre un fundamento normativo sólido.⁵³ Nuestra reivindicación del cumplimiento

⁵¹ Shavell dice, “Al cometer un incumplimiento y pagar la indemnización, el promitente estaría actuando exactamente en la manera exigida por un contrato completo”. Steven Shavell, “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis”, en *Tex. L. Rev.*, 84, 2006, pp. 831, 867. El promitente, en efecto, actúa de esta manera porque el contrato está obligacionalmente completo.

⁵² Steven Shavell, “Is Breach of Contract Immoral?”, en *Emory L.J.*, 52, 2006, pp. 439, 450.

⁵³ Para un argumento similar, véase, Seana Shiffrin, “Could Breach of Contract be Immoral?”, en *Mich. L. Rev.*, 107, 2009, pp. 1551, 1556-59. Ésta no es la única crítica que Shiffrin levanta contra Shavell. Shavell le responde a su ensayo, aunque creemos que no a las características del argumento de ella, que se superponen con los nuestros, en Steven Shavell, “Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts”, en *Mich. L. Rev.*, 107, 2009, p. 1569.

dual suple este fundamento. Cuando se reconoce que las partes permiten al promitente efectuar al prometido el pago de la ganancia que hubiera obtenido por el intercambio, en lugar del derecho a no intercambiar cuando el intercambio hubiera sido ineficiente, la crítica analítica de la indemnización de las expectativas cae.

Si la indemnización de las expectativas fuera meramente sustitutiva, los tribunales que la adjudican dejarían a los prometidos con algo distinto de aquello por lo que han negociado, y por tanto (tal vez) podrían socavar el propósito esencial del contrato. Pero, tal como hemos demostrado, al ser la indemnización de las expectativas una especie de obligación de cumplimiento directo —la ejecución específica de la cláusula contractual (implícita) de pago—, los tribunales que la adjudican dejan a los prometidos exactamente con una de las dos cosas posibles por las cuales han negociado.⁵⁴ La indemnización de las expectativas, entendida adecuadamente, es por tanto congruente con el hecho de que los prometidos negocian por el cumplimiento, y justamente el cumplimiento es lo que esta indemnización les provee. La indemnización entonces es congruente con la pretensión del UCC de reivindicar las promesas de cumplimiento directo, y es también

⁵⁴ Aquí vale la pena hacer otra distinción al margen. Ian Ayres y Gregory Klass observan correctamente que, en un contexto relacionado al actual, “existen buenas razones por las cuales los promitentes desean decir, implícitamente, que su intención es simplemente cumplir, en vez de decir que su intención es cumplir o pagar una indemnización...”. Ian Ayres and Gregory Klass, “Promissory Fraud without Breach”, en *Wisc. L. Rev.*, 2004, pp. 507, 513. Ayres y Klass formulan esta observación para contrarrestar visiones, como la nuestra, que entienden las promesas contractuales como promesas (implícitas) de efectuar el intercambio o pagar. Sin embargo, aun cuando Ayres y Klass están en lo cierto cuando observan que los promitentes típicamente tienen intención de actuar, ellos no reconocen suficientemente que los promitentes tienen dos tipos de intenciones: aquellas que tienen que ver con lo que tienen *intención* de hacer y aquellas que tienen que ver con lo que tienen intención de *obligarse* a hacer. Y mientras los promitentes contractuales puedan efectivamente (por las buenas razones que Ayres y Klass evidencian) tener generalmente la intención de actuar, también tienen iguales buenas razones para obligarse a sí mismos a actuar o a pagar. De modo que, la observación precisa de Ayres y Klass no resulta una objeción válida para la visión de la *obligación* contractual que nosotros desarrollamos.

Queremos notar, finalmente, dejando las críticas puntuales de lado, que nuestra posición nos parece compatible con el proyecto general de Ayres y Klass, el cual, como sugiere su título, consiste en explicar cómo el fraude en las promesas podría aparecer en el derecho de daños extracontractuales, aun cuando no existieren violaciones a obligaciones contractuales (en parte porque no habría ninguna obligación contractual para violar). En tanto el derecho contractual se focaliza específicamente en las intenciones de los promitentes de obligarse, y siendo que los promitentes pueden tener intenciones independientes respecto de lo que harán, la teoría del daño extracontractual de Ayres y Klass calza naturalmente dentro de un espacio que el contrato necesariamente deja vacío.

congruente con la estructura analítica de la obligación contractual reflejada por esta pretensión.⁵⁵

Nuestras miradas, por tanto, revierten las aproximaciones económicas tradicionales a la indemnización de las expectativas, cuya estructura es tan lúcidamente revelada por los argumentos de Shavell: mientras dichos enfoques asimilan el “incumplimiento eficiente” a la ausencia de una obligación, nosotros asimilamos el “incumplimiento eficiente” al cumplimiento de una obligación; y allí donde las teorías económicas tradicionales del incumplimiento eficiente entienden a la indemnización de las expectativas como un mecanismo para identificar casos en los cuales los promitentes no están obligados del todo, nosotros entendemos a la indemnización de las expectativas como la ejecución directa de las obligaciones de pago de los promitentes. Antes que socavar la estructura normativa inmanente de la obligación contractual, la indemnización de las expectativas reivindica directamente dicha estructura.

IV.2 La moralidad del contrato: la indemnización de las expectativas, el mal del incumplimiento y la solidaridad contractual

La crítica moral a la indemnización de las expectativas también asume que dicho remedio provee una reparación subsidiaria, al nivel que incentiva

⁵⁵ Jules Coleman, recientemente, sostuvo que el caracterizar como un incumplimiento la falta de cumplimiento del promitente, respecto de las cláusulas ejecutivas, es congruente con la estructura normativa del contrato, mientras que no es congruente mirar esa falta como normativamente inocente en la medida que el promitente efectúe el pago en su lugar. Véase, Jules L. Coleman, “Some Reflections on Richard Brooks ‘Efficient Performance Hypothesis’”, en *Yale L.J. Pocket Part*, 116, 2007, p. 416. En la visión de Coleman, la indemnización de las expectativas sigue un incumplimiento (de ahí el término “incumplimiento eficiente”); por lo tanto, ese remedio funciona como una sanción, remediando una acción que el promitente tiene la capacidad, pero no el derecho, de llevar a cabo. Coleman rechaza a la que él llama visión opcional –y a la que nosotros llamamos hipótesis de cumplimiento dual– dado que la misma es incongruente con la idea básica de que el contrato transfiere a los prometidos, el poder normativo de demandar el cumplimiento. Su argumento, sin embargo, asume que el contrato típico es un contrato con derechos de propiedad, bajo el cual el promitente acuerda realizar las cláusulas ejecutivas salvo que sucedan ciertos motivos excusables tradicionales. Nosotros sostenemos, por el contrario, que el contrato estándar es el común, y bajo dicho contrato el prometido sólo tiene el poder de requerir al promitente que pague si se rehúsa a efectuar el intercambio. Si tenemos razón en este argumento positivo, la premisa interpretativa del derecho, respecto de que los contratos típicos son los alternativos, no causa más amenazas a la estructura normativa del contrato que el hecho de otorgar al promitente el derecho de cumplir cualquiera de los dos actos.

el incumplimiento, y agrega al argumento *analítico* el argumento *moral* de que la incentivación del incumplimiento es incongruente con los valores externos al derecho, comprendidos en la moral de las *promesas*. Así, los moralistas sostienen que un promitente que paga una indemnización (de expectativas) en lugar de realizar el intercambio, convierte en su propio beneficio el interés de su prometido en el cumplimiento contractual.⁵⁶ Dicho en palabras más simples, la indemnización de las expectativas permite a los promitentes lucrar a partir de algo que ya no es más suyo. Por el contrario, los principios de fidelidad o buena fe requieren a los promitentes efectuar lo que ellos dicen que harán. De allí se sigue que el cumplimiento específico o (su cognado) la restitución de la ganancia obtenida por el incumplimiento son los remedios apropiados para el incumplimiento contractual.

Estas visiones son sostenidas por un amplio espectro de teóricos, lo que incluye economistas que dudan de los fundamentos morales del análisis económico tradicional de los remedios contractuales,⁵⁷ moralistas que coinciden en que la caracterización económica de los incumplimientos eficientes captura correctamente el derecho positivo,⁵⁸ doctrinarios que enfatizan que la indemnización de las expectativas vuelve al derecho contractual menos tuitivo de los prometidos que el derecho de daños respecto de los dueños (no existe ninguna doctrina general de daños sobre conversión eficiente que resulte análoga a la doctrina contractual del incumplimiento eficiente),⁵⁹ y un pequeño aunque tal vez creciente número de tribunales que han sugerido que un promitente que incumple ilegalmente debería restituir su ganancia bajo el principio restitutivo según el cual una persona no debería beneficiarse de su propia falta.⁶⁰

Esta asociación entre la indemnización de las expectativas y una consideración moralmente permisiva de la promesa-incumplida es errónea. Que un promitente debiera hacer honor a sus palabras (y que está mal si no lo hace) no expresa la connotación detrás de esas palabras: los principios de fidelidad no son principios de interpretación. El argumento de que los

⁵⁶ Véase, p. ej., Douglas Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, 1991, pp. 245-69; Daniel Friedmann, "The Efficient Breach Fallacy", en *J. Legal Stud.*, 1, 1989, p. 1.

⁵⁷ Véase, Richard R.W. Brooks, "The Efficient Performance Hypothesis", en *Yale L.J.*, 116, 2006, p. 568.

⁵⁸ Véase, p. ej., Daniel Friedmann, "The Efficient Breach Fallacy", en *J. Legal Stud.*, 18, 1989, pp. 1,2

⁵⁹ Véase, p. ej., Douglas Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, 1991, pp. 245-64.

⁶⁰ *EarthInfo, Inc.v. Hydrosphere Resource Consultants, Inc.*, 900 P.2d 113, 119 (Colo. 1995).

beneficios creados por el rechazo de un intercambio ineficiente deberían ser devueltos al prometido en “restitución” de una ganancia ilegal no es un argumento independiente para justificar la restitución, sino que expresa una conclusión interpretativa sobre el contenido de las expectativas del prometido. La parte 3 muestra que la conclusión interpretativa estándar es incorrecta. Un prometido puede participar de los beneficios del no-intercambio ya sea a través de los precios más bajos de un contrato que le permite al promitente salirse pagando el beneficio del prometido, o a través de la renegociación que puede forzar un prometido con derechos de propiedad. En el caso típico, la expectativa de retorno del prometido en una contratación se maximiza bajo contratos que efectúan promesas alternativas. Así, los prometidos deberían ser llevados a celebrar dichos contratos, salvo que la evidencia pruebe lo contrario. En consecuencia, el contrato estándar no compromete a un promitente a intercambiar siempre, sino a intercambiar o pagar una indemnización; un incumplimiento eficiente no es un verdadero incumplimiento, y un promitente que rechaza el intercambio no se está beneficiando de su falta. Visto bajo esta luz, la indemnización de las expectativas es el cumplimiento específico de la promesa de pagar, que (tal como muestra nuestro modelo) contribuye a la participación en las ganancias tanto como la promesa de cumplir con el intercambio. La crítica moral de los daños contractuales todavía debe refutar esta idea.

IV.3.1 La hipótesis del cumplimiento dual y el mal del incumplimiento

Existe una diferencia cualitativa entre un promitente que rechaza el intercambio pero paga voluntariamente, por una parte, y un promitente que se niega tanto a realizar el intercambio como a pagar, por la otra. El primer promitente cumple su contrato y honra su obligación prometida; el segundo incumple su contrato y actúa en forma inmoral. Y cuando la indemnización de las expectativas es ordenada por un tribunal (en oposición a cuando la paga voluntariamente el promitente), entonces ya no se trata sólo de un precio sino de una sanción –una forma de compensación por su mal accionar. Y tampoco debe ser necesariamente la única forma de compensación. Nada en nuestro enfoque determina que aquellos que realmente incumplen contratos –al menos en casos apropiados– no sólo tengan el deber de remediar sus faltas, sino que también merezcan ser sancionados.

De hecho, nuestra reconstrucción del orden doctrinario que rodea a la indemnización de las expectativas abre la puerta a la posibilidad de imponer daños punitivos al incumplimiento contractual. Lejos de

incentivar los incumplimientos, la indemnización de expectativas (entendida correctamente) re-enfatiza la seriedad con la cual el derecho trata las promesas contractuales; es una parte integral del compromiso del derecho hacer que se cumplan dichas promesas (una vez que el contenido de las promesas ha sido correctamente comprendido). Por tanto, nuestro argumento invita a formular una nueva pregunta respecto de la actitud apropiada que debería tomar el derecho frente a los incumplimientos *verdaderos*. El hecho de que el derecho contractual tome seriamente estos incumplimientos al punto de remediar directamente la mala conducta, al deshacerla (es decir, al asegurar que una de las alternativas en la promesa contractual –de intercambiar o transferir– es cumplida) vuelve natural la pregunta acerca de si la mala conducta merece un castigo legal: si debería haber daños punitivos para los incumplimientos reales del contrato, en los cuales los promitentes se rehúsan tanto a intercambiar como a pagar.

La pregunta sobre si los daños punitivos son apropiados en caso de verdaderos incumplimientos es por tanto, en nuestra opinión, simplemente la pregunta estándar sobre si los daños civiles son suficientemente serios como para recibir una pena civil. Esta es una pregunta difícil aun en el derecho de daños (donde la pregunta sobre los daños punitivos es admitida para arribar a veredictos sólo en caso de daños graves). Podría ser una pregunta especialmente difícil en relación con el incumplimiento contractual. Cuando la libertad de contratación rige ampliamente (y puede incluso disponer los límites operacionales de la buena fe), es difícil distinguir incumplimientos graves del contrato (por ejemplo, incumplimientos de mala fe) de incumplimientos que simplemente violan el contrato.⁶¹ Más aún, los errores en la adjudicación de los daños punitivos, cuando los mismos no son merecidos, amenazan con castigar al inocente y socavar la predictibilidad de los litigios comerciales, destruyendo así muchos de los beneficios eficientes generados por la indemnización de las expectativas (lo que incluye, por supuesto, los beneficios asociados con la sustitución de intercambios ineficientes con pagos, tal como identifica nuestro modelo). Estas preocupaciones requieren que los tribunales se manejen con cuidado. En muchas jurisdicciones, los tribunales decidieron que no pueden manejarse con suficiente cuidado y por tanto al final prefirieron no aventurarse

⁶¹ Este problema no es tan difícil en contextos sustantivos especiales, p. ej. en contratos de seguro, donde el carácter regulado del negocio implica que muy poco de lo que acuerdan las partes pertenece al contrato y mucho se encuentra implícito en la regulación, y donde la estructura estratégica de interacción hace que sean más fácil de identificar las conductas que constituyen formas de mala fe.

demasiado. Pero si los daños punitivos por incumplimientos contractuales graves han tenido una corta carrera en el derecho estadounidense,⁶² no es por alguna tensión de principios entre la naturaleza moralizante y la estructura normativa de la indemnización de las expectativas, sino por las dificultades pragmáticas que son inherentes a la efectiva articulación y administración del régimen de daños punitivos en sí mismo. De nuevo, la indemnización de expectativas –al menos como cuestión formal– permite decir al derecho contractual todas las cosas acerca del incumplimiento que los moralistas de la promesa quisieran que diga.⁶³

IV.3.2. Precio versus renegociación distributiva

El argumento moral contra la indemnización de las expectativas puede triunfar, si tal posibilidad existe, no sobre bases formales sino sobre bases sustanciales. Sin embargo, no hay ningún buen planteo sustantivo para hacer, a menos que los contratos contengan una promesa (intercambiar) en lugar de dos promesas (intercambiar o pagar). Los planteos sustantivos implícitos en las principales críticas morales de la indemnización de las expectativas fracasan porque pasan por alto este punto.

Una afirmación extravagante de la crítica moral aparece, por ejemplo, en la polémica sugerencia de Friedmann acerca de que la teoría del incumplimiento eficiente es, en principio, igualmente aplicable en el contexto de la propiedad, donde lleva a la adopción de la teoría del “robo eficiente” o de la “usurpación eficiente”.⁶⁴ La analogía funciona sólo si reconocemos que el derecho de un prometido sobre los términos ejecutivos de una promesa tiene la misma forma de dominio casi-total que aquella que

⁶² Los experimentos de adjudicación de daños punitivos por incumplimientos contractuales comenzaron en los años 1970, luego terminaron, y de hecho se revocaron, alrededor de los años 1990. Un estudio de 1998 registró que, para ese momento, 39 jurisdicciones estadounidenses no hacían lugar a los daños punitivos en reclamos contractuales, a menos que el demandante demostrase un hecho de delito civil ordinario e independiente; y sólo 12 jurisdicciones hacían lugar a los daños punitivos en circunstancias limitadas, donde existía incumplimiento contractual doloso. Véase, William Dodge, “The Case for Punitive Damages in Contracts”, en *Duke L.J.*, 48, 1999, pp. 629, 640-651.

⁶³ En las circunstancias que nosotros consideramos, las partes prefieren pagos por el monto de la expectativa del prometido y no mayores pagos. Así, las partes rechazarían contratos que otorgan al prometido, el poder de rechazar el pago contractual, para poder percibir daños punitivos. Un argumento en este sentido está en Alan Schwartz, “The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures”, en *Yale L. J.*, 100, 1990, p. 369.

⁶⁴ Daniel Friedmann, “The Efficient Breach Fallacy”, en *J. Legal Stud.*, 18, 1989, pp. 1, 4.

caracteriza el derecho de un dueño sobre su ganado. Pero el prometido típico renuncia al derecho a tener tal dominio cuando acepta un contrato que crea distribución de riqueza a través del mecanismo del precio.

La idea de que el prometido tiene dominio sobre las acciones del promitente juega un rol central en los argumentos tanto de los más modestos como de los más deliberados críticos morales de la indemnización de las expectativas. Al igual que su doctrina predecesora, esta idea fuerza las intuiciones al punto que hace que sus propios comentaristas quieran deshacerse de ella. Un ejemplo reciente es la propuesta de Richard Brook de reemplazar el “incumplimiento eficiente” con un régimen indemnizatorio diseñado para asegurar el “cumplimiento eficiente”.⁶⁵

Brooks reconoce “que tanto los defensores como los detractores del incumplimiento eficiente parecen coincidir en que quebrar una promesa es algo malo. Ellos sólo discrepan respecto de la naturaleza de las promesas efectuadas en los contratos”.⁶⁶ Sin embargo, Brooks parece aceptar la crítica moral de la indemnización de las expectativas. En ese sentido, él supone que “sería sorprendente si, para la mayoría de las personas, las promesas contractuales no compartiesen algo de los imperativos morales que hay detrás de las promesas en general”,⁶⁷ y asume que estos son imperativos de actuar y no de pagar, al punto que llega a caracterizar esta última idea (nuestra) como “moralmente permisiva”.⁶⁸ De hecho, Brooks enmarca su discusión como un esfuerzo por construir un remedio que preserve las propiedades eficientes de la indemnización de las expectativas pero “que sea congruente con nociones más robustas de la obligación contractual” que aquellas que son inmanentes a la indemnización de las expectativas; o, como él lo grafica alternativamente, construir un remedio que “pueda permitir, para una óptima distribución de recursos, alcanzar al mismo tiempo un grado más alto de fuerza moral que el nivel intermedio asociado con el incumplimiento eficiente”.⁶⁹ En todo esto, Brooks, al igual que Friedmann, se preocupa por impedir a los promitentes que saquen provecho de la falta moral envuelta en la sustitución del acto por el pago: “Lo que provoca la desaprobación de la hipótesis del incumplimiento eficiente”, dice Brooks, “son fuertes sentimientos morales basados en que el incumplimiento de una promesa contractual no es un derecho, sino en efecto

⁶⁵ Richard R.W. Brooks, “The Efficient Performance Hypothesis”, en *Yale L.J.*, 116, 2006, p. 568.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 568, 588.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 568, 590.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 568, 573 (primera cita), 574 (segunda cita).

una falta, y que los promitentes no deberían sacar provecho del ejercicio unilateral de su facultad de cumplir o no cumplir”.⁷⁰

La hipótesis del cumplimiento eficiente de Brooks –en tanto está elaborada más cuidadosamente que la acusación de Friedmann respecto del “robo eficiente” – ayuda a ilustrar la intuición sustantiva que se encuentra en el corazón de la crítica moral de la indemnización de las expectativas. A fin de enmarcar los remedios contractuales con moralidad asumida, Brooks le otorgaría a un prometido el derecho de determinar cómo un promitente debe conducirse respecto de las cláusulas ejecutivas del contrato. Así, él tomaría al cumplimiento específico como el remedio estándar para el incumplimiento contractual y permitiría al prometido que renuncia al cumplimiento específico a forzar a su promitente a restituir cualquier ganancia que hubiera creado la falta de intercambio por parte del promitente. De hecho, el remedio de Brooks debe darle al prometido no sólo el derecho a los beneficios de la administración del promitente de sus propias acciones, sino también darle al prometido un derecho para controlar efectivamente las acciones del promitente. Este control incluye el forzamiento al promitente a “incumplir” y luego a “restituir” aun cuando el promitente deseara actuar (en nuestro lenguaje, pagar aun cuando el promitente deseara intercambiar).⁷¹ Juntos, los dos anclajes del remedio del

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 568, 572-73. Los tribunales en los últimos años han subido progresivamente el tono de forma similar. Como señala una decisión relevante, al menos donde “la conducta antijurídica del defendido es intencional o sustancial”, el condenado no debería estar autorizado a retener los frutos de su obrar ilícito. *EarthInfo, Inc. v. Hydrosphere Resource Consultants, Inc.*, 900 P.2d 113, 119 (Colo. 1995).

⁷¹ El texto de Brooks nunca deja en claro si adhiere a esa característica de su régimen indemnizatorio. Él se aleja de la sugerencia en un contexto crítico, reconociendo que “podría parecer un poco extraño pensar en promitidos que fuerzan a sus promitentes a incumplir sus promesas para hacer que luego les paguen por el incumplimiento (y, de hecho, existe numerosa jurisprudencia desalentando prácticas de incumplimiento inducido)”. Richard R.W. Brooks, “The Efficient Performance Hypothesis”, en *Yale L.J.*, 116, 2006, pp. 568, 582. Incluso, él sugiere, en una nota al pie, que su remedio no otorga al prometido, estrictamente hablando, una opción pura respecto del comportamiento del promitente sino que, en su lugar, implica una “Regla de Doble Selector”, donde la acción (elección) inicial del prometido puede disparar la opción... del prometido”. *Ibid.* pp. 568, 582, n.30. Pero Brooks, en las líneas que siguen, protege su propia protección y sugiere que la idea de la elección del prometido “no es tan extraña”. *Ibid.* De cualquier modo, los argumentos de la eficiencia que forman el centro del argumento de Brooks lo dejan estructuralmente comprometido a la libre elección del prometido que analiza la mayor parte del texto. Como señaló Jody Kraus (Jody S. Kraus, “A Critique of the Efficient Performance Hypothesis”, en *Yale L.J. Pocket Part*, 116, 2007, p. 424.), la simetría entre el remedio de Brooks y la indemnización de las expectativas, y por tanto, la internalización del costo del selector que resulta necesaria para que los argumentos de la eficiencia de Brooks toquen tierra, sólo puede ser alcanzada si los promitidos pueden forzar a los promitentes a “incumplir” y “restituir” en la forma que describimos.

cumplimiento eficiente garantizan el dominio del prometido sobre las acciones de su promitente respecto del contrato. De esta manera, Brooks ha construido una imagen espejada de la indemnización de las expectativas, la cual, al igual que aquel remedio más familiar, requiere que una parte internalice la totalidad de los costos sociales de su elección con respecto a cómo se dispone de un contrato de acción (la indemnización de las expectativas hace que los promitentes escojan entre los costos que la acción les causa a sí mismos y los costos que la no-acción les causa a sus prometedos; el remedio de Brooks hace que los prometedos escojan entre los costos que la no-acción les causa a sí mismos y el costo (de oportunidad) que la acción les causa a sus promitentes). Este es el aporte central del argumento de Brooks respecto a la eficiencia económica.

No está claro si este argumento se aplica a casos reales. Un prometido que requiere tanto control sobre su promitente como Brooks supone, es casi como si se hubiera comprado a su promitente.⁷² Por el momento, sin embargo, nosotros estamos más preocupados por explicar que el remedio de Brooks y la indemnización de las expectativas son *iguales de un lado*: ambas imaginan de la misma manera que el control respecto del intercambio contractual yace

⁷² Recordemos que las partes que analiza la teoría contractual generalmente son empresas. Nosotros expandimos brevemente el punto del texto de la siguiente manera: el argumento de la internalización de costos de Brooks sólo se sostiene, si el prometido tiene un derecho a ejercer un control total sobre la conducta de su promitente, respecto de las cláusulas ejecutivas del contrato. Así, el remedio de Brooks convierte a los prometedos en administradores –con totales derechos para ejercer la dirección y el control– de las acciones prometidas contractualmente por sus promitentes. Ligeramente hablando, bajo el régimen propuesto por Brooks, los prometedos de hecho devienen en propietarios de los asuntos de sus promitentes con respecto a las cláusulas ejecutivas del contrato. Esta manera de decirlo invoca a la teoría de la empresa de Coase, bajo la cual el límite de la empresa –el límite entre la coordinación por propiedad y control gerencial y la coordinación contractual– está fijada por la relación entre los costos de transacción de cada mecanismo de coordinación. Véase *en general*, Ronald Coase, “The Nature of the Firm”, en *The Firm, The Market, And The Law*, 1988, pp. 33, 44. Pero si la relación entre estos costos transaccionales se hiciera efectivamente eficiente para los prometedos, como el remedio de Brooks supone, ejercer el control gerencial sobre las acciones de sus promitentes, estas acciones ya hubieran caído dentro de las empresas de los prometedos, de modo que no habría necesidad de celebrar los contratos que Brooks defiende. Puesto de manera simple, donde la designación de la discreción y el control asociados con el remedio de Brooks se vuelve realmente eficiente, por empezar, no habría entidades separadas, y por tanto, no habría contratos. La indemnización de las expectativas produce eficiencia más allá de los límites de la empresa, y el régimen de Brooks es, en efecto, una re-descripción de los procedimientos de toma de decisiones dentro de la misma. Este argumento pone dentro de la organización industrial nuestro argumento, respecto de que las partes usualmente prefieren distribuir los beneficios a través de los precios, asumiendo la existencia de empresas independientes, en vez de distribuir los precios a través de renegociaciones de derechos de propiedad, las cuales amenazan con quebrar los límites de las empresas.

unilateralmente sobre una parte puramente interesada en sí misma; y ambas difieren respecto de cuál debe ser esta parte. El remedio de Brooks no importa mayor cooperación –una mayor solidaridad promisorio– en la relación pos-contractual que la indemnización de las expectativas. Más aún, el unilateralismo de Brooks nos parece menos en sintonía con el entendimiento popular de la promesa que el unilateralismo opuesto asociado con la indemnización de las expectativas. Pero de alguna manera esto está fuera del presente punto, dado que, sean cuales fueren los hechos concernientes al entendimiento popular, va *en contra* del lugar central que la libertad ocupa en la moral de las promesas, cuando insiste –como lo hacen Friedmann, Brooks, y otros críticos moralistas de la indemnización de expectativas– en que la moral promisorio *requiere* que el control *ex post* sea asignado unilateralmente a los prometidos, aun cuando promitentes y prometidos (en la persecución de sus intereses comunes) hayan acordado otra cosa. Y nuestro modelo muestra que las partes en contratos comerciales ordinarios –debido a la manera en que comparten el beneficio tanto en el intercambio como en el pago– acordarán siempre justamente otra cosa.

IV.3.3. Los límites de la solidaridad contractual

Estos comentarios con respecto a la solidaridad contractual nos llevan a la última crítica moral que analizaremos acerca de la indemnización de las expectativas. A diferencia de los argumentos esbozados por Friedmann y Brooks –quienes hacen referencia a las intuiciones que se refieren a cómo adjudicar la *competencia* entre promitentes y prometidos– esta crítica invoca el ideal moral de la *solidaridad* promisorio, de acuerdo con la cual las promesas (y por ende también los contratos) alcanzan su valor moral reemplazando, o al menos amortiguando, esta competencia, a favor de una relación contractual más cooperativa. En este escenario, el valor moral de las promesas descansa sobre la coparticipación en las ganancias y pérdidas implícitas en las promesas. Una de las características básicas y formales del prometer es que el promitente distingue al prometido, el promitente aísla al prometido del mar general de humanidad y presta especial atención a su persona. Como observó Joseph Raz, las promesas establecen una relación especial entre promitentes y prometidos, y el valor de esta relación especial probablemente explique por qué no es una razón suficiente para romper una promesa el hecho de que hacerlo sea mejor en términos generales.⁷³ Tal vez,

⁷³ Véase, Joseph Raz, “Promises and Obligations”, en *Law, Morality, and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart*, P.M.S. Hacker and J. Raz, eds., 1977, pp. 210, 227-28.

entonces, el unilateralismo asociado con la indemnización de las expectativas elimina fuertemente dicha solidaridad promisorio, mientras otros remedios (lo que incluye, entre otros, el tradicional cumplimiento específico) puedan darle un mejor espacio.

Esta posición moral no es factible si la coparticipación que contempla ocurre tal como se describe en nuestro modelo. Allí, las partes del contrato estándar predicen lo que la coparticipación ulterior requerirá de ellas, y por ende ajustan el precio para reflejar sus participaciones esperadas. Las partes del contrato con derechos de propiedad participan mutuamente *ex post*, pero de una manera que no es más contemplativa o solidaria que la participación a través de la reducción de precio: participar mutuamente *ex post* es el producto de una renegociación competitiva entre partes egoístas que se encuentran vinculadas entre sí por un monopolio bilateral resultante del contrato que han celebrado.

Pero la coparticipación contractual *ex post* puede emerger también en otro contexto, en el cual las partes del contrato abandonan, o al menos limitan, el comportamiento egoísta dentro de la relación contractual y en su lugar cooperan con la persecución de un justo equilibrio de sus intereses. Este tipo de coparticipación *ex post*, que llamamos *participación cooperativa*, es bien conocida por el derecho contractual (aparece en relaciones de *joint venture* o fiduciarias, por ejemplo, tal como surge del famoso comentario de Cardozo según el cual las partes de un *joint venture* se deben recíprocamente “un honor puntilloso”).⁷⁴ Más aún, existe una cercana conexión entre los contratos y la participación cooperativa. En particular, al menos entre partes que comienzan sus relaciones en pie de igualdad, la participación cooperativa puede ser alcanzada *sólo ex post*, es decir, dentro de la relación solidaria establecida por el intercambio de promesas (contractuales).

La participación cooperativa tiene cuanto menos un incierto atractivo para los defensores de la eficiencia. De seguro, un régimen legal que sostiene o aún impone la participación cooperativa puede servir a la eficiencia en la estrecha clase de circunstancias en las cuales, al menos una de las partes, no puede anticipar al momento de la contratación el resultado del intercambio óptimo (y tal vez tampoco puede verificar *ex post* si la otra parte ha satisfecho los estándares que el contrato procura establecer).⁷⁵ Pero, en la más amplia

⁷⁴ *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545, 546 (N.Y. 128).

⁷⁵ Recordar nuestras presunciones epistémicas. Uno de nosotros ha propuesto un argumento relacionado para el caso de inversiones específicas a esa relación, efectuadas en circunstancias particulares. Véase, Alan Schwartz and Robert Scott, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, en *Harv. L. Rev.*, 2007, p. 661.

clase de casos en los cuales el resultado puede ser descripto por anticipación y es verificable, la participación cooperativa reduce la expectativa de retorno del prometido y eleva los costos de la transacción. Sin embargo, la eficiencia no es el único valor, y al menos algunos moralistas del contrato pueden proponer otra justificación más amplia de la participación cooperativa en el contrato, basada en dicho valor moral *intrínseco* de la coparticipación. En su forma más general, este moralismo del contrato aduce que la moral de la promesa requiere una participación cooperativa en *todas* las relaciones de promesa, y que como todos los contratos contienen promesas, la mora de la promesa también requiere que el derecho sostenga, o al menos no socave, la participación cooperativa en los contratos en general. Para esta visión, el valor moral de la participación cooperativa supera la eficiencia generada por el unilateralismo del interés esperado.

Una moral que insiste en la participación cooperativa en los contratos se opone a la indemnización de las expectativas, porque este remedio socava la participación cooperativa, tanto como es socavada (aun en forma opuesta) por la solución que Brooks prefiere. Ambos remedios ponen en cuarentena la participación contractual dentro del estado *ex ante* y permiten a una parte o a la otra perseguir unilateralmente sus propios intereses *ex post*. En efecto, ambos remedios alcanzan sus eficiencias en parte al conducir la relación competitiva que caracteriza la negociación precontractual *dentro de los intersticios de la relación contractual*. Concluimos por tanto nuestro análisis moral de la indemnización de las expectativas preguntando cómo esta característica de la indemnización de las expectativas se posiciona frente a la moral de las promesas. Nuestro procedimiento consiste primero en demostrar que el ideal de la participación cooperativa es la fuente de ciertos ataques moralistas sobre la indemnización de las expectativas, y luego evaluar si este ideal resulta atractivo, al menos en el contexto de los contratos comerciales.

La elaboración más congruente de esta crítica moral de la indemnización de las expectativas aparece en el trabajo de Seana Shiffrin, quien, en un artículo reciente, identificó a la indemnización de las expectativas y a la práctica del “incumplimiento eficiente” como uno de los distintos lugares en los cuales el derecho contractual se aparta desagradablemente de la moral de las promesas,⁷⁶ y quien ha elaborado actualmente en gran detalle la naturaleza de este apartamiento.⁷⁷ Como la participación cooperativa no

⁷⁶ Véase, Seana Shiffrin, “The Divergence of Contract and Promise”, en *Harv. L. Rev.*, 120, 2007, pp. 708, 727.

⁷⁷ Véase, Seana Shiffrin, “Could Breach of Contract be Immoral?”, en *Mich. L. Rev.*, 107, 2009, p. 1551.

aparece expresamente en el desarrollo de Shiffrin, demostrar que este ideal es el fundamento de su objeción a la indemnización de las expectativas conlleva cierta labor interpretativa.

Shiffrin hace dos críticas con respecto a la indemnización de las expectativas, que juntas proveen un punto de entrada a la estructura profunda de su desarrollo. Primero, afirma que cuando un promitente paga en vez de intercambiar, la indemnización de las expectativas requiere de un prometido que prefiera realizar el intercambio por sí mismo, mediante la conversión de los fondos transferidos. Por ejemplo, un comprador cuyo vendedor se rehúsa a entregar la cosa debe realizar una compra sustituta.⁷⁸ En segundo lugar, Shiffrin observa que la doctrina del contrato convencional impone sobre el prometido una *obligación legal* de actuar en beneficio de su promitente, en el sentido de que el prometido debe contratar un sustituto a un menor costo para el promitente. En términos de esta doctrina, el prometido debe mitigar los daños del promitente.⁷⁹ Shiffrin se muestra hostil frente a los dos aspectos de la doctrina. En su visión, el prometido defraudado ha sido traicionado. Al forzarlo a reingresar al mercado, y en una manera que pone los intereses del promitente en un pie de igualdad con los suyos, agrega un insulto a la lesión.

La afirmación de Shiffrin acerca de que esta doctrina insulta al prometido defraudado es importante. Para que no queden dudas, Shiffrin también objeta esta doctrina porque la obligación que crea puede ser aún más costosa de satisfacer para el prometido. Por ejemplo, se queja del serio inconveniente que debe afrontar el dueño de un hogar cuando el plomero se rehúsa a efectuar la reparación.⁸⁰ Sin embargo, su disgusto por el deber de mitigar no puede descansar sobre la existencia de dichos costos. Los requisitos del deber de mitigar están estructurados de modo que se supone que un comprador que mitiga se encuentra tan bien como si se hubiera dado el

⁷⁸ Véase, *ibíd.*, pp. 1551, 1564.

⁷⁹ *Ibid.* Este requisito también puede ser expresado en términos causales. El no-intercambio del promitente crea una expectativa de pérdida para el prometido. Cualquier daño adicional a esta pérdida, que una acción razonable del prometido hubiera prevenido, es atribuible a él. Como ejemplo del lenguaje causal del derecho, un comprador puede recuperar "cualquier pérdida... que no haya podido ser razonablemente prevenida por un seguro o de otra forma". UCC §2-715(2)(a). El derecho limitado del prometido, a recuperar su pérdida, puede ser justificado tanto por argumentos de causación como de mitigación, dado que ambos argumentos descansan sobre la misma premisa congruente, con el hecho de que el promitente está obligado a pagar la expectativa pero no está obligado a efectuar el intercambio. De esta manera, el prometido causa cualquier pérdida más allá de su expectativa, y debe obtener el intercambio por sí mismo.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 1564.

cumplimiento: aun cuando el deber de mitigar pueda requerir inicialmente a los compradores cargar con algunos costos, estos costos son, en principio, compensables como daños indirectos. En el mundo real, por supuesto, algunos costos de mitigación –el trastorno emocional, las horas gastadas en encontrar otro socio contractual– podrían no ser compensadas. Pero ello es un defecto del derecho y no su propósito, y la objeción de Shiffrin está dirigida al derecho en sí mismo. De este modo, afirma, la objeción puede sostenerse aun en un mundo de fantasía en la cual el deber de mitigar no le costase nada al prometido.⁸¹

Así, el insulto es el gravamen de su crítica. Ello supone que, tanto en el mundo de fantasía como en el nuestro, el promitente que se rehúsa a efectuar el intercambio ha trasladado unilateralmente al prometido la tarea de asegurarse un cumplidor sustituto. Shiffrin agrega, aunque admitiendo que esta forma de exponerlo exagera el punto, que el promitente ha convertido al prometido en su “empleado involuntario”. En palabras de Shiffrin, “el promitente ha usurpado la capacidad del prometido de tomar decisiones voluntarias e independientes sobre la forma y el uso de su tiempo, atención y trabajo”. Y esta usurpación, cuando se realiza a una persona libre y racional, es un insulto.⁸²

Sin embargo, es incorrecto afirmar que los prometidos son insultados. El argumento de Shiffrin presupone lo que nosotros negamos: que el contrato típico requiere al promitente únicamente intercambiar, de modo que su fracaso en realizar el intercambio es un incumplimiento cuyas consecuencias deben ser mitigadas por el prometido. Por el contrario, nosotros mostramos que el resultado final para el prometido, en el mundo ideal de los críticos, es independiente respecto de si el contrato requiere intercambiar o si permite al promitente elegir hacer el intercambio o pagar. En escenarios más realistas,

⁸¹ *Ibid.*, pp. 1551, 1564. No negamos que ésta es una ficción o que la indemnización de las expectativas y la exigencia de mitigar, como sean administradas, a veces no resulten compensatorias. Dedicamos estas páginas a defender lo que los críticos (incluida Shiffrin) atacan, más precisamente una indemnización de las expectativas idealizada y totalmente compensatoria.

⁸² *Ibid.* Véase también, Seana Shiffrin, “The Divergence of Contract and Promise”, en *Harv. L. Rev.*, 2007, 120, pp. 708, 727. Shiffrin utiliza el ejemplo de un propietario y un plomero para establecer estos puntos. Este ejemplo es relevante. Un individuo promitente puede insultar a un individuo prometido, pero sería un error categórico decir que una Empresa A “insulta” a una Empresa B al rehusarse a realizar el intercambio. Shiffrin critica el deber de mitigar como regla para todos los casos, pero pensamos que se necesitaría una teoría del “insulto corporativo” para mostrar que la crítica se aplica en contextos comerciales. No existe tal teoría. El texto más arriba, sin embargo, expone su argumento en los términos generales en que ella lo expresa.

el retorno del prometido es más alto en el contrato estándar último.⁸³ Una razón adicional para esta preferencia, que no se ha expuesto más arriba, existe cuando el prometido puede procurarse un sustituto más barato que su promitente original. En estos casos comunes, el precio es más bajo cuando el promitente puede rehusarse a intercambiar porque el precio refleja sus costos. De este modo, un régimen legal en el cual un prometido debe mitigar no impone ninguna obligación involuntaria sobre él; por el contrario, lo hace beneficiario en un contrato eficiente cuyos términos él ha escogido (es un beneficiario porque, recordemos, los beneficios asociados con el deber de mitigar son compartidos a través del precio del contrato). Un comprador que compra bajo el contrato estándar no es por tanto convertido en el empleado del promitente, sino que mitiga en su propio beneficio. Los requisitos del deber de mitigar entonces no sólo anticipan los intereses del prometido; sino que son más bien una expresión de su libertad de elección.

Pero Shiffrin (a diferencia de Friedmann y Brooks) identifica otro fundamento para insistir en que los promitentes están obligados a cumplir específicamente, un fundamento que reposa en el carácter de la relación contractual. Esto aparece tardíamente en su argumento, cuando comenta sobre una asimetría aparente entre las posiciones de las partes antes y después de contratar. Un prometido no puede forzar a su promitente a celebrar un contrato ofreciéndole pagar el precio de las cláusulas ejecutivas del contrato (un comprador no puede forzar a alguien a vender ofreciéndole pagar el precio de mercado de los bienes). Una vez que el contrato se ha celebrado, sin embargo, el promitente puede forzar a su prometido a tener que reemplazar la acción del promitente por la de otra persona (al menos donde la cobertura es eficiente, un vendedor puede forzar a su comprador a tomar una cobertura).⁸⁴ Es cuanto menos “peculiar”,⁸⁵ dice Shiffrin, que un promitente goce de mayor protección contra la interferencia involuntaria

⁸³ Shiffrin también critica la obligación de mitigar porque los prometidos, en su visión, desean para sí los bienes y servicios que constituyen el intercambio, en vez de ver el intercambio (como supone la obligación de mitigar) como una estación más en el camino hacia mayores ventajas económicas. Véase, en *Michigan L. Rev.*, 107, p. 1565. Este argumento también parece fuera de lugar en el intercambio comercial habitual. Un comprador comerciante no desea simplemente los bienes y servicios; desea el beneficio económico que conlleva el intercambio de los mismos. De allí se sigue que él prefiere el contrato que maximiza su ganancia esperada en vez del contrato que, al exigir el intercambio a toda costa, minimiza su valor.

⁸⁴ Esto no es literalmente tan así: un vendedor no puede exigir a su comprador una cobertura, sino sólo que elija entre cubrirse y no recibir ninguno de los bienes.

⁸⁵ Seana Shiffrin, “Could Breach of Contract be Immoral?”, en *Mich. L. Rev.*, 107, 2009, pp. 1551, 1566.

de su prometido cuando no hay relación contractual más allá de protección de la que goza el prometido contra la interferencia involuntaria de su promitente. “No existe una razón clara para que, luego de formarse la relación, el comportamiento no-consensual [comprendido en la decisión unilateral del promitente de pagar en vez de realizar el intercambio] deba ser moralmente más aceptable que previo a la formación de la relación contractual”.⁸⁶ De hecho, sugiere Shiffrin, dicho comportamiento es simplemente reprochable.

Existe, sin embargo, una “razón clara”, y es que las acciones del promitente son consensuales. Bajo lo que hemos llamado el contrato estándar, el prometido acepta, a cambio de una reducción de precio, permitir al promitente elegir entre realizar el intercambio o pagar. Así, la “decisión unilateral” del promitente no es más unilateral que la decisión de cualquier agente que es instruido por su principal a elegir entre dos acciones permitidas. En breve le daremos una explicación moral a esta interpretación sobre las preferencias de las partes.⁸⁷

Pero primero observamos que la preocupación de Shiffrin es justificable desde una visión distinta de la relación contractual. De acuerdo a esta visión, la celebración de un contrato cambia la relación entre las partes contratantes, de modo que aun cuando ellas se hayan *acercado entre sí*, el contrato las acerca mucho más *dentro de sí*. Los deberes de las partes bajo el contrato no pueden entonces ser medidos sólo por el contrato.⁸⁸ Por el contrario, las partes

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Shiffrin expone un último argumento económico contra la idea, como la nuestra, que entiende que los contratos comprenden promesas de intercambiar o pagar. Ella observa que los prometidos generalmente celebran contratos porque están interesados en recibir ciertos bienes o servicios específicos, y no el valor genérico de estos. *Ibíd.*, pp. 1551, 1565. Ella luego nos invita a “considerar el resultado absurdo en esos casos, si el pago de la indemnización de las expectativas fuera la respuesta universal y reflexiva para los contratos. Ningún prometido conseguiría lo que buscaba. Como consecuencia adicional, si ésta fuera la respuesta universal, entonces los contratos jamás serían celebrados”. *Ibíd.* Este argumento aparentemente asume que un vendedor que tiene el derecho de intercambiar o pagar escogerá siempre pagar. La parte 3.1 más arriba muestra, por el contrario, que el vendedor elige pagar sólo cuando el intercambio produciría una pérdida mayor. Dado que al otorgarle al vendedor la capacidad de minimizar sus pérdidas ello maximiza la expectativa de retorno del comprador, existe un *mayor intercambio* con la indemnización de las expectativas que el que habría bajo el remedio propuesto por Shiffrin.

⁸⁸ Vale la pena notar en este caso una diferencia entre dicha obligación abierta de cooperar y el deber imperativo que impone la ley de obrar de buena fe en la ejecución de los contratos. El contenido del deber de obrar de buena fe está limitado por el contenido de las promesas de las partes: la buena fe prohíbe a las partes explotar vulnerabilidades que aparezcan en el curso de la relación contractual, de modo que impida a la otra parte

tienen una obligación permanente de cooperar. Este deber requiere que cada parte respete los intereses y motivaciones que llevaron a la otra a celebrar el contrato, y a ajustarse a nuevos hechos y circunstancias de una manera que contemple los motivos e intereses de la otra parte. La existencia de este deber lleva a Shiffrin a la conclusión de que mientras el promitente puede rehusarse a celebrar el contrato, aun cuando el potencial prometido ofrezca pagar un precio justo, éste no puede contratar y a la vez mantener al prometido a la distancia en lo que respecta al cumplimiento. Para ser precisos, cuando el derecho contractual autoriza al promitente a elegir *ex post* entre realizar el intercambio y pagar, dependiendo de cuál opción maximiza su utilidad, la ley socava la participación cooperativa que constituye la esencia moral de la relación promisorias, y por tanto también, el contrato. La idea de Shiffrin de que un promitente que paga en vez de realizar el intercambio pone al prometido a su servicio de igual manera que si el prometido pudiera forzar al promitente a contratar ofreciéndole el precio de mercado, sólo es explicable asumiendo que los contratos siempre reemplazan la coparticipación en pie de igualdad *ex ante* con la participación cooperativa *ex post*.

Este análisis explica la idea de Shiffrin pero no la justifica. Nosotros demostramos que los contratantes comerciales *prefieren* dejar al promitente escoger entre intercambiar o pagar. Por tanto, la idea de Shiffrin la compromete con la afirmación de que el derecho contractual debería pasar por encima de las preferencias de las partes a fin de forzarlas a comportarse correctamente. Para entender por qué Shiffrin está comprometida con el paternalismo, consideremos los casos en los cuales el derecho aplica un modelo cooperativo de coparticipación *ex post* dentro de relaciones contractuales o promisorias: el matrimonio y, más generalmente, los *joint ventures*.⁸⁹ La coparticipación

la realización de los beneficios que el contrato confiere. La buena fe es, de este modo, un deber que existe sólo si las partes se encuentran en pie de igualdad –un deber de no explotar eventos futuros de manera que socave la división de los beneficios que estableció el acuerdo inicial celebrado en pie de igualdad. A diferencia de la participación cooperativa, la buena fe no comprende una obligación abierta de prestar atención a las intenciones e intereses de la otra parte, más allá de la división de los beneficios acordada *ex ante* en la participación efectuada en pie de igualdad. Véase *en general*, UCC, §1-304.

⁸⁹ Así, los tribunales generalmente observan que “las partes de un *joint venture*, al igual que los socios de una sociedad, tienen un deber fiduciario recíproco”. *Miami Subs. Corp. v. Murray Family Trust*, 703 A.2d 1366, 1373-74 (N.H. 1997). Véase también p. ej., *Electronic Associates, Inc. v. Automatic Equipment Development Corp.*, 440 A.2d 249, 251 (Conn., 1981). (“Como principio legal, las partes de un *joint venture* contraen deberes fiduciarios respecto de las otras, en relación a las cuestiones del ámbito del *joint venture*”) (citando *Sime v. Malouf*, 95 Cal.App.2d 82, 98, 212 P.2d 946 (1950)); *Lucas v. Abbott*, 198 Colo. 477, 601 P.2d 1376 (1979)). La relación matrimonial establece deberes análogos en la pareja. Así, “los tribunales

en estas relaciones no puede ser encapsulada por los términos de los acuerdos que las establecen: un hecho que es anunciado auto-conscientemente por el lenguaje del voto matrimonial –“para bien o para mal” – y por el deber de fidelidad fiduciaria que los participantes de un *joint venture* se deben entre sí. La coparticipación no está delimitada contractualmente porque estas relaciones implican la adopción de un proyecto compartido: una familia, en el caso del matrimonio; y un emprendimiento, en el caso de un *joint venture*. Las partes de dichos contratos acuerdan perseguir la consecución de determinados proyectos (al menos en cierta medida) independientemente de las contribuciones que tales proyectos redundan para sus intereses individuales: en la medida de estos intereses, las partes, a veces literalmente, acuerdan perseguir la consecución de sus proyectos para bien o para mal. Y en estos casos aplica algo como el análisis de Shiffrin. Un promitente que pagó en lugar de realizar el intercambio habría traicionado el proyecto compartido del *joint venture* a favor del interés puramente personal anterior que el proyecto se suponía que intentaba reemplazar; y el hecho de reconocer el interés esperado del prometido pondría las cosas en una métrica que el contrato inicial se había propuesto abandonar. Sin embargo, notemos que la traición es respecto de la relación que las partes acordaron establecer *ex ante*. El derecho exige un comportamiento cooperativo *ex post* para implementar la preferencia *ex ante* de las partes por un régimen de coparticipación. Y la mayoría de las partes, en la mayoría de las circunstancias, no prefieren este régimen.

Así, aun las promesas puramente personales parecen involucrar usualmente, de forma intuitiva, solo la coparticipación *ex ante*, delimitada por los términos de un acuerdo, antes que la coparticipación *ex post*. Supongamos, por ejemplo, que un amante de los deportes promete invitar a una amiga amante de la ópera a la obra de *Pelléas et Mélisande*, y cuando va a comprar los tickets se da cuenta que solo quedan disponibles los asientos más caros y por tanto decide no invitarla. ¿Qué debería hacer ahora? De seguro, él no puede honrar su promesa entregándole a su amiga un pago en dinero igual al valor que ella le asigna al haber asistido a la obra. Pero la razón por la cual la moral general de las promesas se opone a dichos pagos en dinero

no deberían inclinarse por ninguna de las partes de esa relación humana única (el matrimonio), cuando ambos se tratan en pie de igualdad. Hemos reconocido, incluso, en el contexto de una acción legal basada en un fraude, que la relación especial entre fiduciario y beneficiario implica una rendición de cuentas total por el fiduciario. Aunque las partes de un matrimonio no están necesariamente en una relación fiduciario-beneficiario, creemos que no se les debería requerir un nivel de rendición de cuentas menor a dichas partes, cuando acuden al tribunal buscando terminar su matrimonio”. *Billington v. Billington*, 220 Conn. 212 (Conn. 1991).

no es necesariamente porque rechace sin más la idea de las prestaciones equivalentes, sino porque la introducción de pagos monetarios dentro de las relaciones personales tiene efectos mercantilizantes y alienantes, y por tanto, generalmente es tabú.⁹⁰ Más aún, supongamos que el promitente descubre que *Rodrigue et Chimène* se está exponiendo en el pueblo de al lado, que aún quedan asientos baratos disponibles, y que su amiga ama ambas óperas por igual. Si el promitente sustituyera la segunda ópera por la primera, ¿estaría cometiendo algo incorrecto?, o bien, ¿estaría rompiendo su promesa?

Nosotros pensamos que, salvo en ciertas circunstancias inusuales, no lo está haciendo. Un arreglo de este tipo se entiende mejor como una promesa de darle a su amiga algo de cierto costo y valor (aproximado). Como terminó ocurriendo, la invitación que la promesa expresamente identificaba —el análogo a la realización del intercambio— se tornó inesperada e ineficientemente cara, y por tanto el promitente la sustituyó con una prestación alternativa —el análogo al pago— que colmó las expectativas de su amiga y le resultó menos costosa. El hecho de que no existe incumplimiento puede verse, intuitivamente, observando que, a pesar de que el promitente deba en este caso una *explicación* a su amiga por el cambio, él no le deba, luego de que la explicación haya sido dada, ninguna otra *disculpa*. De hecho, si su amiga quisiera obtener una disculpa, entonces ella, y no él, estaría normalmente violando las normas implícitas en la relación. Las cosas serían diferentes si ambos amigos fueran aficionados de la ópera cuyas promesas hubieran establecido el proyecto compartido de ver finalmente *Pelléas et Mélisande*, como el equivalente personal de un *joint venture*. En este caso, los amigos se han comprometido a ver dicha obra en particular como algo que no puede ser valuado instrumentalmente, y entonces el primer amigo probablemente no pueda cumplir su parte del plan sustituyendo la obra por otra de igual valor instrumental. Pero pensamos que la mayor parte de las promesas personales son más parecidas al caso original que a su modificación. Ellas son percibidas por las partes como instrumentos útiles para perseguir propósitos antecedentes e independientes, y por tanto pueden ser honradas por medios alternativos a los expresamente identificados.

⁹⁰ El mismo efecto puede ser visto en un contexto de daño extracontractual, cuando, p. ej., un invitado rompe una de las copas de vino de su anfitrión. Si bien el invitado tiene claramente una obligación de compensar el pago a su anfitrión, del valor en dinero de la copa, no será satisfactorio (y eventualmente empeore las cosas). Incluso, aunque el invitado satisfaga su deber dando al anfitrión una copa nueva, podría también compensarlo (y de hecho, de mejor forma) dándole algún regalo alternativo (aproximadamente equivalente), como p. ej. un ramo de flores o una caja de chocolates.

En cualquier caso, este valor instrumental capta mejor el carácter de las promesas comerciales –y por tanto de los contratos– que la alternativa no-instrumental asociada con el modelo del *joint venture*. Las partes contractuales típicamente se conciben a sí mismas y a los intercambios que describen las cláusulas ejecutivas de sus contratos como medios instrumentales (y por tanto, en principio, intercambiables) para la persecución de fines comerciales que pre-datan, y no son alterados por, los compromisos que los contratos establecen. Así es como debería ser.⁹¹ El propósito moral (y no sólo económico) del derecho contractual es permitir la coordinación sobre términos neutros en un orden económico y político abierto y pluralista. En este orden, los contratos deberían surgir entre las partes en cualquiera de los lados de toda disputa económica y política. Y el derecho contractual puede ser abierto en este aspecto sólo si las partes pueden contratar sin ceder control sobre sus propósitos más importantes –esto es, sin comprometerse a una participación cooperativa *ex post* al servicio de valores no instrumentales. Si pasamos a la conexión del derecho contractual con la libertad, en lugar de la neutralidad, un orden legal que insiste sobre una participación cooperativa *ex post* es incongruente con la libertad de contratar. Este orden convertiría la relación contractual en una especie de comunidad orgánica, casi un orden jerárquico, que las partes podrían evitar conjuntamente pero que no podrían delimitar y restringir libremente.

Sin embargo, la tensión entre los modos de compartir asociados con contratos ordinarios y la participación cooperativa es aún más grande. Para entender esto, se debe tener en cuenta que el modo de compartir involucrado en una promesa y, aún más, en un contrato, es incompatible con la *identificación total* que debe existir entre las partes (ésta es simplemente la forma de caracterizar el pensamiento familiar de que resulta imposible hacerse una promesa a uno mismo). Incluso, (a pesar de que ésta seguramente resulte una afirmación más controversial) la coparticipación promisorias y contractual es también difícil de establecer entre partes que, aun cuando no son idénticas entre sí, poseen conexiones antecedentes *muy cercanas*. En la esfera personal,

⁹¹ Uno de nosotros ha sostenido anteriormente que los contratos establecen una cierta forma de actividad conjunta entre las partes, que esta actividad es caracterizada por el hecho de compartir el fin de lograr el cumplimiento contractual, y que esta coparticipación subyace en el valor moral de la relación contractual. Véase, Daniel Markovits, “Contract and Collaboration”, en *Yale L.J.*, 113, 2004, p. 1417. (Pero el tipo de coparticipación descrito allí es un tanto diferente a la cooperación *ex post* asociada con una visión como la de Shiffrin. Está confinada dentro del contrato, y tiene establecido su contenido por los términos del mismo, y es por tanto mucho más fina que la coparticipación cooperativa (un hecho que es enfatizado al llamar a dicha coparticipación colaboración y al rechazar la idea de que implica cooperación, véase, *ibíd.* p. 1457).

por ejemplo, es difícil realizar promesas efectivas dentro de un matrimonio totalmente apasionado, dado que el compromiso mutuo de los compañeros en maximizar su resultado conjunto (visto como un valor no-instrumental) significa que cualquier derecho promisorio que pueda surgir entre ambos se disolverá cuando, desde el punto de vista de la pareja, no sea el mejor para el conjunto.⁹² Y aun en la esfera comercial, existen límites en la libertad de contratación dentro de las relaciones fiduciarias,⁹³ porque el interés personal que yace en el centro de la coparticipación contractual es incompatible con las actitudes cooperativas exigidas por la forma fiduciaria. Por lo tanto, en el modelo de Shiffrin, la coparticipación cooperativa no sólo presenta una alternativa a las formas finas de solidaridad asociadas con la coparticipación contractual tal como nosotros la entendemos; sino que, cuando esta alternativa surge o es impuesta, la coparticipación cooperativa torna imposible la solidaridad contractual. En rigor, el modelo de Shiffrin resulta, entonces, *incompatible* con las formas de coparticipación asociadas al contrato.

La coparticipación *ex ante* asociada con la indemnización de las expectativas y la idea de que los contratos contienen promesas de concretar el intercambio o pagar, satisface mejor que la alternativa de Shiffrin no sólo los propósitos económicos sino también los propósitos morales del contrario. Por estas razones, rechazamos la coparticipación cooperativa *ex post* como el modelo correcto de la relación contractual. Por el contrario, los valores sustantivos asociados con la moral promisorio, cuando son aplicados al caso especial de las promesas contractuales, favorece la coparticipación *ex ante*, en pie de igualdad. Más aún, nuestro modelo económico revela que las partes que contratan en una coparticipación en pie de igualdad producen acuerdos que no fetichizan el intercambio por el pago sino que permiten a los promitentes honrar sus promesas mediante el cumplimiento de las cláusulas de transferencia de las mismas. Este es un caso en el cual la moral

⁹² Uno de nosotros elabora esta idea en mayor detalle en Daniel Markovits, "Promise as an Arm's Length Relation", en *Understanding Promises and Agreements: Philosophical Essays*, H. Scheinman ed., 2010.

⁹³ P. ej., un abogado puede no representar un cliente si la representación implica "el inicio de una demanda contra otro cliente representado por el abogado en el mismo litigio u otro procedimiento ante un tribunal", Model Rules of Prof'l Conduct Rule 1.7(b) (3), o, en términos más generales, si no puede "proveer una representación competente y diligente a cada cliente afectado", Model Rules of Prof'l Conduct Rule 1.7(b)(1). Véase también, *Restatement of the Law Governing Lawyers* s. 122(2) (a). En cada caso, no importa si, a pesar de todo, el cliente acuerda a sabiendas dicha representación. La libertad de contratar no perfora la relación fiduciaria abogado-cliente, y los conflictos son, en el lenguaje del derecho del ejercicio de la profesión, no-consensuales.

de las promesas se alinea con la economía de los contratos. Estas reflexiones sugieren que aparte de ser formalmente congruente con una visión moral del derecho contractual, la indemnización de las expectativas (entendida adecuadamente como una presunción interpretativa) es también congruente con los ideales sustantivos de la moral promisoria, al menos cuando éstos son aplicados a las circunstancias normales de la contratación comercial.

V. Conclusión

Nosotros defendemos la indemnización de las expectativas, tal como es aplicada comúnmente en el derecho contractual, contra ataques recientes que están a favor de reemplazar este remedio con un régimen legal que otorga al prometido un derecho de propiedad sobre el cumplimiento del promitente. El nuevo régimen otorgaría al prometido un derecho habitual al cumplimiento específico, o a la restitución de la ganancia del promitente si el cumplimiento específico resultara impracticable. Demostramos que los prometidos, de hecho, tienen un derecho de propiedad, pero los críticos se equivocan en cuanto a cuál es ese derecho.

El contrato típico contiene tres tipos de cláusulas: las “cláusulas ejecutivas” que describen el acto que el promitente realizará; (ii) una “cláusula de transferencia” que describe el pago que el promitente debe realizar si no cumple con las cláusulas ejecutivas; y (iii) un precio, que describe el pago que el prometido debe realizar si el promitente cumple con las cláusulas ejecutivas. Los críticos afirman que el prometido tiene un derecho de propiedad en las cláusulas ejecutivas: esto es, al intercambio que el promitente acordó realizar. De esto se sigue que el prometido tiene derecho al cumplimiento específico. Sin embargo, los críticos generalmente abonan a la idea de que las partes pueden celebrar el contrato que quieran. Nosotros demostramos aquí que, si la soberanía de las partes es la piedra angular, el prometido tiene ese derecho solo en la cláusula de transferencia, y solo si el promitente deja de cumplir las cláusulas ejecutivas. Dos resultados siguen de esta demostración. Primero, la negación del promitente a cumplir con las cláusulas ejecutivas del contrato no es un incumplimiento; por el contrario, el incumplimiento ocurre cuando el promitente rechaza el intercambio bajo las cláusulas ejecutivas y además rechaza pagar bajo la cláusula de transferencia del contrato. Segundo, la acción legal para ejecutar una cláusula de transferencia de un contrato –por ej. la demanda para recuperar la expectativa del prometido– es en efecto una acción legal

de cumplimiento específico, porque el pleito hace efectivo el derecho del prometido al pago contractual.

Sostenemos estos resultados mediante la validación de lo que llamamos la “hipótesis del cumplimiento dual”. Nuestros críticos presuponen implícitamente que las partes son racionales, egoístas, sofisticadas, y están bien informadas acerca de las variables económicas relevantes; y que los tribunales están lo suficientemente bien informados para hacer valer la expectativa del prometido. Nosotros demostramos que, sobre estas presunciones, la mejor interpretación de los contratos es aquella que permite al promitente realizar el intercambio bajo las cláusulas ejecutivas o bien efectuar al prometido el pago que el contrato exige. Este pago resulta ser el monto de ganancia que le correspondería al prometido si se hubiera generado el intercambio: el pago, en efecto, es la expectativa del prometido. La hipótesis del cumplimiento dual sostiene que los contratos habitualmente toman esta forma.

Nuestra validación de la hipótesis descansa sobre cuatro fundamentos: (i) Según las condiciones que asumen los críticos, el resultado bruto esperado por el prometido bajo el contrato no varía según el remedio que tiene. El cumplimiento específico otorga al prometido el poder de capturar una parte de la ganancia que el promitente obtiene al rechazar el intercambio; los mercados otorgan al prometido que sólo tiene derecho a su expectativa el poder de capturar la misma parte de la ganancia, pero a través del vehículo del precio. (ii) El resultado neto esperado del prometido es generalmente más alto bajo un contrato que protege su expectativa porque los costos transaccionales que acompañan la celebración y ejecución de este contrato son menores que los costos transaccionales que conllevaría un contrato con derechos de propiedad. (iii) Si ambos contratos fueran válidos y ejecutables, la indemnización del interés esperado sería un buen estándar, cuando los tribunales están lo suficientemente bien informados, para proteger este interés; las partes aceptarían este estándar porque los contratos que protegen el interés esperado comúnmente maximizan la riqueza frente a los contratos que crean derechos de propiedad. (iv) El consentimiento del prometido al estándar del interés esperado sería real antes que hipotético. El precio de un contrato es una función conjunta del costo de sus cláusulas ejecutivas y de la medida de la cláusula de transferencia. Las partes sofisticadas prestan atención a aquello que el contrato les compra, y en consecuencia, a ambos componentes del precio.⁹⁴

⁹⁴ Otra manera de decirlo es que las partes hoy intentan contratar fuera de la

Estos fundamentos sostienen nuestra afirmación de que la indemnización de las expectativas es analíticamente congruente con la estructura normativa inmanente de los contratos. La indemnización de las expectativas es también formalmente congruente con una aproximación moral al derecho contractual, bajo la cual los verdaderos incumplimientos de los contratos son hechos condenables que pueden calificar para dictar daños punitivos. En nuestra visión, recordemos, un verdadero incumplimiento es la negación del promitente tanto a intercambiar como a pagar. Adicionalmente, sostenemos que la coparticipación *ex ante* asociada con la indemnización de las expectativas captura mejor los ideales sustantivos detrás de la moral promisoria, al menos en tanto estos ideales funcionan para casos de promesas entre extraños dentro de órdenes económicos y políticos abiertos y pluralistas. Conjuntamente, estos argumentos renuevan todo el panorama para hacer de la indemnización de las expectativas el remedio estándar para el incumplimiento contractual.

Nuestro argumento más amplio se comprende mejor como la persecución de un resultado representacional; esto es, como un esfuerzo para poner al descubierto la estructura formal de la relación contractual.⁹⁵ Nosotros hemos mostrado que un conjunto de ideas económicas, filosóficas y legales pueden representar una práctica legal particular. Siendo más específicos, demostramos que la pretensión sustitutiva de la indemnización de las expectativas (que se encuentra implícita tanto en la hipótesis del incumplimiento eficiente como en los escritos de aquellos que critican el incumplimiento eficiente) es moralmente epifenomenal, y, más aún, errónea. Explicamos más acabadamente la indemnización de las expectativas sin incluir ningún remedio sustitutivo en la explicación, sino tratando a cada remedio contractual como una instancia formal de cumplimiento específico y permitiendo variar la obligación que se cumple específicamente, de acuerdo con la hipótesis de cumplimiento dual.

Este resultado representacional importa para la práctica legal, para el desarrollo de la doctrina y del resultado de precedentes concretos. Las críticas a la indemnización de las expectativas que buscamos desmitificar pueden ser entendidas, a nivel general y abstracto, en la afirmación de que la pretensión sustitutiva de la indemnización de las expectativas que se encuentra implícita en la teoría del incumplimiento eficiente es incongruente con las estructuras formales del contrato, y la promesa que el derecho y la

indemnización de las expectativas sólo cuando los tribunales carecen de información para proteger esa expectativa, o podrían obtener dicha información sólo a costos prohibitivos para las partes. Este comportamiento contractual es congruente con nuestra posición de que las partes entienden el valor de la indemnización de las expectativas.

⁹⁵ Agradecemos a John Mikhail y a Henry Smith por presionarnos en este punto.

moral establecen. En la medida que los tribunales y otros operadores del derecho acepten estas críticas, se verán tentados (como en el *Restatement (Third) of Restitution* y como en el fallo “*EarthInfo*”) a adjudicar a los prometedos defraudados indemnizaciones supracompensatorias, bajo el modelo de la restitución de la ganancia obtenida por el incumplimiento. Sin embargo, nuestro argumento demuestra que hacer esto está mal: la estructura formal real del contrato y de la promesa –que hace del cumplimiento específico (formalmente entendido) el único remedio del incumplimiento– es lo suficientemente fuerte para sostener el resultado eficiente que recomienda la teoría del incumplimiento eficiente. Por tanto, afirmamos la consideración todavía convencional del derecho positivo contra sus críticos revisionistas.⁹⁶

Reconocemos que estamos defendiendo la sabiduría convencional *caracterizando* al derecho de un modo no convencional. De esta manera, tanto los popes convencionalistas como los críticos de la indemnización de las expectativas piensan que este remedio introduce un respaldo sustitutivo sobre el cual el derecho contractual puede asentarse, más o menos cómodamente, al lado del respaldo directo asociado con el cumplimiento específico.⁹⁷ Nuestro enfoque, por el contrario, busca entender la indemnización de las expectativas sin la confusión de tratar de combinar el respaldo sustitutivo y directo en un mismo orden de principios. A este respecto, reconocemos, estamos haciendo una propuesta poco común. Nosotros creemos que nuestros argumentos económicos y filosóficos son lo suficientemente fuertes como para garantizar la adopción de nuestra caracterización del derecho. Más aún, también observamos que los críticos de la indemnización de las expectativas también avanzan, principalmente, en las esferas de la economía y la filosofía antes que en la doctrina legal.⁹⁸

⁹⁶ P. ej., *Restatement (Second) of the Law of Contracts*, § 344.

⁹⁷ El derecho sigue esta línea, p. ej., cuando caracteriza incluso a los daños tarifados (y, *a fortiori*, a la indemnización de las expectativas) como meramente sustitutos. Véase, *Restatement (Second) of the Law of Contracts* § 361 cmt. [a]. Los críticos de la indemnización de las expectativas adoptan la misma caracterización cuando asimilan el “incumplimiento eficiente”, aun cuando apareja el pago de daños monetarios, a un verdadero *incumplimiento*.

⁹⁸ En la tradición en la cual escribimos, el derecho positivo –en la forma del detalle particular y doctrinariamente elaborado– ha estado ausente del debate sobre la indemnización de las expectativas. Otras tradiciones se han tomado más seriamente esta área. Los críticos principales de la indemnización de las expectativas y de la teoría del incumplimiento eficiente en Estados Unidos son probablemente Douglas Laycock y Mark Gergen. Véase, p. ej. Douglas Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, 1991; Mark Gergen, “The Law’s Response to Exit and Loyalty in Contract Disputes,” en *Comparative Remedies for Breach of Contract*, 2005 y “A Theory of Self-Help Remedies” en *Contract* (manuscrito no publicado, en poder de los autores).

Finalmente, creemos que es posible sostener que nuestro enfoque sobre los remedios contractuales, y en particular nuestro énfasis en la reparación directa, antes que substitutiva, en efecto se relaciona mejor con el derecho positivo: las reglas acumulativas del *Restatement y Uniform Commercial Code*; y, asimismo, el tratamiento legal de los daños tarifados, de los límites indemnizatorios, y del cumplimiento específico (entendido en el sentido convencional de ejecutar directamente la promesa de efectuar el intercambio). En particular, nuestro enfoque mejora las consideraciones doctrinarias más convencionales al distinguir, a diferencia de estas consideraciones, entre casos en los cuales las partes desacuerdan superficialmente respecto de la valuación que el prometido hace sobre el intercambio, y aquellos en los cuales las partes desacuerdan más profundamente respecto de la obligación del promitente de reconocer este valor sin más. Al poner énfasis en esta distinción, nuestro enfoque introduce una dimensión adicional en el análisis doctrinario, que nos permite organizar ordenadamente reglas y resultados que de otra manera aparecen injustificadas y *ad hoc*. Por supuesto, éstas son sólo afirmaciones, que deberían ser defendidas, si fuera necesario, en otra ocasión.⁹⁹

Nuestro resultado representacional también importa para la teoría legal. A pesar de que queda a criterio de las partes establecer el contenido de sus respectivos derechos y obligaciones bajo sus contratos, no puede quedar a criterio de ellas establecer la forma de la *obligación contractual* dentro de la cual se fija este contenido. Esta forma es materia del *derecho contractual* y, tal vez, en última instancia, de la moral, antes que de cualquier promesa contractual particular (de hecho, la existencia de esta forma es una condición trascendental de la fuerza legal y moral de las promesas particulares que surgen de ella). El derecho debe intervenir, dado que los individuos no cuentan con poder normativo para establecer la forma de la obligación, ya sea legal o moral, mediante el mero pronunciamiento de que se someten a la misma.¹⁰⁰ De forma similar, no cuentan con capacidad para

⁹⁹ Uno de nosotros está intentando abordar el argumento doctrinario. Véase, Daniel Markovits, "The Doctrinal Foundations of the Dual Performance Hypothesis and the True Meaning of Efficient Breach" (trabajo en proceso).

¹⁰⁰ De hecho, existe comúnmente la preocupación, p. ej. en Hume, de que los promitentes individuales no tengan poder normativo para crear obligaciones particulares simplemente mediante una promesa. Esta preocupación llevó a Hume a comparar la idea de que la promesa contenida en el acto testamentario engendra un deber de honrar la promesa por el misterio de la transformación. Véase, David Hume, "Of Morals", en *A Treatise Of Human Nature Bk. III*, 1888, (2a ed., Oxford Univ. Press 1978) Pt. 2, pp. 455, 524. El poder para crear obligaciones particulares es seguramente menos problemático que el poder para crear un principio moral entero. Para discusiones más recientes sobre el problema del poder normativo de los

cambiar las consecuencias normativas que siguen al incumplimiento de una obligación.¹⁰¹ Los tribunales han comprendido esto. Un ejemplo de un caso que se hizo famoso por otras razones aparece (explícitamente, aunque también un poco críptico) en la disidencia de *Groves v. John Wunder, Co.*, cuando los disidentes sostienen que:

“La obligación contractual no se perpetúa o subsiste en el contrato en sí mismo [...] sino en [...] el dictado de la ley que obliga al promitente a cumplir su promesa. [...] Un contrato no es una ley, ni legisla. Es el contrato sumado a la ley lo que hace del contrato ordinario una obligación válida y ejecutable”.¹⁰²

Nuestro resultado representacional revela que la elaboración doctrinaria de remedios contractuales –y en particular la preferencia estándar por la “indemnización de las expectativas” y el reconocimiento secundario del “cumplimiento específico”– es congruente con estos límites teóricos sobre el poder normativo de las partes.

Finalmente, a pesar de que nuestro argumento se focaliza en los méritos, concluimos con una observación metodológica. Las aproximaciones económicas y filosóficas al derecho privado tienden generalmente a exponer fortalezas y debilidades encontradas: las aproximaciones económicas capturan el atractivo instrumental del derecho, pero tienden a negar la existencia formal del derecho como una estructura de reglas y sentido, y por tanto corren el riesgo de presentar a fin de cuentas una visión del derecho reduccionista poco atractiva; las aproximaciones filosóficas, por el contrario, capturan la estructura del derecho basada en reglas y en sus significados inmanentes, pero tienden a negar que el derecho es también una herramienta importante para alcanzar fines extra-legales y por tanto corre el riesgo de presentar una visión del derecho irrealista y poco atractiva. Nuestro argumento aspira a explotar las fortalezas de ambas aproximaciones y a evitar las debilidades de cada una. Así, si bien comenzamos con un modelo económico motivado en las propiedades instrumentales del derecho, luego elaboramos el modelo caracterizando las propiedades instrumentales del derecho en términos –específicamente en lo que concierne a la estructura inmanente de la coparticipación contractual en las ganancias– que invitan

testamentos véase, por ej., Michael Pratt, “Promises, Contracts, and Voluntary Obligations”, en *Law & Philosophy*, 26, 2007, p. 531; Daniel Markovits, “Contract and Collaboration”, en *Yale L.J.*, 113, 2004, pp. 1417, 1442-43; Joseph Raz, “Voluntary Obligations and Normative Powers”, en *Aristotelian Society Supp.*, Vol. 46, 1972, pp. 79, 99

¹⁰¹ Un prometido puede perdonar un incumplimiento o liberar al promitente incumplidor de sus obligaciones de reparar. Pero no puede hacerlo si el promitente incumplidor no ha cometido ningún incumplimiento, o si no está sujeto a ninguna obligación de indemnizar.

¹⁰² *Groves v. John Wunder, Co.* 286 N.W. 235, 239-240 (Minn. 1939).

a una interpretación no-instrumental. De esta manera, cuando tomamos las ideas filosóficas relacionadas con la estructura formal y los significados morales de las reglas legales, aplicamos técnicas filosóficas reconstructivas a una serie de entendimientos doctrinarios que tienen en mente los poderes y propósitos instrumentales del derecho. Estas características de nuestro argumento enfatizan el atractivo que tiene el trabajo interdisciplinario: la posibilidad de que cuando varias disciplinas se unen unas con otras, cada una ayuda a la otra a evitar ciertas fallas características, de modo que el argumento interdisciplinario en su totalidad es mejor que la suma de sus partes más convencionales.

