

# ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CONTRACTUAL DESPUÉS DE TRES DÉCADAS: ¿ÉXITO O FRACASO?

ERIC A. POSNER <sup>(\*)</sup> <sup>(\*\*)</sup>

Profesor de Derecho de la Universidad de Chicago.

## SUMARIO

- I. Introducción.- II. El Análisis Económico del Derecho Contractual: 1. Premisas y Resultados Básicos; 2. Remedios; 3. Interpretación de los Contratos; 4. "Unconscionability" y Protección al Consumidor; 5. Error; 6. Imposibilidad; 7. "Consideration" y "Promissory Estoppel"; 8. Resumen: Falla Descriptiva versus Falla Normativa.- III. La Teoría de los Contratos Incompletos: 1. Premisas y Resultados Básicos; 2. Libertad de Contratación e Información Asimétrica: La Doctrina Jurisprudencial de la Penalidad; 3. Libertad de Contratación y Externidades: La Doctrina Jurisprudencial de la Penalidad Nuevamente; 4. Resumen.- IV. ¿Por qué la Economía no puede explicar el Derecho Contractual?; 1. El Problema de la Indeterminación Metodológica; 2. El Problema de la Racionalidad; 3. ¿Una salida?.- V. La Influencia de la Economía en la Investigación de los Contratos y el Derecho; 1. La Influencia de la Economía en el Estado de los Contratos; 2. La Influencia de la Economía en la Doctrina Jurisprudencial de los Contratos.- VI. El Futuro: 1. Filosofía; 2. Psicología; 3. Historia; 4. Avances en la Economía y en la Teoría de Juegos; 5. ¿Un Retorno al Doctrinalismo?.- VII. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

El moderno análisis económico del Derecho Contractual se inició aproximadamente hace treinta años y, como muchos académicos coinciden, se ha convertido en el estilo académico predominante de la teoría contractual. El análisis doctrinario tradicional es menos influyente que antes de 1970, y goza de menor prestigio. El trabajo filosófico sobre la naturaleza de las promesas ha concitado cierta atención, pero decayó en la década de los ochenta, con poco que mostrar aparte de las áridas generalizaciones sobre esta materia. Las críticas académicas de la izquierda ya no generan entusiasmo, como lo hicieron veinte años atrás. Hasta el momento, los estudios influenciados por la psicología cognitiva han producido pocas nociones. Únicamente el análisis económico parece tener una base sólida.

Una forma de validar una crítica a un área de estudio es mirar a su historia. Las obras de los académicos orientadas económicamente a comienzos de los setenta tenían nociones fundamentales, y luego, con el tiempo, ulteriores autores las han criticado y refinado; debido a que estos refinamientos se derivaron de premisas

<sup>(\*)</sup> Un agradecimiento a Hill Dodge, Mark Gergen, Richard Posner, Alan Schwartz, Steve Smith, David Zinder, Kathy Spier y a los participantes en el grupo de trabajo de la Universidad de Illinois en el Departamento de Economía de la Universidad de Chicago por sus valiosos comentarios; a Bryan Dayton y Tara Ryan por su valiosa asistencia en investigación, y al Fondo de la Fundación Sarah Scafe y al Fondo de la Fundación Lynde y Harry Bradley por su generosa ayuda financiera. Los comentarios de Richard Craswell al borrador también mejoraron este trabajo; igualmente les estoy agradecido, tanto a él como a Ian Ayres, por sus comentarios publicados.

<sup>(\*\*)</sup> Agradecemos a José Juan Haro Seijas, miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS** nueva época, por haber obtenido la autorización respectiva para publicar el presente artículo. Artículo originalmente publicado en *Yale Law Journal* N° 112, 2003, pp. 829-880, bajo el título "Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?". La traducción del presente artículo ha estado a cargo de Rafael Lengua Peña y Guillermo Cabieses Croveto, quienes agradecen los comentarios de Alberto Delgado Venegas, miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS** nueva época.

comunes, ha existido una especie de movimiento de avanzada en el tema, para el logro de un consenso cada vez más sofisticado. A pesar de que los críticos del análisis económico ridiculizaron sus aspiraciones científicas, la acumulación de nociones con el tiempo se asemeja al progreso científico. El estudio doctrinario, filosófico y crítico, por el contrario, ha permanecido estático. Los autores coinciden y discrepan, sobre las mismas cosas, tanto como lo hacían hace veinte o treinta años.

Sin embargo, existen motivos para preocuparnos sobre el análisis económico del Derecho Contractual. Los observadores cuidadosos de su historia saben que el sentido de convergencia descrito anteriormente terminó hace años; en los últimos diez años la teoría se ha vuelto divergente, y han surgido impases. Los modelos simples, que dominaron la discusión antes de los noventa, no predicen la doctrina jurisprudencial<sup>97</sup> de los contratos comentada. Los modelos más complejos que surgieron en los ochenta y dominaron la discusión en los noventa han fallado en predecir la doctrina jurisprudencial o se sustentan en variables que, como asunto práctico, no pueden ser medidas, siendo sus predicciones indeterminadas.

A pesar del dominio del enfoque económico del Derecho Contractual, y pese a su gran cantidad de logros, en mi opinión no ha podido producir una "teoría económica" del Derecho Contractual, y no parece ser capaz de hacerlo. Con ello, quiero decir que el enfoque económico no puede explicar el actual sistema del Derecho Contractual, ni tampoco puede proporcionar una base para criticarlo y reformarlo. Esto no quiere decir que el enfoque económico no ha generado conocimiento alguno, pero la naturaleza de sus logros resulta sutil y será clara únicamente después de una amplia discusión.

Este artículo tiene dos propósitos: ilustrar las fallas de los modelos económicos para explicar el Derecho Contractual o para justificar la reforma, y proporcionar una explicación de dichas fallas. La explicación se centra en desarrollar un modelo del comportamiento contractual que pueda ser probado y que no realice asunciones irrazonables sobre las habilidades cognitivas de las partes contractuales.

Sin embargo, en principio, deben hacerse algunos comentarios para evitar posibles malas interpretaciones del planteamiento. Primero, no afirmaré que algún otro enfoque del Derecho Contractual es mejor al enfoque económico, ni que el análisis económico debería abandonarse inmediatamente. Si se debe obtener una moraleja de la discusión, esta es el escepticismo sobre cuánto valor adicional ha ofrecido la economía para entender el Derecho Contractual hoy en día.

Segundo, no planteo críticas sobre el valor del análisis económico para entender otras áreas del Derecho. Ciertamente, mi crítica reposa en juzgamientos empíricos y metodológicos sobre la literatura contractual, juzgamientos que no necesariamente se aplican, digamos, al Derecho de la Responsabilidad Extracontractual o de la Propiedad. Tampoco asumo una posición en este trabajo sobre las controversias referidas a los fundamentos pro-bienestar del análisis económico.<sup>1</sup>

<sup>97</sup> El término utilizado por el autor es "doctrina", por el cual se hace referencia a un principio derivado de los fallos judiciales y difiere al concepto de doctrina que conocemos nosotros, el cual se refiere a la opinión de los juristas sobre una materia determinada.

<sup>1</sup> Para una reciente defensa del enfoque de bienestar, ver KAPLOW, Lewis y SHAVELL, Steven. *Patience Versus Willingness*. En: *Harvard Law Review* N° 114, 2001, pp. 961.

Tercero, deseo evitar presentar planteamientos generales sobre lo que se considera una buena teoría. Uno podría argumentar que cualquier metodología que produzca como resultado sorpresas o nociones sobre un tema familiar es valiosa, y dichas sorpresas o nociones deberían considerarse como teorías. Para evitar estos problemas filosóficos, me centraré en la aspiración original del análisis económico del Derecho Contractual: proporcionar una explicación de las normas legales existentes; y, ofrecer una base para criticar o defender dichas normas.<sup>2</sup>

Finalmente, deseo evitar debates respecto de lo que se considera "análisis económico del Derecho Contractual", estableciendo que no existió hasta antes de 1970. Esto es, obviamente, artificial. Muchos estudiosos anteriores, incluyendo a Holmes, Llewellyn, Hale y Fuller utilizaron el análisis económico en el sentido que cada cierto tiempo asumían que las partes contratantes eran racionales, y luego especulaban sobre cómo distintas normas legales afectarían los incentivos de estas partes.<sup>3</sup> No obstante, desde una perspectiva moderna, sus entendimientos parecen banales y ello debido a que el análisis económico post-1970 es más sistemático y cuidadoso.<sup>4</sup> La pregunta interesante es si el compromiso post-1970 con el individualismo metodológico y las otras premisas del enfoque del actor racional constituyen la base para una teoría que puede usarse para explicar o criticar el Derecho Contractual.

Mi plan es el siguiente. El Capítulo II describe los diversos resultados del análisis económico del Derecho Contractual, y los compara con la doctrina legal. Prácticamente en todos los casos los modelos hacen predicciones falsas o indeterminadas sobre las doctrinas jurisprudenciales del Derecho Contractual. El Capítulo III discute la literatura estrechamente vinculada con los contratos incompletos, una literatura que intenta prever el contenido de los contratos, en oposición al Derecho Contractual. La separación de estos dos cuerpos de estudios, que ahora está desapareciendo gradualmente, es un accidente de la historia, pero es útil para ver los problemas generales con el proyecto económico. El Capítulo IV especula sobre qué falló en el análisis económico, y sostiene que una ambigüedad en el corazón del concepto de costo de transacción es la culpable. El Capítulo V observa las tendencias en los estudios sobre contratos. Luego, el Capítulo VI critica los enfoques alternativos a la teoría contractual.

<sup>2</sup> Decido razonablemente en POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 5ta. Edición, 1998, pp.26-29. Como Ayres y Crawford señalan, hoy en día los autores son más cuidadosos al "explicar" las normas legales, pero no existe duda alguna que estos autores ofrecen esas explicaciones frecuentemente, aun donde el proyecto normativo es débil. Ver COTTER, Robert y ULLEN, Thomas. *Law and Economics*. Tercera Edición, 2000, pp. 222. ("Los libros reducen los costos de negociar los contratos proporcionando términos suplementarios eficientes"). KAPLOW y SHAVELL, véase, supra nota 1, pp. 1163, señalan que las nociones de justicia nos "deberían ser relevantes" de la economía del bienestar, por que "las reglas básicas de la indemnización por daños y perjuicios no parecen reflejar dichos principios".

<sup>3</sup> Ver FRIED, Barbara H. *The Progressive Writers Assault on Laissez-Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, 1998; KATZ, Avery. *Reflections on Fuller and Perdue's: The Reliance Interest in Contract Damages: A Positive Economic Framework*, University of Michigan Law Review N°21, 1988, pp. 541; POSNER, Richard A. *Introduction*. En: *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Ed. Richard Pevzner, 1993; SCHWARTZ, Alan. *Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory*. En: *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*. Editores Judy S. Kay y Steven D. Wall, 2000.

<sup>4</sup> Para defensas del trabajo antiguo, ver FRIED, supra nota 3; y HOVENKAMP, Herbert. *The First Great Law of Economic Movement*. En: *Stanford Law Review* N°42, 1990, pp. 993. Fried y Hovenkamp prefieren el trabajo antiguo porque ha hecho contra las cuestiones fundamentales y elaborado recomendaciones liberales o progresivas. Pese a que la importancia de esta área de estudio en la historia intelectual no puede ser negada, su falta de vigencia prolongada es prácticamente un hecho debido a su incapacidad para producir una metodología aceptable.

## II. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CONTRACTUAL

### 1. Premisas y Resultados Básicos

El análisis económico del Derecho Contractual es bastante conocido como para entablar una discusión extensa; además existen varias investigaciones de gran calidad.<sup>5</sup> Los presupuestos fundamentales, comunes para casi todos los esfuerzos en el análisis económico, son que los individuos tienen preferencias respecto de los resultados; estas preferencias obedecen a condiciones constantes básicas; y los individuos satisfacen estas preferencias sujetos a una restricción presupuestaria exógena. Los estudiosos de los contratos por lo general asumen que los individuos no tienen preferencias respecto del consumo o bienestar de otros individuos, ni tampoco respecto de la doctrina jurisprudencial de los contratos en sí misma –no existe preferencia en cuanto a la “indemnización de expectativas”<sup>67</sup>, por ejemplo.<sup>6</sup>

El enfoque convencional asume que las partes celebran un contrato para asegurar una inversión en un proyecto beneficioso para ambas.<sup>7</sup> El proyecto puede ser tan simple como la venta de un bien del Vendedor al Comprador –con una parte (o ambas) incrementando las ganancias mediante una inversión que reduzca el costo de producción para el Vendedor o incremente el valor del bien para el Comprador– o tan compleja como la construcción de un rascacielos. Si un Vendedor puede incrementar el valor de un bien realizando inversiones antes de la entrega, el Vendedor querrá una garantía de que el Comprador no incrementará el precio después de que el Comprador haya advertido la confianza del Comprador. A veces un contrato puede prevenir al Vendedor de mantener al comprador en este estado, y de esa manera permitir que el Comprador invierta con la certeza de que gozará del retorno completo de su inversión.

En sus contratos, las partes incluyen términos describiendo el cumplimiento y regulando las principales contingencias que afectan el valor del cumplimiento. Los términos pueden describir los bienes a ser entregados, la fecha de entrega, y la identidad de la parte que corre el riesgo de la pérdida durante el envío. Los términos también pueden liberar al vendedor de su obligación en caso de ocurrir una huelga o evento similar. Un contrato teóricamente completo describirá todas las contingencias posibles, pero los costos de transacción –incluyendo el costo de negociar y redactar los términos– y prever los hechos de poca probabilidad hacen que todos los contratos sean incompletos. Además, las partes pueden optar por algunos términos o evitar otros por razones estratégicas, con el fin de explotar un poder de negociación

<sup>5</sup> Ver los datos relevantes en *Encyclopedia of Law and Economics*, Ed. Boudehijn Bouckaert & Gerrit De Geest, 1998, y *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Ed. Peter Newman, 1998. Ver también COOTER y ELLEN, *supra* nota 2, Capítulos 6-7; POSNER, *supra* nota 2, Capítulo 4; KAPLOW y SHAVELL, *supra* nota 1, pp. 1102-1164; KORNHAUSER, Lewis A., *An Introduction of Economic of Contract Remedies*, En *University of Colorado Law Review* 57: 57, 1986, pp. 683.

<sup>67</sup> Hemos traducido el término “*expectation damages*” por “indemnización de expectativas”. La “indemnización de expectativas” hace referencia a la indemnización de los daños derivados de la frustración de la expectativa de obtener una ganancia. Es decir, se indemniza el beneficio que se esperaba obtener del contrato, el cual resulta de la diferencia entre la valoración subjetiva y el precio pagado.

<sup>6</sup> Esto no siempre es cierto. Los estudios sobre promesas de donación, por lo general, asumen que el promisor se preocupa por el bienestar del promisorario. Ver, por ejemplo, POSNER, Eric A., *Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises*, En: *Wisconsin Law Review*, 1997, pp. 567.

<sup>7</sup> Otra razón común para celebrar contratos es la distribución del riesgo. Ver POLINSKY, Mitchell A., *Risk Alleviation Through Breach of Contract Remedies*, En: *Journal of Legal Studies* N° 12, 1983, pp. 427.

superior o asimetrías de información. Así, los contratos son por lo general incompletos. Las partes se basan en la costumbre, uso comercial, y, al final, en las cortes para completar los términos del contrato.

Los términos que aparecen en los contratos dependen entonces de lo que las partes estén tratando de lograr, nociones compartidas acerca de la industria relevante, costos de transacción, características generales de su interacción tales como información asimétrica y poder de negociación desigual, y el régimen legal. El último factor, el régimen legal, es el centro de atención del análisis económico del Derecho Contractual. La pregunta es, hablando en líneas generales, ¿qué normas del Derecho Contractual servirían mejor a los intereses de las partes? Esta pregunta es planteada en dos formas diferentes, dependiendo de si el estudioso toma un enfoque descriptivo o normativo.

El análisis descriptivo proporciona una "predicción" de la doctrina jurisprudencial de los contratos.<sup>8</sup> Dentro de este enfoque, se asume que los jueces deciden las controversias (y/o eligen las doctrinas jurisprudenciales) de manera que se maximice la eficiencia. Las preguntas ¿por qué los jueces decidirían las controversias de esta manera?, o ¿si es necesario para ellos hacerlo de esa manera para generar un Derecho eficiente?, no son tomadas en consideración.<sup>9</sup> El autor construye un modelo en el que las partes maximizarían su utilidad si pudieran celebrar un contrato óptimo. Estos no podrían celebrar un contrato de esa manera si se carece de exigibilidad legal ["*legal enforcement*"], entonces la pregunta es ¿qué norma legal permite a las partes celebrar un contrato óptimo? Esta norma legal hipotética es entonces comparada con las normas legales actuales, y en caso sean iguales, la hipótesis descriptiva es confirmada.

La posición normativa supone que el Derecho Contractual debería ser eficiente. Como en el caso anterior, el autor construye un modelo en el que las partes puedan incrementar su bienestar a través de un contrato que sea legalmente exigible. El autor muestra primero el resultado óptimo—donde, por ejemplo, el cumplimiento ocurre solo cuando la valorización del comprador excede el costo del vendedor, y/o el comprador y el vendedor realizan inversiones eficientes—y luego el equilibrio se genera bajo normas legales alternativas. Típicamente, el autor recomienda una norma eficiente, o muestra que normas diferentes son eficientes bajo diferentes supuestos, o critica diversas normas existentes porque no permiten a las partes lograr un resultado óptimo.

<sup>8</sup> Los modelos son típicamente desarrollados como si el concepto de eficiencia utilizado fuera la eficiencia de Pareto. Quien toma la decisión elige la regla que maximiza la ganancia de la cooperación, y, pese a que esto pueda involucrar la idea de Kaldor-Hicks sobre la transferencia de bienes de la persona que lo valora menos a la persona que lo valora más, todas las personas que utilizan los contratos están mejor con un sistema eficiente porque los precios reflejarán los riesgos de las transferencias *ex post*. Para estar seguros, en muchos casos los precios no se ajustarán, y la transición de una regla ineficiente a una regla eficiente seguramente será un movimiento en el sentido de Kaldor-Hicks, pero estas usualmente serán consideraciones menores.

<sup>9</sup> La literatura que analiza esta asunción no es concluyente. Ver, por ejemplo, PRIEST, George. *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*. En: *Journal of Legal Studies* N° 6, 1977, pp. 65; RUBIN, Paul. *Why is the Common Law Efficient?* En: *Journal of Legal Studies* N° 6, 1977, pp. 51. No existe razón alguna para que la predicción deba ser que el Derecho Contractual es eficiente; esto parece ser un accidente de la historia intelectual. Uno podría imaginarse una teoría diferente, dentro de los linamientos del *public choice*, que sostenga que el Derecho de Contratos refleja las decisiones auto-interesadas de los jueces para implementar políticas de preferencia. En efecto, este acercamiento ha venido siendo utilizado por los científicos políticos para explicar la interpretación judicial de las leyes y normas constitucionales. Ver, por ejemplo, SEGAL, Jeffrey A. y SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, 1993.

En los capítulos siguientes, mostraré las formas en las que la doctrina jurisprudencial de los contratos difiere de las predicciones de la hipótesis descriptiva; y demostraré que las implicancias normativas de los modelos son débiles o ni siquiera existen. La razón para discutir las fallas normativas y descriptivas al mismo tiempo es que las dos están estrechamente relacionadas. Desde una perspectiva descriptiva, los modelos generan recomendaciones ya sea inadmisibles o indeterminadas. La razón en ambos casos es que los modelos determinados omiten variables importantes, pero incluir estas variables los hace indeterminados, o, en algunos casos, irreales porque atribuyen una carga demasiado grande a las cortes. La naturaleza y origen de estas dificultades se aclararán cuando examinemos los modelos.

## 2. Remedios<sup>NT</sup>

Gran parte de la doctrina jurisprudencial de los contratos comprende reglas supletorias que las partes pueden cambiar, no obstante dentro de ciertos límites. La víctima de un incumplimiento, por la regla supletoria, recibe una "indemnización de expectativas", sin embargo las partes pueden variar este resultado *ex ante* pactando en el contrato una penalidad. De esta manera, su capacidad de contratar en torno a la norma de "indemnización de expectativas" queda circunscrita por la doctrina jurisprudencial de la penalidad ["*penalty doctrine*"], que prohíbe las penalidades que sean irrazonablemente altas.

En una etapa inicial, los estudiosos sostenían que la regla supletoria debía maximizar el valor *ex ante* del contrato. Se decía que la "indemnización de expectativas" producía este efecto como resultado de una característica atractiva: otorga a una de las partes el incentivo de incumplir sí y solo si el costo de cumplimiento del promitente excede el valor de cumplimiento del promisorio. El cumplimiento ocurre únicamente si es eficiente. Por esta razón, la "indemnización de expectativas" parecía ser la base de cálculo correcta de la indemnización por daños y perjuicios.<sup>17</sup>

Sin embargo, esta conclusión era prematura. Primero, el argumento pasa por alto la capacidad de las partes de renegociar antes del cumplimiento. Si los costos de renegociación son lo suficientemente bajos, el cumplimiento efectivo ocurrirá independientemente del remedio. Si el remedio es menos costoso que la "indemnización de expectativas", el promisorio sobornará al promitente para que cumpla. Si el remedio es más costoso que la "indemnización de expectativas", el promitente pagará al promisorio por ser liberado.

Segundo, el argumento pasa por alto el efecto de la base de cálculo de las expectativas sobre otros incentivos. Consideremos el incentivo del promisorio para confiar o invertir con anticipación al cumplimiento. Bajo la norma de "indemnización de expectativas", la inversión del promisorio está plenamente compensada. Pero si el promisorio espera recuperar la inversión sin importar si el intercambio es eficiente o no, el promisorio invertirá en exceso -invertirá como si la ganancia fuese certera y

<sup>17</sup> El autor utiliza el término "*remedios*" por el cual se hace referencia a los medios judiciales o extrajudiciales a través de los cuales se hace efectivo o se protege un derecho o se repara o evita un daño. Incluye tanto las acciones judiciales como los mecanismos de autosecuela.

<sup>18</sup> BARTON, John H. *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*. En *Journal of Legal Studies* N° 1, 1972, pp. 277. BIRMINGHAM, Robert L. *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*. En *Rutgers Law Review* N° 24, 1970, pp. 273.

no al azar, exteriorizando el costo al promitente.<sup>11</sup> Una base de cálculo de la indemnización por daños y perjuicios más alta otorgaría al promisorio el monto por daños que lo compensaría si este último se hubiera comprometido bajo una confianza eficiente, no el monto que realmente compensaría al promisorio por la pérdida dado cualquier nivel de confianza en el que se hubiera comprometido.<sup>12</sup>

El concepto de inversión eficiente es sutil, y un ejemplo numérico podría ayudar. Supongamos que un Comprador y un Vendedor celebran un contrato mediante el cual el Vendedor promete suministrar los bienes que el Comprador necesite para su fábrica. El Comprador puede incrementar el valor de los bienes para su uso invirtiendo en ajustes a la fábrica antes de la entrega. Digamos que si el Comprador invierte 0, su valorización de los bienes equivale a 100. Si el Comprador invierte 5, su valorización de los bienes equivale a 120. Si el Comprador invierte 10, su valorización de los bienes equivale a 128. Si el Comprador obtendrá los bienes con seguridad, entonces la eficiencia requiere que invierta 10:  $128 - 10 > 120 - 5 > 100 - 0$ . Sin embargo, si el Comprador tiene una probabilidad 50% de obtener los bienes, entonces la eficiencia requiere que invierta 5:  $0.5(120) - 5 > 0.5(128) - 10$ , y  $0.5(120) - 5 > 0.5(100) - 0$ . Una persona que invierte dinero en un determinado resultado, invertirá más si el resultado es cierto que si es incierto. Debido a que la "indemnización de expectativas" proporciona una ganancia al promisorio, ya sea que el incumplimiento fuese eficiente o no, el promisorio invertirá como si el resultado de la inversión presentara una probabilidad de 1 en lugar de probabilidad ( $<1$ ) de que ocurriese el cumplimiento. El promisorio invierte entonces un monto mayor al que sería eficiente.<sup>13</sup>

Tercero, el argumento omite la capacidad de las partes para diseñar en su contrato disposiciones a través de las cuales se haga efectivo o se proteja un derecho o se repare o evite un daño. Si la "indemnización de expectativas" fuese lo óptimo, las partes podrían lograr este remedio dándole a cada una la opción de cumplir o pagar un monto que sea la función de valores revelados *ex post*. Si no fuese lo óptimo, entonces pueden optar por algún remedio superior que, por ejemplo, tomase en cuenta los incentivos de la confianza. Estas consideraciones sugieren que la ejecución forzada de los remedios contractuales sería eficiente, y no la "indemnización de expectativas", lo que en esencia convierte a la obligación de ejecutar en una opción de ejecutar o pagar un monto determinado por una corte.

Existen numerosos problemas distintos relacionados a la "indemnización de expectativas". La "indemnización de expectativas" tampoco es deseable si las cortes tienen problemas en determinar las valuaciones de las partes al momento del incumplimiento. El mejor remedio es la ejecución forzada, que una corte puede conceder sin determinar la valuación del promisorio.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Ver ROGERSON, William P. *Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract*. En: *RAND Journal of Economics* N° 15, 1984, pp. 39; SHAVELL, Steven. *The Design of Contracts and Remedies for Breach*. En: *Quarterly Journal of Economics* N° 99, 1984, pp. 121.

<sup>12</sup> Ver COOTER, Robert. *Guilt in Tort, Contracts and Property: The Model of Prevention*. En: *California Law Review* N° 73, 1985, pp. 1.

<sup>13</sup> Para otro ejemplo, ver POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, 1985, pp. 32-35.

<sup>14</sup> Kruman sostiene que el *Common Law* de manera eficiente, reserva la ejecución forzada para controversias que surgen por problemas de valuación, tales como los relacionados a bienes únicos. Ver KRONMAN, Anthony. *Specific Performance*. En: *University of Chicago Law Review* N° 45, 1978, pp. 351. Schwartz señala que los problemas de información respecto a la valuación, exigibilidad y similares, siempre están presentes, y por ello la ejecución forzada debería ser regla supletoria en caso de incumplimiento. Ver SCHWARTZ, Alan. *The Case for Specific Performance*. En: *Yale Law Review* N° 89, 1979, pp. 271; ver también, ULEN, Thomas S. *The Efficiency*

La "indemnización de expectativas" tampoco es lo deseable bajo condiciones de información asimétrica a menos que se cumplan condiciones altamente específicas. Consideremos la regla de *Hadley*, según la cual víctima de un incumplimiento obtiene una compensación por una pérdida promedio, en lugar de una real, a menos que *ex ante* haya revelado su valorización al promitente.<sup>15</sup> Entonces el fletador no podrá recuperar una indemnización total por daños compensatorios de un transportista que ha incumplido el contrato de flete si el fletador no revela el valor especial de los bienes fleteados. La regla de *Hadley* otorga al fletador un incentivo para revelar su valoración antes de contratar, para que el transportista tome precauciones óptimas dada la valoración del fletador.

Pero resulta que el argumento puede ser revertido. Imaginemos una regla de responsabilidad extensa que concediera a la víctima del incumplimiento una indemnización por daños reales (esto es, "indemnización de expectativas"). La defensa de *Hadley* implícitamente asumía que bajo la regla de responsabilidad extensa el fletador con una alta valorización no cuenta ya con un incentivo para revelar su valorización: si va a ser completamente compensado, no tiene razón alguna para revelar su valorización, lo cual haría posible para el transportista que cobre un precio mayor. Pero, la regla de responsabilidad extensa si da al fletador con una baja valorización el incentivo de revelar su valorización. Si no lo hace, se le cobrará *ex ante* una compensación promedio, pero preferiría que se le cobre un precio menor, aún si ello implica que el transportista tenga menos cuidado. Si los fletadores con bajas valorizaciones revelan su valorización, entonces el transportista puede inferir que cualquier fletador que no revele su valorización debe tener una valorización alta. Tanto la regla de *Hadley* como su opuesta dan a las partes incentivos para revelar información privada.

Los autores que han sostenido este argumento señalan que una regla puede ser mejor que la otra, dependiendo de la distribución de las valorizaciones, el costo de revelar la información, los poderes de negociación relativos de la parte con información privada y la parte desinformada, y los factores relacionados. Si existen más fletadores con bajas valorizaciones que fletadores con altas valorizaciones, la regla de responsabilidad extensa requiere mayor negociación, y, en consecuencia, más costos de transacción, y por ello podría ser sub-óptima.<sup>16</sup> Pero nuevamente encontramos que las variables relevantes son demasiado complejas y difíciles de evaluar. No observamos doctrina jurisprudencial que las incorpore, ni tampoco

*of Asset Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*. En: *Michigan Law Review* N° 83, 1984, pp. 341. Los dos remedios también tienen efectos distintos en los incentivos de confianza; ver: SHAVELL, *supra* nota 11. Pero la defensa más simple de la ejecución forzada es que si las partes son racionales, disolverán un contrato óptimo, y las cortes deberían hacer cumplir sus términos en lugar de dar a las partes una opción ("indemnización de expectativas") cuando no lo ha negociado.

<sup>15</sup> *Hadley vs. Baxendale* (Ex. 1854). En: *English Reports* N° 156, pp. 145.

<sup>16</sup> AYRES, Ian y GERTNER, Robert. *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*. En: *Yale Law Review* N° 99, 1989, pp. 87 [en adelante "AYRES y GERTNER, Filling Gaps"]; AYRES, Ian y GERTNER, Robert. *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*. En: *Yale Law Review* N° 101, 1992, pp. 729; BEBCHUK, Lucian Ayre y SHAVELL, Steven. *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale*. En: *Journal of Law, Economics and Organization* N° 7, 1991, pp. 284; GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E. *Enforcing Promises: An examination of the Basis of Contract*. En: *Yale Law Review* N° 80, 1980, pp. 1261, 1299-1300; SCOTT, Johnston. *Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules*. En: *Yale Law Journal* N° 100, 1990, pp. 615; WOLCHER, Louis E. *Price Discrimination and Inefficient Risk Allocation Under the Rule of Hadley v. Baxendale*. En: *Research in Law and Economics* N° 12. Ed. Richard O. Zerbe, 1989, pp. 9.



contamos con suficientes datos empíricos como para poder adivinar qué regla está basada en supuestos que estén más cercanos a la realidad.<sup>17</sup>

A su vez, existen otras consideraciones. El remedio que se elija afectará el incentivo que cada una de las partes tenga para buscar a los socios óptimos antes de la celebración del contrato; para revelar información privada sobre la probabilidad de que el cumplimiento sea posible; para tomar precauciones contra el incumplimiento; y para renegociar después de que la información acerca de la situación existente sea revelada.<sup>18</sup> Los remedios también afectarán la capacidad de las partes de transferir el riesgo en un contrato cuando una o ambas partes sean adversas al riesgo. Y, como discutiremos más adelante, los remedios afectan la capacidad de las partes contratantes de tomar ventaja de los terceros que aparecen después de que las partes han celebrado el contrato, y valoran el cumplimiento más que cualquiera de las partes contratantes.

Los artículos que discuten estos incentivos por lo general los obvian para efectos de análisis, y se centran en uno o dos. Como resultado, el remedio óptimo derivado de un modelo es óptimo únicamente bajo condiciones bastante limitadas. Si tuviéramos que poner los modelos juntos, y tratar de obtener de ellos, como grupo, su predicción sobre el Derecho Contractual, podríamos adoptar dos enfoques.

Primero, podríamos sostener que los modelos muestran, de manera colectiva, que diferentes remedios son óptimos bajo condiciones distintas, y por lo tanto predicen que el Derecho Contractual debería incorporar estas condiciones en la doctrina jurisprudencial. Por ejemplo, el Derecho Contractual convertiría a la "indemnización de expectativas" en el remedio cuando las partes solo puedan hacer elecciones respecto del incumplimiento o cumplimiento, y no respecto a cuánto invertir. Sin embargo, existen dos problemas con este enfoque. El primero de estos problemas es que el Derecho Contractual no se asemeja a las predicciones de los modelos. La "indemnización de expectativas" constituye la regla general en el Derecho Contractual, pero puede justificarse por los modelos únicamente en condiciones limitadas. Más aún, la doctrina jurisprudencial no hace que la aplicación de la

<sup>17</sup> Para otros ejemplos, ver ADLER, Barry E. *The questionable Ascend of Hadley v. Baxendale*. En: *Stanford Law Review* N° 51, 1999, pp. 1547 (mostrando que los resultados de los modelos anteriores cambian si la variable alta es probable, antes que cierta, de sufrir una gran pérdida en el evento de incumplimiento). Adler sostiene que su argumento es una crítica a *Hadley v. Baxendale* cuando, en realidad, él solo muestra que las cortes deben tener en cuenta otro factor al determinar la regla óptima. Más de acuerdo con lo que se espera es su escepticismo sobre la posibilidad de que los legisladores puedan tomar en consideración los factores que él identifica cuando formula una doctrina jurisprudencial. *Ibidem*, pp. 1582. Como Bechtuk y Shavell observan en su respuesta, "Adler no hace ningún argumento para afirmar que la consideración que él discute involucra problemas nuevos prácticos para los legisladores que las consideraciones en las que nuestro análisis se ha centrado". BECHTUK, Lucian Ayo y SHAVELL, Steven. *Reconsidering Contractual Liability and the Incentive To Reveal Information*. En: *Stanford Law Review* N° 5, 1999, pp. 1613, 1627. Adler parece darse cuenta que las complejidades que se acumulan en el análisis minucioso su valor práctico para los legisladores. Bechtuk y Shavell por el contrario argumentan: "Nuestro análisis de *Hadley* nos permite recomendar esta regla con mayor confianza con que los investigaciones usualmente atribuyen a otras reglas bajo otros contextos. Como hemos explicado con algún detalle, parece que la regla de *Hadley* es claramente deseable para casos tales como *Hadley* solo en los que la mayoría de los compradores tienen subversiones del cumplimiento, que son causalmente relevantes mientras que las subversiones de los compradores arbitrarios". *Ibidem*, pp. 1623. Sin embargo, no proporcionan una razón para creer que cualquiera de los factores relevantes son calculables en condiciones generales, y así no puede evaluar el reclamo histórico sin contar con más evidencia.

<sup>18</sup> Para una discusión clara, ver CRASWELL, Richard. *Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach*. En: *Southern California Law Review* N° 61, 1988, pp. 629.

"indemnización de expectativas" gire en torno a variables que son importantes en los modelos, tales como el grado de confianza por parte del promisorio. El segundo de estos problemas es que los modelos en conjunto son probablemente indeterminados. Para generar predicciones, uno necesita amplia información sobre las características de las partes y las transacciones. Si un remedio es mejor cuando los costos de renegociación son altos, y otro es mejor cuando los costos de renegociación son bajos, necesitamos alguna forma de medir los costos de renegociación. Si el remedio óptimo depende de la forma de la distribución de probabilidades para los costos de los vendedores y las valorizaciones de los compradores, también necesitamos esta información. Nadie ha propuesto un método para recolectar y evaluar esta información, y es difícil imaginar cómo puede lograrse esta tarea.

Bajo el segundo enfoque, podemos sostener que colectivamente los modelos muestran que una estructura de remedios en particular –la doctrina jurisprudencial existente del Derecho Contractual– es óptima dadas las circunstancias "promedio" de las partes. Podríamos pensar, por ejemplo, que en general la inversión pre-cumplimiento no es un tema importante, o, si lo es, está controlada adecuadamente por la doctrina jurisprudencial de la mitigación de daños<sup>17</sup>.<sup>18</sup> La regla sobre "indemnización de expectativas" es óptima porque la decisión de cumplimiento o incumplimiento importa más, reservando la ejecución forzada para casos en que los problemas de valorización sean insuperables. Sin embargo, el problema con esta visión es que no existe evidencia alguna que la sustente.

### 3. Interpretación de los Contratos

Muchas de las disputas contractuales giran en torno a interrogantes de interpretación. El Vendedor entrega los bienes, pero el Comprador argumenta que los bienes no cumplen las exigencias del contrato. Supongamos que el contrato dice "pollo" y la entrega consiste en un pollo escaldado y asado. El Comprador afirma que por "pollo" se entiende un pollo parrillero gordo y jugoso; el Vendedor afirma que la palabra solo da a entender la especie y deja la calidad del ave a discreción del Vendedor.<sup>19</sup> ¿Cómo debería resolver la corte este conflicto?

Los economistas han propuesto una serie de estrategias interpretativas para las cortes.<sup>20</sup> Una consiste en escoger una "regla supletoria de la mayoría" ["*majoritarian default*"] –el significado que la mayoría de las partes daría en los contratos referidos a pollos, el cual será por lo general el mismo que el significado tradicional o el uso comercial. Si las partes esperan que las cortes apliquen una "regla supletoria de la mayoría" cuando surjan conflictos respecto del significado del contrato, sabrán que la mayoría de veces la corte escogerá el término que maximice la probabilidad de un

<sup>17</sup> Esta doctrina jurisprudencial se conoce en los Estados Unidos como "mitigación activa" y supone que el afectado debe, luego del incumplimiento del contrato, hacer uso del cuidado ordinario para mitigar los efectos de los daños derivados del incumplimiento. En caso de probarse que el afectado falló en mitigar los daños, la indemnización puede ser reducida.

<sup>18</sup> Al respecto, ver GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E. *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*. En: *Valparaiso University Law Review* N° 60, 1983, pp. 967.

<sup>19</sup> *Fr. Ferguson v. Baxendale*, 101 F.2d 100, 116 (9th Cir. 1936). En: *Federal Supplement* 190, pp. 116, señala que el significado general de "pollo" es el correcto.

<sup>20</sup> GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E. *The Limits of Equalized Choice: An Analysis of the Interaction Between Express and Default Contract Terms*. En: *California Law Review* N° 73, 1985, pp. 261, 321.

intercambio eficiente. En consecuencia, estarán más deseosos en celebrar un contrato en primer lugar, pese a los altos costos de transacción, que lo que estarían bajo una regla alternativa. Optar por la "regla supletoria de la mayoría" reduce las consecuencias negativas de los altos costos de transacción.

Otra estrategia es escoger una "regla supletoria sancionadora" [*penalty default*] –un significado que la mayoría de las partes en los contratos referidos a pollos no usaría.<sup>22</sup> Esta estrategia, que daría a las partes un incentivo para redactar un contrato menos ambiguo del que redactarían de otra manera, tiene dos motivaciones. Primero, desincentiva a las partes de externalizar el costo de interpretar el contrato en las cortes. Si las partes fueran más claras, las cortes tendrían menos trabajo que hacer. Segundo, desincentiva a que las partes se oculten información de manera oportunista. Si una de las partes tiene conocimiento de la ambigüedad de la palabra "pollo" y prefiere el significado mayoritario, y la otra parte no conoce dicha ambigüedad, entonces la primera parte no tendrá incentivo alguno para revelar la ambigüedad a la segunda, a menos que una "regla supletoria sancionadora" mantuviera a la parte informada con el significado menos favorable.

Una tercera estrategia es exigir el cumplimiento del contrato de manera literal. Si la parte dice "pollo" y el diccionario o una definición derivada del sentido común del término "pollo" le dan un significado general, entonces el Vendedor tiene derecho a entregar el fibroso gallo viejo. La corte no trata de determinar lo que la mayoría de las partes entienden por "pollo", o lo que la mayoría de las partes no entienden por "pollo". Esta estrategia, al igual que la estrategia de la "regla supletoria sancionadora", ofrece a las partes un incentivo para que sean claras, o al menos, para que anticipen cómo suelen interpretar las cortes los términos.

Una estrategia final es que la corte exija el cumplimiento de cualquier término que sea eficiente en el caso en particular. Uno puede derivar este término planteando la pregunta: ¿Suponiendo que los costos de transacción hayan sido cero al momento de celebrar el contrato, qué hubieran hecho las partes? El Comprador y el Vendedor hubieran anticipado su conflicto sobre el significado de "pollo", y cualquiera de ellos hubiera escogido un término más preciso (si el intercambio siguiera siendo eficiente) o no hubiera hecho un trato (si el intercambio ya no fuese eficiente). Lo que hubiesen hecho depende de los costos y valores del intercambio. La diferencia entre esta estrategia y la "regla supletoria de la mayoría" es la diferencia entre un estándar y una regla. La corte escoge lo que sea eficiente para el contrato en conflicto, en vez de hacer cumplir cualquier término que sea eficiente para la mayoría de las partes que celebran contratos similares o idénticos.

Ya hemos examinado un modelo comparando la primera y segunda estrategia, es decir, el modelo de Ayres y Gertner de la regla de *Hadley*.<sup>23</sup> La regla de *Hadley*, en el argumento de Ayres y Gertner, juega el rol de una "regla supletoria sancionadora", ya que ellos asumen que una mayoría de compradores prefieren la responsabilidad ilimitada, que serviría así como una "regla supletoria sancionadora". Escoger entre la responsabilidad limitada y la responsabilidad ilimitada cuando el contrato no especifica ni una ni la otra, es como escoger entre el significado ordinario de pollo y un significado limitado de pollo cuando el contrato no define el término. La elección entre estos dos significados depende de los mismos factores que determinan la

<sup>22</sup> AYRES y GERTNER: *Filling the Gaps*, supra nota 16, pp. 95.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 101.

eficiencia de la regla de *Hedley*; el costo de negociación en torno a la regla supletoria, la distribución de las valorizaciones en la población de compradores, el poder de mercado del vendedor, el grado en el que el cumplimiento del vendedor mejoraría con mejor información, y otros factores que no son probables dentro del alcance de quien toma decisiones. En consecuencia, la falta de determinación en el análisis de la regla de *Hedley* menoscaba cualquier esfuerzo por escoger entre una "regla supletoria de la mayoría" o una "regla supletoria sancionadora".

Por esta razón, uno podría argumentar que las cortes deberían simplemente hacer cumplir los contratos literalmente. En efecto, Schwartz sostiene dicho argumento, manifestando que la responsabilidad al escoger las reglas supletorias impone una carga de información irrealmente alta a las cortes.<sup>24</sup> El literalismo, por el contrario, permite a las partes dirigir a las cortes a exigir el cumplimiento de las obligaciones que se generan bajo condiciones que las cortes pueden verificar. Sin embargo, si bien es cierto que el literalismo significa una carga más ligera para las cortes, no quiere decir que el literalismo es mejor al enfoque de la "regla supletoria de la mayoría" (o de la "regla supletoria sancionadora"). La elección entre los dos enfoques es, como Schwartz reconoce, una cuestión empírica sobre la cual no tenemos evidencia alguna.<sup>25</sup> No obstante, el problema más significativo en el análisis de Schwartz, es que depende de un truco metodológico, dar por hecho que limitaciones cognitivas no existen o son mínimas. El enfoque de la "regla supletoria de la mayoría" depende del supuesto de que las partes no pueden anticipar el futuro; Schwartz simplemente asume lo contrario.

Este punto también puede aplicarse a la crítica de Schwartz sobre la opinión que las cortes deberían escoger el término que sea más eficiente al caso en particular. Schwartz sostiene que si la información necesaria para escoger dichos términos *ex post* puede ser verificada, entonces las partes negociarían para llegar a un resultado eficiente, en cuyo caso la intervención judicial no será necesaria.<sup>26</sup> En nuestro ejemplo, las partes comercializarán el pollo solo si el comprador lo valoriza más que el vendedor, de modo que si el comprador acepta el pollo asado, la interpretación *ex post* del contrato sería efectivamente que el significado general de pollo es el que se aplica. Si la información no puede ser verificada, y en consecuencia no observable tampoco, podrían negociar a un callejón sin salida, o a un término ineficiente, en cuyo caso las cortes no podrán ayudar. Sin embargo, si las partes son limitadamente racionales—nuevamente, fuera del modelo de Schwartz—no sabemos cómo negociarán, ni tampoco si una corte podría mejorar el resultado.

Déjeme resumir. Desde la perspectiva descriptiva, podemos distinguir dos grupos de trabajo. El análisis económico convencional de las reglas supletorias concuerda ampliamente con las prácticas judiciales; las cortes utilizan una combinación de "reglas supletorias de la mayoría" y "reglas supletorias sancionadoras". Pero no hace más que racionalizar estas prácticas, ya que no existe forma de calcular las variables que determinan la relativa eficiencia de las reglas. El argumento de Schwartz,

<sup>24</sup> SCHWARTZ, Alan, *The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law*. En: *Southern California Interdisciplinary Law Journal* N.º 3, 1992, pp. 389, 416; SCHWARTZ, Alan, *Incomplete Contracts*. En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, N.º 2, *opra* nota 5, pp. 277, 280 [en adelante "SCHWARTZ, *Incomplete contracts*"]; ver también SCOTT, Robert E. *The Case for Formalism in Relational Contract*. En: *Ninth-ten University Law Review* N.º 94, 2000, pp. 847, 873.

<sup>25</sup> SCHWARTZ, Alan, *Incomplete Contracts*, *opra* nota 24, pp. 280.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 283.

que es más simple y verdadero respecto de las premisas económicas, pasa por alto la negativa de las cortes (para la mayoría) en basarse en el enfoque literal.<sup>27</sup>

Desde una perspectiva normativa, el argumento de Schwartz que las cortes deberían adoptar una interpretación literal, sería del agrado de aquellos sumidos en la economía, pero el atractivo se deriva de la decisión metodológica de tratar a los individuos como racionales y a las cortes como afectadas por las asimetrías de información.<sup>28</sup>

#### 4. *"Unconscionability"*<sup>29</sup> y Protección al Consumidor

Las premisas de la economía van en dirección a la libertad de contratación, y esta corriente difícilmente puede encontrar resistencia. Si las partes son racionales, solo celebrarán contratos cuando convenga a sus propios intereses, y solo acordarán términos que los beneficien. Las cortes que se nieguen a exigir el cumplimiento de estos términos harán más difícil para las futuras partes utilizar los contratos para mejorar su mutuo bienestar. Por ello, las cortes deberían exigir el cumplimiento de los términos del contrato.

Y aún así, las cortes no siempre exigen el cumplimiento de los términos contractuales. Por lo general, se niegan a exigir los términos que parecen leoninos, opresivos o inadecuados: cláusulas penales severas, acuerdos de garantía extensos; traspaso del derecho del propietario de un bien hipotecado a liberarlo, mediante el pago de la deuda; disposiciones arbitrales restrictivas; acuerdos amplios de no-competencia; apuestas, cláusulas de elección de jurisdicción y renuncia de garantías en letra menuda o lenguaje confuso; e, incluso, precios que parecen demasiado altos o demasiado bajos. Algunas de estas prácticas se derivan de leyes (por ejemplo, leyes de usura [*"usury laws"*]), otras surgieron en la *equity* o en el *Common Law*. El término que lo abarca todo es "*unconscionability*", pero la aplicación, relativamente inusual, de esta doctrina jurisprudencial por las cortes únicamente desvía la atención del propagado escrutinio judicial de las transacciones que involucran a los consumidores, mayormente en forma de presupuestos interpretativos que pueden interferir en la libertad de contratación tanto como lo hacen las prohibiciones.

La economía se ha desenvuelto mejor en desvalorizar las explicaciones convencionales de la "*unconscionability*" y de las doctrinas jurisprudenciales relacionadas, que en explicarlas. Permítanme unas breves palabras sobre estas explicaciones convencionales.

##### 4.1 Poder de negociación desigual

Las cortes algunas veces afirman que un contrato es irracional [*"unconscionable"*] debido al poder de negociación desigual entre el vendedor y el comprador. No

<sup>27</sup> Cf. SCHWARTZ, Alan, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, En: *Journal of Legal Studies* N° 21, 1992, pp. 271. En este artículo anterior, Schwartz señala que las cortes interpretan los contratos de manera agresiva cuando existen defectos en la negociación y cuando la interpretación puede ser justificada sobre la base de información verificable.

<sup>28</sup> Para encontrar un argumento, ver cifra numeral 2 del Capítulo III.

<sup>29</sup> El término "*unconscionability*" hace referencia a la doctrina jurisprudencial anglosajona mediante el cual una corte puede reclamar exigir el cumplimiento de un contrato que sea injusto o abusivo debido a abusos durante la formación del contrato o por términos contractuales desiguales (i.e. términos que son desproporionalmente favorables para una parte y evidentemente perjudiciales para la otra). Asimismo, la corte también puede modificar los términos contractuales para hacerlos más "justos".

siempre queda claro qué quieren decir las cortes cuando utilizan este término, pero el concepto económico más cercano es el de poder de mercado o monopolio. Un vendedor tiene poder de mercado si puede aumentar el precio de un bien, restringiendo la oferta, por encima de su costo marginal. Como se sabe, dicho comportamiento es ineficiente en el sentido de Kaldor-Hicks, y forzar al vendedor a vender al costo marginal, en teoría, eliminaría un costo que genere una pérdida de eficiencia social.

Sin embargo, por lo general los economistas sostienen que las cortes no deberían dejar sin efecto los contratos debido al poder de negociación desigual de las partes. Cuando los contratos parecen tener precios demasiado altos, una corte difícilmente podría determinar si el precio elevado se debe al poder de mercado o a fluctuaciones en los costos de los insumos. Una tasa de interés alta, por ejemplo, podría provenir del criterio del acreedor sobre el riesgo de incumplimiento que representa un deudor en particular y, por lo general, las cortes se refieren a tales criterios en un mercado competitivo. La determinación que un acreedor tiene poder de mercado requiere una evaluación de la estructura del mercado, algo notoriamente difícil de hacer y con frecuencia reservado para los casos antimonopolio. A un vendedor o acreedor con poder de mercado temporal derivado de una patente, o de alguna innovación que los demás participantes del mercado no han podido imitar, se le debería permitir (discutiblemente) que se beneficie por encima de los ingresos del mercado, ya que es así como se fomenta la innovación en una economía de mercado.

Cuando los contratos parecen tener términos leoninos no relacionados con el precio, existe otra razón para pensar que estos términos son inobjetables. Incluso si el vendedor o acreedor poseen poder de mercado, tienen el incentivo correcto para ofrecer los términos que las partes desean. Por ejemplo, un deudor podría estar dispuesto a aceptar un remedio leonino a cambio de una tasa de interés baja.<sup>29</sup> Y un proveedor podría estar dispuesto a otorgar al comprador la facultad de resolver el contrato con poca anticipación, si es que fuese la única forma de hacer negocios con el comprador. La parte con poder de mercado ofrecerá condiciones si las partes las desean y podrá cobrarles una compensación, pero no impondrá condiciones a las partes que no las desean, ya que la forma más efectiva de explotar el poder de mercado es a través del precio.<sup>30</sup> Si bien existen modelos en los que la combinación del poder de mercado y la información asimétrica puede generar términos ineficientes, justifican la no-exigibilidad únicamente bajo condiciones complejas y difíciles de identificar.<sup>31</sup>

Estas teorías no describen lo que hacen las cortes. Las cortes permiten que términos no relacionados al precio, y ocasionalmente al precio, sean leoninos para influenciar a las partes y parecen asignarle importancia al poder de negociación desigual. Por esta razón, la mayor parte del trabajo económico es ensayado como una crítica a la práctica judicial.

<sup>29</sup> EPSTEIN, Richard A. *Unconscionability: A Critical Reappraisal*. En: *Journal of Law and Economics* N° 18, 1975, pp. 293-305-306.

<sup>30</sup> SCHWARTZ, Alan. *A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability*. En: *Vanderbilt Law Review* N° 63, 1997, pp. 1053-1071-1076; SCHWARTZ, Alan y WILDE, Louis L. *Asymmetric Information in Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interests*. En: *Vanderbilt Law Review* N° 69, 1983, pp. 1367-1456.

<sup>31</sup> Ver SCHWARTZ, Alan y WILDE, Louis L. *Interacting in Markets on the Basis of Asymmetric Information: A Legal and Economic Analysis*. En: *University of Pennsylvania Law Review* N° 127, 1979, pp. 630, 660-671; para una discusión sobre esta literatura en el contexto de las finanzas del consumidor, ver HYNES, Richard y PISNER, Eric A. *The Law and Economics of Consumer Finance*. En: *American Law and Economics Review* N° 4, 2002, pp. 168.

#### 4.2 Falta de información

Algunas veces las cortes afirman que un contrato es irracional debido a que una de las partes -por lo general un consumidor- carece de sofisticación. La falta de sofisticación no es lo mismo que la falta de información, pero la falta de información sí parece jugar un papel en los casos. Cuando los términos son leoninos y complejos o difíciles de entender, y los consumidores no son sofisticados, las cortes suelen dudar que los consumidores hayan entendido sus obligaciones bajo el contrato. Esto ha llevado a que los economistas investiguen el papel de las deficiencias de información en la exigibilidad de los contratos.

El tema es demasiado complejo para discutirlo en detalle en este documento, pero haré algunas observaciones. Los consumidores que carecen de información cuentan con incentivos para adquirir información. Algunos consumidores adquirirán información más fácilmente que otros -estas son las personas que leen Informes para Consumidores [*"Consumer's Reports"*], por ejemplo- pero los demás consumidores pueden beneficiarse de los esfuerzos del primer grupo. Si los vendedores no pueden distinguir con facilidad entre los consumidores informados y los desinformados, no pueden explotar a los últimos cobrándoles un precio más alto. Así, no basta la deficiencia de información para justificar la intervención judicial.<sup>32</sup>

Asimismo, los vendedores cuentan con incentivos para proporcionar información a los consumidores desinformados. Si el vendedor X tiene costos más bajos que el vendedor Y, y por lo tanto puede cobrar precios más bajos y obtener ganancias, X invertirá en publicidad para atraer a los consumidores de Y. No obstante, existen límites en la cantidad de información que X proporcione. Si los autos de X son más baratos que los autos de Y, X cuenta con los incentivos correctos; pero si X sabe que los autos son más peligrosos de lo que los consumidores creen, X no cuenta con incentivo alguno para proporcionar esa información.<sup>33</sup> Suministrar esa información es costoso, tanto intrínsecamente como en forma de ventas perdidas, y X no internaliza los beneficios cuando honestamente advierte sobre los peligros del viaje en automóvil y los consumidores se abstienen de comprar autos y evitan salir dañados.<sup>34</sup>

#### 4.3 Resumen

En suma, un modelo simple del mercado de productos del consumidor implica que las cortes no deban aplicar la doctrina jurisprudencial de la *"unconscionability"* para revocar los contratos. Los modelos más complejos sugieren que las cortes deben ignorar el poder de negociación o deben tomarlo en consideración solo bajo circunstancias particulares. Sin embargo las cortes frecuentemente critican la desigualdad del poder de negociación entre el consumidor y el vendedor, asumen que este hecho puede justificar el dejar sin efecto el contrato, y no se detienen más en la pregunta, ¿por qué el poder de negociación importa en algunos casos y no en

---

<sup>32</sup> SCHWARTZ y WILDE, *supra* nota 30, pp. 1422-1423.

<sup>33</sup> Ver BEALES, Howard, CRASWELL, Richard y SALOP, Steven C. *The Efficient Regulation of Consumer Information*. En: *Journal of Law and Economics* N° 24, 1981, pp. 491, 505-506.

<sup>34</sup> Los incentivos de X son subóptimos aún si los autos son seguros en vez de peligrosos, debido a que X no internaliza ganancias a Y que resultaría si X revelara esta información a los consumidores. Los monopolistas pueden obtener más de la revelación de información que los competidores, pero existen otras complicaciones. Ver *ibidem*, pp. 507-508.

otros? Otros modelos sugieren que las cortes pueden mejorar las asimetrías informativas cuando los consumidores no incurren en suficiente comparación en las compras o cuando las presiones competitivas no fuercen a los vendedores a revelar la información. Sin embargo las cortes raramente prestan atención a estos factores cuando aplican la doctrina jurisprudencial de la “*unconscionability*”.

## 5. Error

En algunas circunstancias, las cortes anulan los contratos que son el resultado de errores. Si las partes cometieron un error mutuo en lo que respecta a un supuesto esencial del contrato, o si una de las partes cometió un error que la otra hubiese podido detectar, la parte afectada algunas veces tendrá el derecho de anular el contrato.

En teoría, las partes pueden diseñar contratos que liberen a una o a las dos partes que cometieron el error. Consideremos un contrato entre un Comprador y un Vendedor para la venta de una vaca.<sup>39</sup> El Comprador y el Vendedor pueden creer que la vaca es estéril cuando en realidad es fértil, en cuyo caso el Vendedor querrá anular el contrato. O el Comprador y el Vendedor pueden creer que la vaca está saludable cuando en realidad está enferma, en cuyo caso el Comprador querrá anular el contrato. En cualquiera de los casos, las partes pueden diseñar el contrato conforme a la circunstancia. Las partes podrían celebrar un contrato otorgando al Vendedor el derecho de retractarse del contrato si se demuestra que la vaca es fértil—ciertamente, podría condicionar el cumplimiento a la posterior confirmación de que la vaca es estéril. Y en el segundo caso, el Vendedor podría otorgar al Comprador una garantía contra la enfermedad o no, dependiendo de cómo quieran asignar el riesgo. El punto general es que si las partes son racionales, saben que pueden cometer errores, y diseñarán el contrato de manera que se asigne este riesgo adecuadamente.

Se podría responder que, toda vez que las partes, en hipótesis, están equivocadas, no se les ocurre incluir estas contingencias en el contrato. Esto es, por lo general, lo que se quiere decir cuando las cortes afirman que el error gira en torno a un supuesto esencial del contrato. Sin embargo, las partes racionales siempre saben que algo podría ocurrir haciendo el cumplimiento más o menos costoso para el Vendedor, y más o menos valioso para el Comprador. Podría ocurrir que la vaca presente una característica oculta, buena o mala; podría ocurrir que las condiciones del mercado cambien, de manera que una vaca gane o pierda valor en relación con otros bienes. Desde el punto de vista económico, no existe nada especial en que la vaca sea fértil o esté enferma, nada que distinga esta contingencia de un cambio en el precio ocasionado por un cambio en las condiciones del mercado. Las partes pueden diseñar contratos que tomen en cuenta todas estas contingencias.

Si este argumento es correcto, no hay razón para que las cortes liberen a las partes cuando una o ambas han cometido errores. Sería como liberar a una compañía de seguros de un contrato de seguro contra incendios, sobre la base de que la compañía de seguros, por error, creyó que no ocurriría un incendio. Desde el punto de vista económico, las partes no pueden cometer errores: Tienen distribuciones de probabilidad que reflejan la información que tienen sobre el mundo. Saben que no

<sup>39</sup> *Armstrong v. Miller* (Michigan, 1887). En: *Northwestern Reporter* N° 33, pp. 919.



poseen la verdad absoluta y no creerán lo contrario.<sup>36</sup>

Para explicar las doctrinas jurisprudenciales del error [*"mistake doctrines"*], entonces, necesitamos realizar otras asunciones. Una asunción posible, que a estas alturas debería ser familiar, es que los "costos de transacción" evitan que las partes diseñen contratos óptimos. Esta es la ruta implícita que toman Rasmusen y Ayres en un artículo sobre las doctrinas jurisprudenciales del error.<sup>37</sup> Antes de entrar a su argumento, debemos observar que utilizar esta asunción convierte al análisis de la doctrina jurisprudencial del error igual a al análisis de cualquier problema de interpretación contractual, donde, como supone al análisis económico del Derecho, los costos de transacción previenen a las partes de definir un término crucial, como "pollo" en el caso *Frigaliment*. Las partes no incurren en un "error" en el sentido ordinario del término; ellas racionalmente eligen dejar un contrato incompleto en vista a los costos de completarlo. Si uno piensa que las cortes deben utilizar las "reglas supletorias de la mayoría" para determinar dichos términos, entonces uno puede pensar que las "reglas supletorias de la mayoría" deben también determinar las obligaciones de las partes si una vaca es fértil o enferma. Bajo este punto de vista, las doctrinas jurisprudenciales deben tener también las mismas implicancias sobre los remedios como las controversias referidas a la interpretación de los contratos —específicamente, hacer cumplir las interpretaciones judiciales antes que la y la restitución—, pero desde luego no lo hacen.

Para evaluar las doctrinas jurisprudenciales del error mutuo [*"mutual mistake doctrines"*] y unilateral, Rasmusen y Ayres asumen que las partes pueden establecer un precio, pero no pueden condicionar el cumplimiento a la ocurrencia de los estados deseados del mundo (ya sea directamente o a través del uso de un contrato incompleto óptimo). Es en este sentido que ellos hacen operativo el concepto de error, basándose en el trabajo de la interpretación contractual. El Vendedor espera un costo promedio para cumplir [ $c$ ] y el Comprador espera una valorización promedio [ $v$ ] de modo que  $v > c$ , en promedio, pero en algunas situaciones  $v < c$ , y el intercambio no debería ocurrir. Ayres y Rasmusen investigan la pregunta sobre si la doctrina jurisprudencial del error debería liberar a las partes del contrato (presumiblemente, a solicitud del Comprador si el precio es más alto que su valorización estimada, o a solicitud del Vendedor si el precio es más bajo que su costo estimado).

Su análisis es complejo, de modo que resumiremos sus conclusiones sobre el error mutuo. La doctrina jurisprudencial, al eximir del cumplimiento cuando ambas partes están desinformadas o equivocadas, parecería crear incentivos para que las partes se eximan del cumplimiento y de recopilar información. La pregunta es si estos incentivos son eficientes.

Una posible ventaja de la doctrina jurisprudencial del error mutuo es que permite a las partes dejar sin efecto una segunda transacción para anular el contrato inicial cuando ocurre que  $v < c$ . Pero la anulación ocurriría solo cuando ambas partes están desinformadas; si una parte está informada, entonces la otra parte no puede anular un contrato ineficiente alegando el error mutuo. Más aun, la doctrina jurisprudencial establece que ninguna parte anule el contrato (pese al error) cuando

<sup>36</sup> RASMUSEN, Eric y AYRES, Ian, *Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law*, *Er. Journal of Legal Studies*, N. 22, 1993, pp. 309, 315 y n.13.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 315.

$p > c$ : el Comprador anulará el contrato cuando el precio  $p > v$ , y el Vendedor anulará el contrato cuando  $p < c$ .<sup>38</sup> Si se permite que las partes incumplan sin pagar la indemnización por daños y perjuicios, entonces se dará el incumplimiento ineficiente.

La doctrina jurisprudencial del error mutuo también afecta los incentivos de las partes en recopilar información antes de celebrar contratos. Sin embargo, no afecta los incentivos de una manera deseable. Supongan que las partes pueden adquirir información sobre el valor de un bien a un costo. Si la adquisición de información no incrementa el valor del bien, y el costo de adquirir la información es lo suficientemente alto, la doctrina jurisprudencial del error mutuo alienta de manera correcta a cada parte a permanecer ignorantes, pero también resulta en demasiadas anulaciones. Cuando el costo de la información es bajo, la doctrina jurisprudencial del error mutuo alienta a las partes a adquirir información para prevenir que la otra parte invoque el error mutuo, aun así la información adicional no incrementa el valor del bien. De otro lado, si la adquisición de información *no* incrementa el valor de bien, entonces la doctrina jurisprudencial del error mutuo otorga a las partes un incentivo demasiado pequeño para adquirir información, comparado con la regla que exige el cumplimiento del contrato [*"rule of enforcement"*].<sup>39</sup>

La doctrina jurisprudencial del error mutuo es difícil de reconciliar con las premisas económicas, ambas porque la doctrina jurisprudencial por sus términos responde a errores cognitivos excluidos del análisis económico, y porque la doctrina jurisprudencial incentiva el comportamiento que sería sub-óptimo si las personas no cometieran esos errores, como la economía asume.<sup>40</sup> Pero incluso poniendo de lado los errores cognitivos, Ayres y Rasmusen no ofrecen un reemplazo claro para las doctrinas del jurisprudenciales del error mutuo. Ellos muestran que otras doctrinas jurisprudenciales, tales como las justificativas [*"excuse doctrines"*] y del error unilateral, se imponen al error mutuo en diferentes contextos, pero porque una de esas doctrinas jurisprudenciales o alguna alternativa sea óptima en general, no porque una corte pueda distinguir las condiciones –sean, por ejemplo, que la adquisición de información pueda incrementar el valor de un bien o no– bajo las cuales las diferentes reglas tengan ventajas.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 320.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 331-332.

<sup>40</sup> En efecto, la mayoría de los estudios contractuales sobre las asimetrías de información asumen que las partes conocen sobre su ventaja o desventaja informativa y tomar una decisión estratégica para revelar la información, demandar un ajuste de precio, renunciar a celebrar el contrato, y así sucesivamente. Los artículos usualmente se centran en el remedio contractual propio dado a estas asunciones. En este contexto, el argumento de Rasmusen y Ayres puede ser entendido como una investigación de las condiciones bajo las cuales una regla de "indemnización por daños y perjuicios igual a cero" sería superior a la regla de la indemnización de daños y perjuicios y a las reglas alternativas. Para ejemplos de esta literatura, ver CRASWELL, Richard. *Prevention, Reliance, and One-Sided Information*. En: *Journal of Legal Studies* N° 18, 1989, pp. 365 (analizando el efecto de la regla de la "indemnización por daños y perjuicios" en los incentivos del promitente para revelar información privada sobre la probabilidad de cumplimiento); CRASWELL, Richard. *Preventive Litigation as an Optimal Prevention Problem*. En: *Journal of Legal Studies* N° 17, 1988, pp. 401 (analizando el efecto de la regla de la "indemnización por daños y perjuicios" en los incentivos de las partes para adquirir información, antes de contratar, sobre sus habilidades para cumplir); DIAMOND, Peter A. y MASKIN, Eric. *An Equilibrium Analysis of Search and Breach of Contract. I: Search Costs*. En: *Bell Journal of Economics* N° 10, 1979, pp. 282 (analizando el efecto de las reglas de "indemnización por daños y perjuicios" en los incentivos de las partes para buscar información sobre socios contractuales); y SHAVELL, Steven. *Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale*. En: *RAND Journal of Economics* N° 25, 1994, pp. 20 (analizando el efecto de las reglas de revelación de información [*"disclosure rules"*] en los incentivos para adquirir y revelar información).

## 6. Imposibilidad

Algunas veces las cortes liberan del cumplimiento a los promitentes cuando el cumplimiento es "imposible"<sup>40</sup> o "impracticable"<sup>41</sup>. Posner y Rosenfeld sostienen que estas doctrinas jurisprudenciales transfieren, de manera eficiente, el riesgo del promitente cuando este es más adverso al riesgo que el promisorio.<sup>42</sup> Supongamos que un vendedor no puede asegurarse a sí mismo contra una huelga de sus trabajadores, pero que el comprador puede fácilmente coordinar entregas provenientes de vendedores alternativos si el suministro por parte del primero se corta. Si el vendedor posteriormente no puede realizar entregas debido a una huelga, una corte podría eximir al vendedor de sus obligaciones contractuales basada en la "imposibilidad", siendo la verdadera razón que el comprador podría haberse asegurado contra esta contingencia con mayor facilidad que el vendedor.

Trabajos posteriores plantearon la duda sobre este argumento. Primero, el argumento de Posner y Rosenfeld pasa por alto los demás incentivos de las partes. Si el vendedor no paga indemnizaciones por daños y perjuicios, ni una cantidad limitada como restitución, no tiene incentivo alguno para cumplir cuando es eficiente hacerlo. El argumento supone que la corte puede determinar si el costo de cumplimiento excede su valor para el comprador, pero en otros contextos -la justificación de la "indemnización de expectativas", por ejemplo- se asume que la corte no puede realizar esta determinación.<sup>43</sup>

Segundo, y más importante, las doctrinas jurisprudenciales de la de "imposibilidad" e "impracticabilidad" no distribuyen el riesgo de manera eficiente. Para ver por qué, imaginemos a un vendedor adverso al riesgo y un comprador neutral al riesgo. La solución óptima de un conflicto atribuirá todo el riesgo al Comprador; en efecto, la corte redacta una póliza de seguro en la que el Vendedor es el beneficiario. Dicha póliza de seguro otorgaría al Vendedor la misma compensación en ambas situaciones -la situación de incumplimiento y la situación de cumplimiento. Las doctrinas jurisprudenciales de la "imposibilidad" e "impracticabilidad", sin embargo, no hacen tal cosa. Ellas, a lo mucho, proporcionan al Vendedor una compensación equivalente a cero en ambas situaciones de incumplimiento (y menos aun si el Vendedor ha incurrido en algunos costos o tiene que realizar la restitución), en lugar de otorgar al Vendedor alguna suma entre cero y sus ganancias. Ciertamente, el argumento de compartir el riesgo implica que en algunos casos el Vendedor tenga que pagar una indemnización por daños negativos, lo cual por supuesto nunca es observado.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> El término utilizado por el autor es "impossibility", haciendo referencia a la doctrina jurisprudencial por medio de la cual se acepta que un hecho o circunstancia exista del cumplimiento, cuando: (i) el sujeto o medio del cumplimiento se ha deteriorado, destruido, o se encuentra fuera del comercio; (ii) la forma de tradición o pago no se encuentra disponible; (iii) una ley impide el cumplimiento; o, (iii) la muerte o enfermedad impide el cumplimiento.

<sup>41</sup> La doctrina jurisprudencial de la "impracticabilidad" ["impracticability"] supone que una parte pueda ser excusada de cumplir el contrato si por un evento extraordinario e imprevisible el cumplimiento se torna extremadamente difícil y costoso.

<sup>42</sup> POSNER, Richard A. y ROSENFELD, Andrew M. *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*. En: *Journal of Legal Studies* N° 6, 1977, pp. 83.

<sup>43</sup> Ver WHITE, Michelle J. *Contract Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: A Unified Theory*. En: *Journal of Legal Studies* N° 17, 1988, pp. 353, 360.

<sup>44</sup> Ver SYKES, Alan O. *The Doctrine of Contractual Impracticability in a Second-Best World*. En: *Journal of Legal Studies* N° 19, 1990, pp. 43, 48. WHITE, *supra* nota 42, pp. 373; ver también, GOLDBERG, Victor P.

Las doctrinas jurisprudenciales justificativas son difíciles de entender desde el punto de vista económico. Las partes sofisticadas saben que pueden ocurrir contingencias que hagan el cumplimiento imposible o extremadamente costoso. Si quisieran compartir el riesgo de estas contingencias, podrían incluir causas justificantes en el contrato. Observamos este comportamiento no solo en el uso de las cláusulas de fuerza mayor; las causas justificantes son usualmente elaboradas dentro los términos centrales de contrato. Los contratos de seguros contienen cláusulas liberatorias de responsabilidad; los contratos de compraventa ordinarios trasladan el riesgo al equiparar el precio a los índices de mercado. Las empresas pueden comprar pólizas de seguro generales, o de auto-seguro, y son usualmente neutrales al riesgo con respecto a los contratos *run-of-the-mill*. Podría ser verdad que el costo de describir las obligaciones de las partes les prevenga de asignar los riesgos, pero sigue siendo dudoso que las cortes tengan la información necesaria para reparar el mercado de seguros.

#### 7. *"Consideration"*<sup>51</sup> y *"Promissory Estoppel"*<sup>52</sup>

La economía asume que las personas intercambian promesas cuando ambas se benefician con dicho intercambio, pero ello no implica que la ley deba exigir el cumplimiento de todas las promesas. Las cortes cometen errores, y las sanciones legales algunas veces son más torpes que las sanciones extra-legales; como resultado, las personas que formulan y reciben promesas, por lo general, no esperan –y no desean– que las cortes les proporcionen remedios legales si el promitente rompe la promesa. Pero cuando el promitente quiere que esta sea legalmente exigible, y el promisorio espera que la promesa sea legalmente exigible, las cortes deberían exigir el cumplimiento de las promesas.<sup>53</sup>

La economía da a entender entonces que las cortes deben exigir el cumplimiento de las promesas cuando las partes desean que sus promesas sean exigibles, y no por el contrario. Consistentes con este punto de vista, las cortes, por rutina, exigen las promesas y respetan los términos de los acuerdos que renuncian a la exigibilidad legal.<sup>54</sup>

*Impossibility and Related Excuses*. En: *Journal of Institutional & Theoretical Economics* N° 144, 1988, pg. 300 (expresando un escepticismo sobre el aspecto de compartir los riesgos); POLINSKY, *supra* nota 7 (argumentando que el estudio de las posibilidades es el remedio óptimo para compartir los riesgos); TRIANTIS, George G. *Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impossibility*. En: *University of Toronto Law Journal* N° 42, 1992, pg. 450 (criticando las doctrinas jurisprudenciales justificativas).

<sup>51</sup> "Consideration" hace referencia a aquellas prestaciones recíprocas que la contratante promete o ejecuta en por una promesa. De acuerdo con la Sección 71 del "Restatement of Law Second, Contracts" esta promesa tiene que haber sido previamente negociada, es decir, el promitente debe haberla exigido como contraprestación por su propia promesa y el promisorio debe ejecutarla en contraprestación por esta.

<sup>52</sup> "Promissory estoppel" es la doctrina jurisprudencial anglosajona con arreglo a la cual quien ha generado una confianza razonable e inducido a actos por parte de quien recibe la promesa queda impedido, posteriormente, de retractarse de su original declaración.

<sup>53</sup> Esta conclusión excluye la posibilidad de una falla del mercado. Uno puede estipular una exigencia menor: las cortes no deberían exigir el cumplimiento de las promesas cuando el costo para el sistema legal excede las ganancias de las partes. Cobrar a los litigantes una comisión sería una mejor respuesta.

<sup>54</sup> Ver, por ejemplo, *Guyon Mfg. Co. vs. Bull Co Mfg. Inc.* (Súmo Courton, 1989). En: *Federal Reporter, Second* N° 870, pg. 423.

Pero estas ideas simples no explican las principales doctrinas jurisprudenciales que trazan una línea entre la promesa legalmente exigible y la promesa inexigible, es decir, la doctrina jurisprudencial de la "consideration" y de la "promissory estoppel".

La doctrina jurisprudencial de la "consideration" sostiene que una corte no puede exigir una promesa si no ha sido intercambiada por una "consideration", un beneficio legal para el promitente o un detrimento para el promisorio. En esencia, esta doctrina jurisprudencial deja fuera de las cortes a las promesas que no son parte de un *quid pro quo*<sup>45</sup>. Entre dichas promesas se encuentran los contratos de opción, las promesas de donación, y los contratos preparatorios vinculantes para una parte pero no para la otra.

Sin embargo, estas promesas son inobjetables desde el punto de vista económico. Un contrato de opción -por ejemplo, una promesa de mantener vigente una oferta de vender algo mientras que la persona a la que se dirige la oferta investiga su valor -podría ser la única forma de captar el interés de un comprador potencial. Una promesa de donación permite al promisorio confiar con anticipación en que recibirá el beneficio, y permite al promitente postergar el cumplimiento hasta que los fondos o bienes sean adquiridos. Los contratos preparatorios -en los que, por ejemplo, una de las partes se compromete a comprar mercancías producidas por la otra parte- son por lo general métodos eficientes para transferir el riesgo, quedando la parte legalmente no obligada, vinculada por criterios de reputación y sanciones extra-legales.<sup>46</sup>

Las cortes, posiblemente debido a que reconocen la fuerza de estos argumentos, han reducido el uso de la doctrina jurisprudencial de la "consideration". Su función principal ahora es negar la entrega de donaciones, lo cual sigue siendo un reto para la economía, por las razones ya discutidas.<sup>47</sup> La "consideration" también sirve, bajo el "Restatement", como una formalidad: las opciones son inexigibles a menos que las partes "establezcan" una "consideration".<sup>48</sup> Pero no existe razón alguna para exigir a las partes que establezcan una "consideration" en contraposición a establecer que desean que su opción sea exigible. Lo mismo puede afirmarse del argumento de Holmes que sostiene que la "consideration" siempre fue una mera formalidad, de modo que las promesas de donaciones serían exigibles si el promisorio diera una contraprestación nominal al promitente.<sup>49</sup> Los esfuerzos por racionalizar esta práctica como una manera de asegurar que las cortes puedan distinguir las promesas exigibles de las inexigibles fallan debido a que no explican la "forma" de la formalidad.

La doctrina jurisprudencial de la "promissory estoppel" puede parecer consecuente con la economía debido a que no prohíbe que las cortes exijan las promesas gratuitas que incrementan el valor. No obstante, la doctrina jurisprudencial sí pone un límite a la exigibilidad de las promesas, y dicho límite es la exigencia de confianza en el

<sup>45</sup> El afonismo "quid pro quo" hace referencia a una cosa que es intercambiada por una cosa de un valor similar.

<sup>46</sup> Ver, GOETZ, Charles y SCOTT, Robert E. *Principles of Restatement Contracts*. En *Vanderbilt Law Review* N° 67, 1981, pp. 1089, 1149-1150.

<sup>47</sup> La excepción de las donaciones caritativas solo complica el asunto. Si las promesas de entregar donaciones son deseables socialmente, entonces la excepción tiene sentido pero la inexigibilidad general de las promesas de donación no; si las promesas de entregar donaciones no son deseables socialmente, entonces la excepción carece de sentido.

<sup>48</sup> *Restatement (Second) of Contracts*, Sección 37, 1981 [en adelante "Restatement"].

<sup>49</sup> HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Ed. Little, Brown & Co., 1946, pp. 294-295; ver también FULLER, Lon L. *Consideration and Form*. En *Columbia Law Review* N° 41, 1941, pp. 399, criticando el argumento de Holmes.

promisario. Este límite no es consecuente con la economía. Si una persona quiere hacer una promesa gratuita, debe ser porque desea beneficiar al promisorio. El promitente puede beneficiar al promisorio sin importar si el segundo confía en la promesa; en consecuencia el análisis económico sugiere que la exigibilidad de una promesa no debería depender de si el promisorio confía, o confía razonablemente.<sup>50</sup>

La "*promissory estoppel*" también puede entenderse como un dispositivo para relajar la prohibición de la "*consideration*" a la responsabilidad por la confianza pre-contractual. Las partes, por lo general, dedican cierto tiempo a negociar los términos de un contrato antes de celebrarlo; con frecuencia, una de las partes o ambas realizarán inversiones durante este período antes del eventual éxito de las negociaciones. Un ejemplo es la relación entre un licenciante y un licenciario potencial en un contrato de franquicia, que puede extenderse por meses o años antes del otorgamiento de la franquicia.<sup>51</sup> Durante este tiempo, el licenciante puede solicitar al licenciario potencial que adquiera experiencia como trabajador en otro negocio de franquicia, o que se capacite. Para inducir al licenciario potencial a realizar estas inversiones de tiempo y esfuerzo, el licenciante podrá hacer promesas vagas o condicionadas de que la franquicia será otorgada. Aún cuando estas promesas no estén lo suficientemente definidas para crear obligaciones contractuales, los promisorios a los que no se les otorga el contrato algunas veces pueden obtener indemnizaciones por daños y perjuicios por sus costos de confianza, basados en la "*promissory estoppel*".

Muchos estudiosos han considerado la posibilidad de que la "*promissory estoppel*" sea eficiente debido a que protege la inversión del promisorio.<sup>52</sup> Esta opinión es atractiva a primera vista ya que el comportamiento del promitente, cuando no está justificado por el descubrimiento de que el promisorio no es idóneo, parece oportunista. El promitente puede, en teoría, retener al promisorio hasta después que este haya invertido, y exigirle comisiones u obligaciones adicionales que extraigan todo el excedente generado por la inversión del promisorio.

Pero si las cortes pudieran verificar de manera confiable el comportamiento del promisorio, y así distinguir, por ejemplo, al promisorio que demuestra simplemente que no es idóneo del promisorio que es víctima de retención, entonces las partes podrían celebrar un contrato al inicio de su relación, uno que especifique lo que el promisorio debe invertir, y cómo este será evaluado. Hasta lo que sé, las partes no celebran esos contratos, presumiblemente porque ellos no creen que las cortes puedan hacer estas distinciones.<sup>53</sup> Pero si las cortes no pueden, entonces el uso de la "*promissory estoppel*" para proteger la confianza no es justificado.

Asimismo, una doctrina jurisprudencial eficiente de la "*promissory estoppel*" no requeriría que las cortes compensen toda la confianza del promisorio. Si así lo hicieran, los promisorios invertirían más en la confianza. Las cortes tendrían que determinar

<sup>50</sup> Ver, SHAVELL, Steven, *An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts*. En: *Journal of Legal Studies* N° 20, 1991, pp. 401, 420 y n. 34.

<sup>51</sup> Por ejemplo, *Hoffman vs. Red Owl Stores, Inc.* (Wisconsin, 1965). En: *North Western Report*, Second N° 133, pp. 267.

<sup>52</sup> CRASWELL, Richar. *Offer, Acceptance and Efficient Reliance*. En: *Stanford Law Review* N° 48, 1996, pp. 489-195; KATZ, Avery. *When Should an Offer Stick?: The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*. En: *Yale Law Review* N° 105, 1996, pp. 1240, 1270-1277.

<sup>53</sup> En respuesta al crecimiento de la responsabilidad pre-contractual, los licenciantes de una franquicia deben advertir a los licenciarios que tienen renuncias.

cuánta confianza es eficiente en cada caso, y luego adjudicar indemnizaciones por daños y perjuicios que sean iguales a la confianza eficiente, subcompensando a las partes que confían demasiado. El monto indemnizatorio adecuado dependería de factores tales como el costo y ganancia sobre la inversión; la probabilidad de que la relación preliminar origine una franquicia;<sup>54</sup> y los incentivos de las partes para revelarse mutuamente.<sup>55</sup>

Craswell estudió un grupo de casos en los que los argumentos de la "equitable estoppel"<sup>56</sup> o "promissory estoppel" eran presentados por adelantado por los destinatarios de las ofertas para evitar que un oferente retire una oferta, y descubrió que las cortes con mayor frecuencia estarán de lado de los destinatarios de la oferta cuando la confianza en la misma sea eficiente.<sup>56</sup> Pero descarta cualquier intención de mostrar que los resultados del caso son en sí mismos eficientes, precisamente por las razones indicadas anteriormente: "existen muchos factores además de la eficiencia de la confianza de [el destinatario de la oferta] que pueden afectar el deseo de un compromiso."<sup>57</sup> La dificultad metodológica de demostrar que la doctrina contractual es eficiente disuade a Craswell de hacer el intento.

#### 8. Resumen: Falla Descriptiva versus Falla Normativa

La carga de la falla descriptiva no sorprenderá a los estudiosos familiarizados con la literatura sobre el análisis económico del Derecho Contractual. La ineficiencia del Derecho Contractual es un tema tratado por Shavell, Goetz y Scott, Schwartz en la "indemnización de expectativas"; Epstein y Kornhauser, con relación a la doctrina jurisprudencial de la "unconscionability"; Ayres y Rasmusen, con relación a la doctrina jurisprudencial del error; Sykes y White, sobre la doctrina jurisprudencial de la "imposibilidad"; y, Craswell, al referirse a la "promissory estoppel"; y, otros.<sup>58</sup> Ninguno de los autores llega a afirmar que todo el Derecho Contractual es ineficiente. Cada uno examina solo una pequeña parte del Derecho Contractual, y la práctica metodológica normal es cautelosa en realizar afirmaciones exageradas. Pero para alguien ajeno al tema y que observa la fuerte acumulación de fallas en más de treinta años, la conclusión es ineludible.

Algunos lectores estarán de acuerdo con Ayres y Craswell que desde que la mayor parte de los autores del análisis económico del Derecho no afirman que ellos

<sup>54</sup> Ver CRASWELL, Richard, *supra* nota 52, pp. 499-501; ver también, BEBCHUK, Lucian Ayre y BEN-SHAHAR, Oriol, *Pre-Contractual Liability*, En: *Journal of Legal Studies* N° 30, 2001, pp. 423; JOHNSTON, Jason Scott, *Contractualism and Courts: Cheap Talk Economics and the Law of Contract Formation*, En: *Vanderbilt Law Review* N° 83, 1999, pp. 385; KATZ, *supra* nota 52.

<sup>55</sup> KATZ, Avery, *Contractual Formation and Interpretation*, En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* N° 1, *supra* nota 5, pp. 425, 429-430.

<sup>56</sup> La "equitable estoppel" hace referencia a una doctrina jurisprudencial defensiva fundada en los principios del dolo, que previene a una parte de tomar una ventaja sobre la otra parte cuando, a través del falso lenguaje o conducta, la persona a ser afectada por la "equitable estoppel" ha inducido a otra persona a actuar de determinada manera, con el resultado de que la otra persona ha sido dañada de alguna manera.

<sup>57</sup> CRASWELL, *supra* nota 52, pp. 531-536.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 507.

<sup>59</sup> Por ejemplo, KATZ, Avery, *Transaction Costs and the Legal Mechanics of Exchange: When Should Silence in the Face of an Offer Be Constructive Acceptance?* En: *Journal of Law, Economics and Organizations* N° 9, 1993, pp. 77, 90 (constatando que la eficiencia de las doctrinas jurisprudenciales de la aceptación por silencio "acceptance-by-silence-doctrines" es "al menos imperfecta").

expliquen las doctrinas jurisprudenciales, y en vez realizan recomendaciones normativas, no vale la pena darle tanta importancia a esta falla. Tal vez no, pero no creo que la distinción entre los estudios descriptivos y normativos esté tan clara. La estructura doctrinaria del Derecho Contractual influencia a los análisis académicos. Las cortes y los legisladores suelen prestar más atención a las recomendaciones de los estudiosos elaboradas naturalmente bajo la lógica del Derecho Contractual, que aquellas que flotan en el espacio, pues las cortes y los legisladores no tienen una buena razón –ninguna crisis económica, ningún sistema de Derecho Contractual extranjero que sea claramente superior, ninguna serie de reclamos tales como los escuchados al sistema de responsabilidad extracontractual– para pensar que existe algo malo con el sistema de Derecho Contractual que tenemos. Cuando la economía fue capaz de mantener el análisis descriptivo y normativo junto, cuando fue capaz de decir que el Derecho Contractual era esencialmente eficiente pero fluía por aquí y por allá, tenía el potencial de influencia a quienes tomaban las decisiones, pues trabajaba con el pasado, no contra él, y no forzaba a quienes tomaban las decisiones a rechazar el pasado sobre la base de conjeturas fundadas en postulados empíricos que no podían ser verificados.

Un punto adicional es que el enfoque descriptivo no ha sido fructífero como en otras áreas de la economía. En estas otras áreas, la materia a ser explicada está siempre parcialmente oculta. Hace sentido desarrollar una hipótesis porque en el proceso de experimentación se aprenden nuevas cosas sobre el mundo, resultando en una dialéctica productiva entre la teoría y los datos. Por el contrario, la materia a ser explicada por el análisis económico del Derecho Contractual –doctrinas jurisprudenciales de los contratos– es conocida, o se piensa que es conocida. Y pese a que en algún tiempo algunos estudiosos pensaron que los resultados de los casos pueden desviarse de las doctrinas jurisprudenciales de los contratos, con los resultados reflejando eficiencia –en cuyo caso, generar y experimentar hipótesis tendría sentido– hoy en día esta posición tiene pocos adherentes.<sup>38</sup> Los jueces no tienen ninguna razón para describir las doctrinas jurisprudenciales en una forma que representa mal los resultados de los casos.

En vez de argumentar que sus modelos explican las doctrinas jurisprudenciales de los contratos, la mayoría de los autores argumentan que sus modelos pueden ser utilizados para criticar o defender las doctrinas jurisprudenciales de los contratos. Pero la debilidad normativa de sus modelos caen por su propio peso. Los modelos simples no justifican la reforma porque estos modelos excluyen variables relevantes. Los modelos complejos no justifican la reforma legal debido a que la norma óptima depende de condiciones empíricas que no pueden ser descubiertas.<sup>39</sup>

Se podría responder que aunque los modelos económicos no pueden generar un Derecho Contractual óptimo y determinado, identifican los costos y beneficios de las diferentes normas legales. Antes del análisis económico de la “indemnización de expectativas” y de la ejecución forzada, una corte que estuviera tratando de decidir si empujar la doctrina jurisprudencial en una dirección o en la otra tenía poco con

<sup>38</sup> Sin embargo, se han llevado a cabo esfuerzos recientes para defender esta proposición. Ver MCCLESNEY, *Principles of Law*, 5. *Business Law and Contract Theory: Evidence*. *Brook. Theory and Empirical Evidence*, *Em. Journal of Legal Studies* N. 26, 1999, pp. 131, 136-184.

<sup>39</sup> Otros han elaborado observaciones similares sobre el análisis económico del Derecho normativo. Ver, por ejemplo, KORNHAUSER, Lewis A. *Constrained Optimizations: Corporate Law and the Maturation of Social Welfare*, in: *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, *op. cit.* supra, pp. 87, 112-113.



que continuar. El análisis económico identificó factores que los jueces deberían tomar en cuenta, factores que incluyen el costo de renegociación y las ventajas de permitir el incumplimiento. Aún si el análisis económico no pudiera determinar la magnitud de estos costos y beneficios, y la medida en que compensan o interactúan mutuamente, el juez que sabe sobre ellos, es más propenso a tomar una decisión acertada que un juez que no los conoce.

Esta defensa tiene un aire de plausibilidad, pero también tiene implicancias penosamente indefinidas y nada ambiciosas. La última década ha sido testigo de una serie de factores relevantes, pero no ha aumentado la claridad sobre la función del Derecho Contractual, y un juez sabio puede ordenar, para evitar una paralización, simplemente que se ignore. Pero la academia en sí es muda acerca de sus propias debilidades. El Capítulo IV proporcionará algunas razones metodológicas para ser pesimistas. No obstante, antes de llegar a ese punto, podemos obtener un enfoque adicional examinando la literatura sobre contratos incompletos.

### III. LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS INCOMPLETOS

La doctrina sobre contratos incompletos difiere de la literatura del análisis económico del Derecho, a pesar de coincidir en muchas formas. La teoría de los contratos incompletos fue motivada, en principio, por una curiosidad descriptiva sobre la naturaleza de la contratación privada, y no sobre la del Derecho Contractual. Como resultado de esto, el Derecho Contractual es tratado por lo general de una manera excepcionalmente simple, como un sistema que exige específicamente el cumplimiento de los términos contractuales cuando el comportamiento subyacente de las partes puede ser verificado por las cortes.<sup>41</sup> Este supuesto permite a los estudiosos enfocarse en la elección de las partes respecto de la forma contractual. Por el contrario, el análisis económico del Derecho por lo general asume que las partes eligen los contratos simples – generalmente contratos de precio y cantidad fijos, que incluyen algunas veces, cláusulas penales – y se centran en el efecto de las diferentes normas legales sobre el comportamiento contractual.

La literatura sobre los contratos incompletos plantea la siguiente pregunta al análisis económico del Derecho: ¿por qué partes racionales elegirían contratos sin contingencias cuando los contratos más sofisticados les permitirían lograr mejores resultados? Y si las partes escogieran contratos más sofisticados, ¿por qué las cortes tendrían que hacer algo adicional a exigir el cumplimiento de dichos contratos? Si las cortes solo se dedicaran a cumplir los términos contractuales, la mayor parte de la doctrina jurisprudencial de los contratos, y de la literatura sobre el análisis económico del Derecho serían irrelevantes.

Nuestra breve discusión acerca de la teoría de los contratos incompletos sirve para dos propósitos. En primer lugar, nos permite examinar si la falla descriptiva del análisis económico del Derecho es el resultado de la metodología económica en general, o del enfoque del análisis económico del Derecho en particular. En segundo

<sup>41</sup> Por ejemplo, WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, 1975; HART, Oliver y MOORE, John. *Incomplete Contracts and Renegotiation*, En: *Econometrica* N.º 56, 1988, pg. 755. Por lo general “*Incomplete Contracts and Renegotiation*” es considerado el artículo pionero, pese a que las raíces de la literatura se encuentran en el trabajo de Williamson. Mi referencia a la literatura sobre los “contratos incompletos” pretende abarcar artículos que están firmemente basados en modelos de contratos completos, pero que están preocupados por la pregunta de por qué los contratos son incompletos, y no sólo artículos que incluyen los costos de transacción como un elemento del modelo.

lugar, nos da luces sobre las dificultades metodológicas ocultas en el concepto de costo de transacción.

### 1. Premisas y Resultados Básicos

La literatura sobre contratos incompletos se centra en dos de las clases de incentivos que hemos venido discutiendo: el incentivo para invertir (o “confiar”) y el incentivo de cumplir o incumplir. Un contrato eficiente o *first best contract* hace dos cosas: garantiza que (digamos) el Vendedor cumpla cuando su costo sea menor a la valorización del Comprador, y no lo contrario (“intercambio eficiente”); y garantiza que el Comprador (y/o el Vendedor) invierta la cantidad adecuada (“inversión eficiente”).

Como hemos visto, por lo general existe tensión entre el intercambio eficiente y la inversión eficiente. Una manera simple de garantizar el intercambio eficiente requiere que el Vendedor pague la valorización del Comprador si es que incumple. Por ejemplo, bajo la regla de la “indemnización de expectativas” si el Vendedor incumple tendrá que pagar la valorización del Comprador. Entonces, el Vendedor solo cumplirá si y solo si su costo es menor que la valorización del Comprador, -la condición para que el intercambio sea eficiente. Sin embargo, el Comprador espera recibir su valorización ya sea que el cumplimiento ocurra (en cuyo caso obtiene la mercancía) o no ocurra (en cuyo caso obtiene una indemnización por penalidad). De esta forma, el Comprador esperando recibir su valorización en ambas situaciones, invertirá en exceso.<sup>92</sup>

Todo esto debería ser algo común a partir de nuestra discusión del análisis económico del Derecho de los remedios. La diferencia entre las dos literaturas se encuentra en el siguiente nivel. Mientras que en el análisis económico del Derecho se evalúan las distintas reglas legales según su impacto en el comportamiento eficiente de las partes, la literatura de los contratos incompletos analiza como las partes pueden diseñar sus contratos para alcanzar la eficiencia. Si el Vendedor y el Comprador son racionales, querrán evitar una inversión en exceso por parte del Comprador, compartiendo las partes el excedente que resulta al eliminar esta ineficiencia. Esto puede ser logrado a través de un diseño contractual correcto, suponiendo que las cortes exigirán su cumplimiento específico.<sup>93</sup>

La solución más simple sería que las partes suscriban un contrato en el que se establezca que estas deberán realizar el intercambio si  $v > c$ , y que el Comprador deba realizar una inversión óptima  $e$ . Si las cortes pudieran observar las valuaciones y las inversiones, entonces podrían utilizar la ejecución forzada o una penalidad para obligar a las partes a realizar comportamientos eficientes. Pero, entonces, nos encontraríamos ante un contrato completo, y ese tipo de contratos, como señala el argumento, nunca son utilizados. De hecho, los contratos son incompletos, debido a que los costos de transacción previenen que las partes incluyan todas las obligaciones relevantes en los contratos, maximizando su valor.

La literatura estipula que los costos de transacción significan que las inversiones no sean verificables por las cortes, por lo que las partes no ganan nada al incurrir en

<sup>92</sup> Ver *infra* los textos que acompañan a las notas 11-15.

<sup>93</sup> Una cuantía inmensa han examinado también reglas tales como la “indemnización de expectativas”, pero ellas producen incentivos óptimos solo bajo condiciones restringidas. Ver, por ejemplo, EDLIN, *Amos S.* y REIBELSTEIN, *Sicran, Holdings, Standard Break Fees, and Optimal Investment*. En: *American Economic Review* N° 86, 1996, pp. 478, 495.

inversiones óptimas en el contrato. Por varias razones,<sup>64</sup> esta asunción está pensada para ser una manera más satisfactoria de capturar el concepto costo de transacción que, digamos, estipular que hay un costo en redactar una obligación o que las partes deben redactar contratos de precio fijo [*Fixed price contracts*] o contratos que no incluyan contingencias [*noncontingent contract*] – las dos estrategias preferidas en la literatura de análisis económico del Derecho. En todo caso, los argumentos del análisis económico del Derecho acerca de las reglas indemnizatorias, probablemente no le dan mucha importancia a como es que se caracterizan exactamente los costos de transacción.<sup>65</sup>

Incluso si las inversiones no son verificables, las partes pueden diseñar un contrato que provea de incentivos eficientes. El contrato le daría al Comprador el derecho de establecer el precio al momento del cumplimiento y realizarle una oferta al Vendedor.<sup>66</sup> El Vendedor tendría derecho a rechazar la transacción (y recibir una penalidad, asumiendo para el ejemplo que sea 0) ó aceptar la transacción y el precio ofrecido por el Comprador, en cuyo caso este último deberá aceptar la entrega a dicho precio.

Este contrato lograría una *first-best efficiency*. Para entender por qué, supongamos primero que  $v > c$ . El Comprador establecerá el precio igual a (o ligeramente más alto que) el costo del Vendedor, que, recordemos, el Comprador observa. Si el Comprador establece el precio en un monto menor al costo del Vendedor, este se rehusará a realizar un intercambio, por lo que el Comprador no ganará nada. Mas el Comprador no tiene razón alguna para establecer un precio mayor que el costo del Vendedor, lo cual únicamente reduciría su propia ganancia. Así, el Comprador establece el precio igual a  $c$ . Pero si  $v < c$ , el Comprador establecerá el precio en un nivel bajo para evitar que el Vendedor exija el intercambio, ya que el Comprador no desea recibir menos de lo que paga. Por su parte, el Vendedor solo realizará el intercambio si  $v > c$ , de manera que se cumplan las condiciones del intercambio eficiente.

Cuando el Comprador realiza su inversión, sabe que recibirá los bienes únicamente si  $v > c$ , y no si ocurre al revés. Así, el Comprador realiza su inversión pensando en obtener una ganancia solamente en un estado de cumplimiento. Ciertamente, el Comprador obtendrá el remanente total de la inversión ya que establecerá el precio en una cantidad igual a  $c$ . Entonces, el Comprador tiene el incentivo para realizar una inversión eficiente.

El truco del contrato, en este caso, es dar a la parte que tiene la decisión de inversión el remanente del intercambio. Como resultado, la parte tendrá los incentivos correctos tanto para realizar el intercambio como para invertir. Y la otra parte –el Vendedor– obviamente deberá ser compensada por sus costos esperados, y una transferencia *ex-ante* del Comprador al Vendedor logra este objetivo.

<sup>64</sup> Ver por ejemplo, SEGAL, Ilya. *Complexity and Renegotiation: A Foundation for Incomplete Contracts*. En: *Review of Economic Studies*, 1999, pp. 57, 73-75.

<sup>65</sup> La asunción de que las inversiones no son verificables no menoscabaría, por ejemplo, los argumentos de Shavell sobre las características de la eficiencia relativa de la "indemnización de las expectativas" y de la "indemnización de la confianza", ver SHAVELL, *supra* nota 11, pp. 147, pero sí menoscabaría el argumento de Coates de que la base de cálculo óptima de la indemnización por daños y perjuicios es aquella que compensaría a la víctima si la inversión eficiente le ocurría; ver COOPER, *supra* nota 12, pp. 14.

<sup>66</sup> Sigo la discusión en HERMALIN, Benjamin E. y KATZ, Michael L. *Judicial Modification of Contracts and Their Rescission*. En: *Journal of Law, Economics and Organizations* N.º 9, 1993, pp. 293.

Este es solo el primer paso en una literatura que ahora es bastante extensa y complicada. Los autores han discutido esos problemas como una inversión de dos lados, donde el Comprador puede incrementar su valorización y el Vendedor puede reducir su costo;<sup>67</sup> la inversión cooperativa, en la que el Comprador puede reducir el costo del Vendedor y el Vendedor puede aumentar la valorización del Comprador;<sup>68</sup> limitaciones de capital; terceros afectados;<sup>69</sup> y otros temas.

Lo más interesante acerca de estos modelos es que predicen que los contratos no incluirán descripciones de las contingencias "físicas" sino de los procedimientos de negociación que las partes deben seguir al momento del cumplimiento. Los abogados idean contratos que establecen obligaciones absolutas (el Vendedor debe entregar las mercancías el 1 de diciembre) u obligaciones sujetas a una condición, en donde las condiciones están referidas a hechos que ocurren en el mundo, tales como una huelga o cambio de precio (el Vendedor debe entregar las mercancías a menos que experimente dificultades laborales, etc.) En los modelos de contratos incompletos, los procedimientos de negociación especificados en los contratos están diseñados para obligar a las partes a divulgar, y actuar de manera eficiente, sobre la base de sus valorizaciones entendidas, el costo del Vendedor, el valor del Comprador, y así las referencias a los hechos en el mundo son innecesarias. Si el Vendedor sufre una huelga, por ejemplo, y sus costos exceden la valorización del Comprador, el Vendedor ejercerá la opción de pagar al Comprador una suma de dinero en lugar de producir y enviar las mercancías. El contrato no tiene que referirse explícitamente a las obligaciones del Vendedor en caso de huelga. Debido a que las partes pueden prever que sus valorizaciones pueden cambiar, pueden diseñar procedimientos de negociación que provoquen el comportamiento eficiente (o comportamiento no más ineficiente que el que ocurriría bajo un contrato de precio fijo más simple), no tienen que redactar innumerables contingencias en su contrato. Por esta razón, la premisa predominante del análisis económico del Derecho, que los costos de transacción hacen a los contratos incompletos y justifican la disposición de reglas supletorias por parte de las cortes, parece muy sólida.<sup>70</sup>

Sin embargo, la literatura sobre los contratos incompletos no establece una alternativa prometedora. Los contratos que los modelos predicen no existen en el mundo real. En su lugar, vemos contratos simples de precio fijo o contratos que se encuentran sujetos a condición acerca de un número relativamente reducido de contingencias del mundo real. De forma intuitiva, el problema con los contratos previstos es que son demasiado complejos para que las partes los diseñen.<sup>71</sup> Para redactar dichos contratos, las partes tendrían que imaginar su posición de negociación

<sup>67</sup> AGHION, Philippe y otros. *Renegotiation Design with Unverifiable Information*. En: *Econometrica* N° 62, 1994, pp. 257; CHUNG, Tai-Yong. *Incomplete Contracts, Specific Investments, and Risk Sharing*. En: *Review Economic Studies* N° 58, 1991, pp. 1031. Para una investigación, ver SCHMIDT, Klaus M. *Contract Renegotiation and Option Contracts*. En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law* N° 1, supra nota 5, pp. 432.

<sup>68</sup> CHE, Yoon-Koo y HAUSCH, Donald B. *Cooperative Investments and the Value of Contracting*. En: *American Economic Review* N° 89, 1999, pp. 125.

<sup>69</sup> Ver ítem numeral 3 del Capítulo III.

<sup>70</sup> Para un escepticismo, en los campos metodológicos y empíricos, ver SCHWARTZ, *Incomplete Contracts*, supra nota 24. Por ejemplo, si los costos de transacción fueran el costo de describir las obligaciones para futuras situaciones, posiblemente podríamos observar más contratos completos de los que vemos. *Ibidem*, pp. 377.

<sup>71</sup> Para una discusión, ver EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A. y ZECKHAUSER, Richard. *The design and interpretation of contracts: Why complete the contract*. En: *Northwestern University Law Review* N° 95, 2000, pp. 91, 122-128.

si ocurriese un incumplimiento, y luego trazar su camino vía inducción retroactiva hacia los términos óptimos del contrato. Las personas no son muy buenas para la inducción retroactiva. Sin embargo, los supuestos de racionalidad de la economía sostienen que pueden hacerlo perfectamente.<sup>72</sup> Este problema ha dado lugar a debate entre los economistas sobre si la teoría de los contratos puede evitar confiar en un modelo de "racionalidad limitada",<sup>73</sup> un tema que trataremos nuevamente en el Capítulo V.

## 2. Libertad de Contratación e Información Asimétrica: La Doctrina Jurisprudencial de la Penalidad

La literatura sobre contratos incompletos estuvo motivada por el deseo de explicar que la contratación, no el Derecho Contractual; es una rama de la organización industrial, no del análisis económico del Derecho. Pero los autores que escriben en esta tradición han tratado de explicar algunas doctrinas jurisprudenciales de los contratos, y sus esfuerzos merecen ser examinados por su aporte a la literatura sobre análisis económico del Derecho.

Hermalin y Katz muestran que en tanto las partes estén simétricamente informadas, las cortes no pueden aumentar el bienestar modificando, o negándose a hacer cumplir, los términos contractuales.<sup>74</sup> La lógica debería sernos familiar, al ser ciertamente idéntica a las defensas tradicionales de la libertad de contratación. Las partes tienen más información que las cortes acerca de sus preferencias, e incluso si las cortes pueden obtener información superior *ex-post* al momento del cumplimiento o disputa, las partes anticiparán este comportamiento y diseñarán sus contratos conforme a ello. Las partes pueden, por ejemplo, dejar el precio en blanco, para que sea completado por la corte posteriormente. Pero, las partes no desearían que una corte modifique el precio, ni cualquier otro término contractual, basado en su propio juicio respecto de lo que es eficiente *ex-post*.

Si Hermalin y Katz están en lo correcto, entonces la instancia en la que el Derecho Contractual autoriza a las cortes a interferir en los términos del contrato no puede explicarse; la doctrina jurisprudencial de la penalidad es tan solo un ejemplo, como ya hemos visto, y, ciertamente, Hermalin y Katz critican dicha doctrina jurisprudencial de la penalidad por las razones usuales.

El argumento de Hermalin y Katz está basado en el supuesto de que las partes están simétricamente informadas cuando celebran el contrato. Este supuesto no siempre es cierto, y ellos reconocen que si las partes están asimétricamente informadas, las restricciones judiciales sobre los contratos podrían incrementar el bienestar. Ciertamente, Hermalin planteó ese argumento con otro coautor tres años antes.<sup>75</sup> En el artículo posterior, sin embargo, Hermalin se retracta y descarta el argumento de la información asimétrica.

<sup>72</sup> Ver MAILLARI, George J. *Do People Play Nash Equilibrium? Lessons from Evolutionary Game Theory*. En: *Journal of Economic Literature* N° 36, 1998, pp. 1347.

<sup>73</sup> HART, Oliver, *Is "Bounded Rationality" an Important Element of a Theory of Institutions?*, *Foundations of Incomplete Contracts*. En: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* N° 146, 1990, pp. 596, 700-701; HART, Oliver y MOORE, John, *Foundations of Incomplete Contracts*. En: *Review of Economic Studies* N° 66, 1999, pp. 53, 107-108; SEGAL, *supra* nota 64, pp. 74.

<sup>74</sup> HERMALIN y KATZ, *supra* nota 66, pp. 345.

<sup>75</sup> AGHION, Philippe y HERMALIN, Benjamin, *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*. En: *Journal of Law, Economics and Organizations* N° 6, 1990, pp. 351.

En el artículo anterior, Aghion y Hermalin muestran que cuando las partes están asimétricamente informadas, "Las restricciones legales sobre los contratos privados pueden aumentar la eficiencia," y su título así lo indica.<sup>76</sup> El argumento se explica mejor mediante un ejemplo. Imaginemos que un contratista tiene información privada sobre la probabilidad de cumplir un proyecto a tiempo. Existen dos tipos de contratista: el tipo "bueno" y el tipo "malo", el primero tiene una mayor probabilidad que el segundo de cumplir a tiempo. Los compradores prefieren tratar con contratistas tipo "bueno" que con tipo "malo", y así los tipos "bueno" desean diferenciarse de los tipos "malo". La diferencia la logran ofreciendo pagar una penalidad extremadamente alta si el cumplimiento se retrasa. El tipo "malo" puede imitar esta señal o no, pero en cualquiera de los casos el equilibrio -en el que uno o ambos tipos aceptan la penalidad- puede ser inferior a un equilibrio en el que las cortes se niegan a exigir el cumplimiento de las penalidades de modo que ninguna de las partes puede aceptarlas de manera creíble.<sup>77</sup>

Si tomamos este argumento seriamente, no deberíamos aplicarlo solamente a términos de remedios. La misma lógica se aplica para la cláusula del precio o incluso para cualquier otra cláusula del contrato. Los contratos que se originan como resultado de la información asimétrica de las partes son simplemente contratos ineficientes -no es que una cláusula sea ineficiente, y el resto del contrato sea eficiente una vez que dicha cláusula haya sido separada- y las cortes deberían negarse a exigir su cumplimiento aun cuando la cláusula penal no sea activada por un incumplimiento.

Para entender por qué, imaginemos a un empleador que prefiere postulantes con educación no porque le interese su educación sino porque cree que las personas que se gradúan trabajan más duro que aquellos que no lo hacen. El empleador ofrece dos paquetes de empleo -un salario bajo para aquellos que no tienen título profesional, y un salario alto para aquellos que tienen título profesional. Debido a que la decisión de un postulante a un empleo de obtener educación tiene una extremidad -aumenta o reduce la información del empleador sobre la calidad de otros postulantes potenciales- el equilibrio resultante podría traer consigo una señalización ineficiente. Por esa razón, las cortes o el Congreso pueden querer prohibir el comportamiento discriminatorio del empleador.<sup>78</sup> El argumento de Aghion y Hermalin implica que las cortes deberían examinar todos los términos contractuales respecto de la ineficiencia, y no solo los términos referidos a la indemnización por penalidad.<sup>79</sup>

Entonces, Aghion y Hermalin no pueden distinguir el tratamiento del *Common Law* de los términos de relacionados con los remedios y los términos que no están relacionados con los remedios, tales como los términos referidos al precio. Como teoría descriptiva, es un fracaso. Como teoría normativa, tampoco tiene éxito porque

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 381.

<sup>77</sup> La conclusión depende de los parámetros del modelo. Bajo algunos parámetros, la separación de los tipos es superior a la combinación; bajo otros parámetros, ocurre lo contrario. El punto de Aghion y Hermalin es que un equilibrio ineficiente sin interferencia judicial, es posible, no seguro. Ver *ibidem*, pp. 399.

<sup>78</sup> El ejemplo del título es tomado de SPENCE, A. Michael, *Worker Signaling*, 1974, pp. 14-15.

<sup>79</sup> Estoy descontentado con la respuesta de Ayres a este argumento. AYRES, *Int. Antitrust Modern Comm'n Report* (Washington). En: *Yale Law Journal* N° 112, 2003, pp. 881, 889-890. La asimetría de información es una justificación común para regular el mercado de seguros, y la regulación siempre introduce la imposición de términos obligatorios y otras restricciones. Aghion y Hermalin por sí mismos utilizan el ejemplo de los beneficios laborales obligatorios para ilustrar su argumento. AGHION Y HERMALIN, *supra* nota 76, pp. 401-403. Utilizo el ejemplo del título solo porque es claro.

asume que las cortes cuentan con información suficiente para distinguir los equilibrios de señalización en los que la intervención judicial mejorará el bienestar, de los equilibrios en los que no lo hará. Es por esta razón que Hermalin y Katz descartan las conclusiones de Aghion y Hermalin. Quienes en el artículo anterior, como he indicado previamente, expresan su escepticismo sobre la capacidad de las cortes para mejorar los contratos de las partes, incluso cuando existe información asimétrica. Este, por supuesto, es otro fracaso descriptivo, dado que no puede explicar las restricciones judiciales sobre los términos referidos a los remedios.

### 3. Libertad de Contratación y Externalidades: La Doctrina Jurisprudencial de la Penalidad Nuevamente

Cuando dos partes van a diseñar un contrato, escogerán términos que sean óptimos para sí mismos; no tendrán en cuenta los intereses de terceros que puedan verse afectados por el contrato. Pero, dichos terceros existen. Consideremos un contrato en el que el Vendedor deba pagar al Comprador una penalidad si es que incumple el contrato. Si la penalidad se ha fijado en una cifra alta, puede interferir con el esfuerzo de un Tercero por comprar la mercancía al Vendedor, a pesar de que el Tercero podría valorizar la mercancía más que el Comprador.

Para entender por qué, imaginemos que diferentes Terceros potenciales tienen diferentes valorizaciones. Entre aquellos Terceros que valorizan la mercancía más que el Comprador, tenemos a los que la valoran un poco más y los que la valoran considerablemente más. Cuando el Vendedor y el Comprador acuerdan penalidades relativamente altas, esto evita que los Terceros con valorizaciones bajas compren las mercancías (el Vendedor no les venderá a ellos porque tiene que pagar una alta penalidad si lo hace) pero también permite al Vendedor obtener un precio bastante alto de los Terceros con valorizaciones altas, quienes deben pagar un monto por lo menos tan alto como la penalidad. En condiciones plausibles el Comprador y el Vendedor conjuntamente ganan más extrayendo el excedente de los Terceros con valorizaciones altas que lo que pierden por no venderles a los Terceros con valorizaciones bajas. Pero esto es ineficiente, y el Derecho debería eliminar ese comportamiento negándose a exigir el cumplimiento cláusulas penales altas.<sup>89</sup>

Esta ineficiencia desaparece si la renegociación es posible: *ex-post*, las tres partes renegociarán de modo que el Tercero obtendrá la mercancía, y se logrará el intercambio eficiente. Pero luego surge la ineficiencia en los incentivos de inversión de las partes. Las partes escogerán de manera ineficiente penalidades que sean altas para mejorar la posición de negociación del Vendedor respecto del Tercero. El Vendedor usará esta capacidad de negociación para extraer parte del excedente generado por la valorización alta del Tercero. Pero esto significa que el Vendedor y el Comprador conjuntamente disfrutan de una ganancia por, digamos, una inversión en la valorización del Comprador, aun en la situación en la que el Tercero, no el Comprador, adquiere la mercancía. Siendo ello así, el Comprador invertirá en exceso.<sup>90</sup>

¿Acaso estos argumentos demuestran que la doctrina jurisprudencial de la penalidad es eficiente? Lo que sí demuestran es que, bajo ciertas condiciones, la

<sup>89</sup> Ver CHUNG, Tai-Young, *On the Social Optimality of Liquidated Damage Clauses: An Economic Analysis*. En: *Journal of Law, Economics and Organization* N.º 8, 1992, pp. 289, 282-263.

<sup>90</sup> Ver SPIER, Kathryn E. y WHINSTON, Michael D. *On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract: Entry Barriers, Beliefs, and Renegotiation*. En: *RAND Journal of Economics* N.º 26, 1995, pp. 450, 462-481.

ejecución de una cláusula penal puede producir externalidades negativas. Pero los argumentos, desde esta modesta observación, no llegan a la conclusión de que la doctrina jurisprudencial de penalidad esté justificada. Ciertamente, la ofensiva es pobre. La doctrina jurisprudencial de la penalidad no incorpora ninguna de las variables identificadas en la literatura: el costo de renegociación, la distribución de valorizaciones entre los terceros potenciales, los incentivos para invertir en exceso, y demás. Asimismo, la doctrina jurisprudencial de la penalidad sustituye efectivamente la "indemnización de expectativas", empero, la literatura que hemos estado discutiendo no establece que la "indemnización de expectativas" sea óptima.<sup>82</sup> Finalmente, las partes pueden perjudicar a los Terceros en la forma que hemos examinado, incluso sin utilizar la cláusula penal, simplemente invirtiendo en exceso, lo cual genera un aumento en la "indemnización de expectativas" que el que incumple tendría que pagar.<sup>83</sup> Si las cortes se preocupan por la eficiencia y pueden detectar esta clase de comportamiento estratégico, deberían limitar la "indemnización de expectativas". Si se preocupan por la eficiencia y no pueden detectar este tipo de comportamiento estratégico, no deberían someter las cláusulas penales a una evaluación especial.

#### 4. Resumen

Nuestro viaje por la literatura sobre contratos incompletos nos ha llevado a un terreno formidable. Esta literatura está surgiendo, y no considero tener el conocimiento suficiente para criticarla.<sup>84</sup> En lugar de ello, quisiera resaltar algunos puntos sobre su relevancia para entender el Derecho Contractual.

En primer lugar, hasta ahora la literatura no ha podido obtener predicciones exitosas respecto del contenido de los contratos, ni tampoco respecto de las doctrinas jurisprudenciales como la de la penalidad.<sup>85</sup> Al igual que el análisis económico del Derecho, la literatura acerca de los contratos incompletos se funda en la ambigüedad del comportamiento contractual de las partes y la dificultad para la investigación empírica de este comportamiento. Sin tener bases empíricas para avalar algunas asunciones y rechazar otras, los modelos tienden hacia la indeterminación.

En segundo lugar, si la literatura tiene algunas implicancias normativas, estas son que las cortes siempre deberían exigir el cumplimiento de todos los términos contractuales. Sin embargo hemos visto argumentos bastante estilizados acerca de cómo la asimetría en la información y las externalidades pueden justificar una

<sup>82</sup> Ver CHUNG, *supra* nota 80, pp. 299.

<sup>83</sup> CHUNG, Tai-Young, *Cooperation Through Specific Investment in Contractual Relationships*. En: *Canadian Journal of Economics* N-31, 1998, pp. 1057.

<sup>84</sup> Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la literatura no está libre de la controversia. Maskin y Tirole argumentan que las partes pueden comprometerse a no renegociar, la falta de verificabilidad de la asunción no explica la existencia de contratos incompletos: Las partes pueden utilizar el mismo tipo de contratos independientemente de si la inversión es verificable. MASKIN y TIROLE, *supra* nota 73, pp. 84. Hart y Moore responde mostrando que si las partes no pueden comprometerse a no renegociar, la falta de verificabilidad sí imponía bajo ciertas condiciones. HART y MOORE, *supra* nota 73, pp. 116. Entonces, el debate se centra en si las partes pueden comprometerse a no renegociar, sobre lo cual ningún grupo de autores es capaz de proporcionar un argumento decisivo.

<sup>85</sup> El, para otro ejemplo, las cortes no son propensas a ordenar a las partes a enviar mensajes (por ejemplo, establecer un precio o pagar una penalidad) como lo requerirían algunos dispositivos contractuales propuestos, *id.* SICHWARTZ, *Incomplete Contracts*, *supra* nota 24, pp. 381. Sin embargo, no conocemos estos con certeza, pues esos dispositivos no son usados, y por ende no están sometidos los ordenes judiciales.



intervención judicial, estos argumentos dependen de presupuestos inaceptables acerca de la cantidad de información que se encuentra a disposición de los jueces. Así, nos quedamos con una defensa normativa estéril acerca de la libertad de contratación, la que es bastante apegada a sus premisas que sostienen que las partes saben más sobre sus intereses que las cortes.

En tercer lugar, los problemas con la literatura sugieren complicaciones metodológicas para la teoría del Derecho Contractual. Esta literatura asume como premisa, de una manera más seria que el análisis económico del Derecho, la racionalidad de las partes, lo que les permite diseñar contratos complicados. Pero la premisa de una racionalidad total no parece correcta, debido a que predice estructuras contractuales que guardan una pequeña semejanza con los contratos diseñados por las partes en la realidad. Discutiremos estos problemas con mayor profundidad en el Capítulo IV 2.

#### IV. ¿POR QUÉ LA ECONOMÍA NO PUEDE EXPLICAR EL DERECHO CONTRACTUAL?

##### 1. El Problema de la Indeterminación Metodológica

Richard Craswell ha adoptado los enfoques filosóficos del Derecho Contractual para evaluar por qué no se puede, desde este enfoque, brindar explicaciones adecuadas sobre la doctrina jurisprudencial de los contratos.<sup>46</sup> Destaca que las teorías filosóficas, en el mejor de los casos, explican por qué debería exigirse el cumplimiento de las promesas –típicamente, reestableciendo la intuición moral de que las promesas deben cumplirse, y luego asignando al gobierno el papel de hacer que las personas las cumplan–, pero en ningún momento explica los detalles de la doctrina jurisprudencial de los contratos. Una teoría que sostiene que las personas deberían cumplir sus promesas no nos dice si la “indemnización de expectativas”, la “indemnización de la confianza”, la ejecución forzada o algún otro remedio es la respuesta adecuada cuando un contrato se incumple. Ciertamente, cuando los filósofos tratan estos temas, por lo general lo hacen a través del análisis económico implícito o realizan afirmaciones sobre el papel de la costumbre u otros factores que no se relacionan con sus teorías.<sup>47</sup>

La crítica de Craswell es metodológica, no sustantiva. Sostiene que aún si las teorías filosóficas captaran algún aspecto de la verdad sobre por qué los contratos son exigidos, no tienen implicancias determinadas para los fenómenos que sus autores estudian –las doctrinas jurisprudenciales, o la mayoría de estas, del Derecho Contractual. Aunque Craswell no afirma que el análisis económico evite este problema metodológico, muchos lectores entenderán que él implícitamente hace esta afirmación. Uno no puede evitar impresionarse por el contraste entre los trabajos económicos extensos e ingeniosos sobre las reglas supletorias, y los trabajos pequeños e insulsos producidos por los filósofos.

Pero al aceptar la crítica de Craswell sobre las teorías filosóficas del Derecho Contractual, debemos preguntarnos si la economía realmente goza de alguna ventaja. A estas alturas ya se debería conocer la respuesta. Los economistas han propuesto algunos modelos de comportamiento contractual que hacen predicciones determinadas

<sup>46</sup> Ver CRASWELL, Richard, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, En: *Michigan Law Review* N° 88, 1989, pp. 439.

<sup>47</sup> Ver, por ejemplo, FRIED, Charles, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, 1981; BARNETT, Randy E., *A Contract Theory of Contract*, En: *Columbia Law Review* N° 36, 1986, pp. 269.

pero equivocadas sobre el Derecho. Estos modelos evitan la carga de indeterminación de Craswell, pero siguen estando errados. Las predicciones determinadas pero erradas gozan de un poco más de respeto intelectual que las predicciones indeterminadas, pero no nos acercan al entendimiento del Derecho Contractual.

Por otro lado, los economistas han propuesto otros modelos de comportamiento contractual que hacen predicciones que son indeterminadas. Estos modelos gozan de algunas ventajas intelectuales frente a las teorías filosóficas, ya que nos permiten hacer predicciones complejas e interesantes sobre el Derecho Contractual si manejamos información suficiente sobre las condiciones empíricas. Mas ya que no tenemos dicha información, y es –en mi opinión, aunque otros puedan discrepar– poco probable que alguna vez la tengamos, las teorías económicas complejas al final no nos acercan más que las teorías filosóficas a un entendimiento del Derecho Contractual.

Debido a esto, el estado de las cosas podría cambiar con una mayor investigación, uno no debería descartar un renacimiento del análisis económico del Derecho Contractual. Pero otra visión nos dice que la teoría y las doctrinas jurisprudenciales no guardan relación, dado que operan a diferentes niveles de generalidad. El bienestar económico puede ser capaz de proveernos de razones persuasivas acerca de la superioridad del libre mercado sobre, digamos, una economía dirigida. Un mercado libre puede funcionar solo si las partes pueden realizar intercambios, y estos casi siempre requieren de promesas obligatorias. Pero, hay muchas formas en que las promesas pueden ser obligatorias: a través de la operación de mecanismos de reputación ordinarios, a través de la creación de instituciones tales como las empresas y asociaciones de comerciantes que establezcan mecanismos de compromiso entre sus miembros, y a través del Derecho Contractual. Y existen distintas reglas en el Derecho Contractual que son igualmente buenas para habilitar que las personas realicen promesas obligatorias.<sup>45</sup> La ejecución forzada es casi lo mismo que la indemnización; la interpretación literal es casi la misma que la interpretación conforme a la voluntad del legislador. Las doctrinas jurisprudenciales individuales del Derecho Contractual, entonces, podrían ser como reglas guía: suficientes mientras que, dentro de sus límites, todos las obedezcan, y así, no son predecibles sobre la base de teorías elaboradas de interacción óptima.

## 2. El Problema de la Racionalidad

Los estudios económicos sobre el Derecho de Contratos asumen que los individuos son racionales en el sentido de la economía neoclásica. Sus preferencias obedecen a ciertos requerimientos, y su capacidad cognitiva es infinita. Pero bajo una lupa, la naturaleza del presupuesto de racionalidad hecho por estos estudios no son muy claros.

Si los individuos fueran racionales, sin límites cognitivos, y si los costos de transacción fueran cero, el papel del Derecho Contractual sería simple y aburrido. Las partes preverían todos los posibles estados del mundo en el futuro, y –en consecuencia– su contrato describiría la obligación de cada una de ellas en cada uno de estos estados futuros posibles. Por ejemplo, un contrato para la venta de mercancías describiría la obligación del Vendedor si el costo de dicha mercancía sube o baja, y haría que la obligación del Vendedor gire en torno a si invirtió de manera adecuada o no, y así por el estilo. Las cortes exigirían específicamente el cumplimiento de los

<sup>45</sup> EPSTEIN, Richard A. *Contracts Small and Contract Large: A Contract Law Through the Lens of Laissez-Faire*. En: *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. Ed. F.H. Buckley, 1999.

términos contractuales. Lo que generaría que en condiciones generales se obtenga eficiencia.

El análisis económico del Derecho de Contratos supone que los contratos no pueden ser diseñados para describir todos los posibles estados del mundo en el futuro. El argumento usual es que los costos de transacción evitan que las partes logren un contrato así de detallado y complejo. Algunos autores parecen referirse al costo de negociación y preparación de un contrato; otros autores parecen referirse a los límites cognitivos de las partes, lo cual incluye la incapacidad de prever hechos futuros y tal vez algo más.<sup>88</sup> En cualquier caso, se necesita un supuesto tal para hacer despegar el análisis económico del Derecho Contractual; si las partes celebraran contratos completos, la ley no tendría que establecer reglas supletorias tales como la "indemnización de expectativas". En lugar de ello, las partes optarían por la "indemnización de expectativas" cada vez que vieran la necesidad, es decir, cuando quieran dar al promitente la opción de cumplir o pagar una suma de dinero al promisorio.

Examinemos las dos maneras principales en las que los autores utilizan la idea de costo de transacción. El primer enfoque asume que las partes son racionales pero que celebrar un contrato implica un costo especial. Algunos autores asumen que este costo se refiere al tiempo dedicado a la negociación, o al tiempo y materiales necesarios para redactar un documento preliminar.<sup>89</sup> Otros asumen que el costo deriva de problemas de información asimétrica, y en particular de la incapacidad de una corte para verificar un subconjunto de las acciones relacionadas con el contrato en el que participan las partes.<sup>90</sup> Como hemos señalado en el capítulo III, la racionalidad de las partes minimizaría estos costos al incluir en los contratos complejos mecánicos de negociación *ex post*. Sin embargo, hay muy poca evidencia de que dichos mecanismos sean utilizados en la realidad.

Este problema es menos claro en la literatura sobre análisis económico del Derecho que en la literatura sobre los contratos incompletos, pero ello debido únicamente a que los modelos del análisis económico del Derecho limitan los tipos de contratos que las partes pueden celebrar, en lugar de modelar formalmente el costo de transacción. Por lo general los modelos permiten que las partes escojan los precios y cantidades en los contratos no condicionados, y que no escojan los contratos que estipulan procedimientos de negociación *ex post*, a pesar de que estos últimos probablemente sean superiores. Una de las defensas del enfoque metodológico del análisis económico del Derecho es que dichos contratos son demasiado complejos para ser útiles, por lo que resulta una simplificación justificada asumir que solo los contratos de precio fijo se encuentran a disposición de las partes.

Esto nos lleva al segundo enfoque de la idea de costo de transacción, el cual consiste en tratarlo como una metáfora para la "racionalidad limitada", la idea de que las partes son racionales solo hasta el punto permitido por los límites de la capacidad cognitiva.<sup>91</sup> A pesar de que los estudiosos del análisis económico del Derecho rara vez plantean su argumento en esta dirección, el supuesto se ve reflejado, como acabamos de indicar, en el dispositivo del modelo de solo permitir a las partes

<sup>88</sup> Ver, por ejemplo, COOTER y LILLEN, *supra* nota 2, pp. 100, 236, 240.

<sup>89</sup> Por ejemplo, AYRES y GERTNER, *Filling Gaps*, *supra* nota 16, pp. 93.

<sup>90</sup> Como los niveles de inversión. Ver HART y MOORE, *Incomplete Contracts*, *supra* nota 61.

<sup>91</sup> Ver, por ejemplo, WILLIAMSON, *supra* nota 61, pp. 21.

escoger contratos no condicionados.<sup>59</sup> Para entender el problema de esta estrategia, consideremos el argumento común de que las reglas supletorias deberían estar diseñadas para dar a una de las partes un incentivo para revelar información acerca de su costo o valorización. Si los "costos de transacción", entendidos como "racionalidad limitada", evitan que las partes escojan un contrato sofisticado a la luz de los hechos futuros, entonces deberían también evitar que las partes anticipen el efecto de las normas legales (las cuales serían aplicadas solamente en un futuro remoto) sobre el contrato simple que diseñen. En lugar de ello, el modelo simultáneamente asume que los individuos pueden prever hechos remotos y hacer cálculos complejos (de lo contrario, no estarían motivados por la regla supletoria para revelar información) y no pueden tener una respuesta cognitiva perfecta (de lo contrario el costo de iniciar una negociación sería cero). Los supuestos son de manera conjunta inadmisibles.<sup>60</sup>

Los economistas rechazan el argumento de la "racionalidad limitada" por dos razones. La primera de ellas es metodológica: Ellos no pueden estar de acuerdo con un standard, de formulación matemáticamente afable de "racionalidad limitada". Esta puede ser una buena razón para un economista, pero es una mala razón para los abogados. La segunda de las razones es empírica: si el presupuesto de racionalidad de la Economía es lo suficientemente cercano al razonamiento individual, o al razonamiento institucionalizado implementado por las empresas, entonces las conclusiones de los modelos económicos son lo suficientemente buenos para fines predictivos y normativos. Mi visión es que el fracaso de los contratos de incluir los mecanismos identificados por la literatura de los contratos incompletos evidencia que el presupuesto de la racionalidad no es lo suficientemente bueno. Otros podrán discrepar, indicando tanto que los costos de transacción –esto es, elevados costos de suscripción, asimetrías de información severas, etc.– explican la ausencia de estos mecanismos, o que la elaboración de mejores modelos nos guiará a conclusiones diferentes en el futuro. Esto me parece una evasiva, especialmente ante la ausencia de pruebas empíricas acerca del rol preventivo de los costos de transacción en el uso de estos mecanismos.<sup>61</sup> Pero no puede ser desmentido de primera mano. Entonces, la pregunta es si es que uno debería tener una idea optimista o pesimista acerca de las futuras investigaciones.

### 3. ¿Una Salida?

Una salida de este impase implica una mayor consideración sobre lo que las partes pueden prever en forma realista. Comparemos la teoría del incumplimiento eficiente y la teoría de *Hudley*. Si el Vendedor experimentara costos más altos de lo esperado, y deseara romper el trato, probablemente lo consultaría con un abogado. El abogado le diría que si incumple el contrato, probablemente tendrá que pagar

<sup>59</sup> No quiero decir que los autores conscientemente hayan realizado esta elección sobre los modelos como una forma de capturar la racionalidad limitada. Lo que quiero decir es que ellos usualmente no modelan las transacciones explícitamente, como por ejemplo, el costo de elaborar los documentos preliminares del contrato y, en lugar de eso, tratan los costos de transacción como una explicación (informal) de por qué ellos asumen que las partes pueden elegir solo el precio contractual y la cantidad (y algunas veces cláusulas penales). Por ejemplo, SHAVELL, *supra* nota 11. Incluso cuando las variables se utilizan para referirse a un costo de transacción o de comunicación en un modelo formal, las partes se encuentran limitadas en sus opciones de formas contractuales. AYRES y GERTNER, *Filling Gaps*, *supra* nota 16, pg. 108.

<sup>60</sup> Un punto similar ha sido realizado sobre la literatura de los contratos incompletos. Ver MASKIN y TIROLE, *supra* nota 73, pg. 84; SEGAL, *supra* nota 64, pg. 74.

<sup>61</sup> Pero, por supuesto, si no hay contratos que utilicen estos mecanismos, las técnicas de la economía son difícilmente necesarias.

una "indemnización de expectativas". Comparando el costo de cumplimiento y la "indemnización de expectativas", el Vendedor decidirá si cumplir o no. Esta decisión parece estar dentro de las capacidades cognitivas de un Vendedor ordinario.

En cambio, la teoría de *Hadley* se aplica a un proceso de toma de decisiones que ocurre mucho antes que el cumplimiento. Al momento de celebrar el contrato el Comprador, por ejemplo, debe anticipar que el Vendedor puede incumplir en lugar de cumplir; que el Vendedor deberá pagar una indemnización de daños si incumple; que estos daños dependen de las valuaciones de otros compradores así como de la revelación del Comprador de sus propias valuaciones privadas; que el Vendedor anticipará (o tal vez no) estos daños cuando decida cuánto empeño poner en el cumplimiento; que el Vendedor utilizará (o tal vez no) la información del Comprador para discriminar el precio; y así por el estilo. Este razonamiento en cadena parece exceder probablemente las capacidades cognitivas de un Comprador común y corriente, este o no asesorado por un abogado.

Una forma de salir de este impase requiere de la incorporación de limitaciones cognitivas a la teoría de la relación entre el Derecho Contractual y el comportamiento relacionado con los contratos, de manera que se pueda distinguir los incentivos que probablemente influyan en el comportamiento, y los que son demasiado remotos para influir en el comportamiento. Sin embargo, no existe ninguna teoría de amplia acogida acerca de la "racionalidad limitada". La probabilidad de que dicha teoría pueda ser desarrollada es discutida en el Capítulo VI.4.

## V. LA INFLUENCIA DE LA ECONOMÍA EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS CONTRATOS Y EL DERECHO

### 1. La Influencia de la Economía en el Estudio de los Contratos

Los defensores del análisis económico del Derecho Contractual puntualizan la importante influencia de la economía en los estudios de contratos, y ciertamente esta influencia puede documentarse de muchas maneras. El análisis económico no tuvo participación prácticamente en ningún estudio sobre contratos antes de 1970; el análisis económico tuvo un papel dominante en aproximadamente la mitad de los estudios sobre contratos publicados en las principales revistas de Derecho [*"Law Reviews"*] en la década de los noventa. Ha tenido influencia en parte del análisis en los principales tratados. Aparece en los principales libros de casos [*"Casebooks"*]. Los artículos económicos sobre contratos son citados con frecuencia en los artículos que no están referidos a la economía. Y los estudiosos de los contratos en las más importantes facultades de Derecho suelen identificarse con el enfoque del análisis económico del Derecho.

Pero esta imagen optimista no muestra la historia completa. Los artículos económicos más influyentes, a excepción de uno, fueron publicados en los setenta y comienzos de los ochenta. La excepción, el artículo de Ayres y Gertner sobre reglas supletorias, publicado en 1989, es por lo general citado para la útil distinción entre las "reglas supletorias de la mayoría" y las "reglas supletorias sancionadoras" y no para el análisis económico de esta distinción. Por otro lado, los artículos económicos acerca de contratos publicados en los últimos quince años no son citados con más frecuencia que los artículos que no son económicos.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Esta conclusión está basada en una regresión de las citas anuales de los artículos publicados desde 1980 en las principales Revistas Jurídicas [*"Law Journals"*] (California, Chicago, Columbia, Harvard, Michigan Northwestern, NYU, Pennsylvania, Stanford, Texas, UCLA, Yale), y las revistas jurídicas editadas por las facultades (*Journal*

Los libros de casos y los tratados muestran la influencia de la economía, pero es la influencia de la economía anterior a 1980. La mayoría de los libros de casos y los tratados mencionan la idea de incumplimiento eficiente, pero no la idea igualmente importante de confianza eficiente.<sup>97</sup> Los libros de casos por lo general tratan el enfoque económico como una "perspectiva" exótica, como un objeto de asombro del cual hay que maravillarse, y no como la lógica subyacente al Derecho Contractual. Para asegurarse, la mayoría de autores de estos libros de casos no son economistas, pero lo que importa es que estos autores aparentemente han concluido en que incluir un mayor contenido económico no mejorará la participación en el mercado de sus libros.<sup>98</sup>

## 2. La Influencia de la Economía en la Doctrina Jurisprudencial de los Contratos

La influencia del análisis económico en el Derecho Contractual es más difícil de discernir. Empecemos con el *Common Law*. Las opiniones judiciales ocasionalmente citan artículos económicos, y ocasionalmente utilizan conceptos económicos tales como costos de transacción y aversión al riesgo. Pero es muy difícil encontrar casos en los que los jueces conscientemente se basen en un argumento económico para justificar un resultado. Uno de esos casos es el caso *Van Wagner*,<sup>99</sup> el cual se basa fuertemente en el análisis de la ejecución forzada realizado por Anthony Kronman.<sup>100</sup> Muchas opiniones citan el artículo de Posner y Rosenfeld sobre la doctrina jurisprudencial de la "imposibilidad", pero casi siempre para proponer que los contratos implican riesgo, una idea que es anterior al análisis económico por muchas décadas. Las notas al *Restatement (Second) of Contracts* solamente contiene contadas referencias a las ideas económicas.<sup>101</sup>

Para examinar la influencia del análisis económico en la doctrina jurisprudencial de los contratos más sistemáticamente, he leído las opiniones de las cortes estatales y federales que citan un artículo sobre economía que haya aparecido en una revista de Derecho importante o una revista jurídica [*"Law Journal"*] editada por las facultades de Derecho después de 1980. Solo 36 opiniones como esa fueron emitidas;

---

*of Law and Economics, Journal of Law, Economics and Organization* y *Journal of Legal Studies*) en una variable toma equivalente a uno, si el artículo utiliza análisis económico, y si no es así cero. El promedio de citas anuales para los artículos sobre economía fue 3.8 (71 artículos); para artículo no económicos fue de 4.1 (52 artículos). Si se excluye a todas las revistas editadas por las facultades, sin embargo, entonces los artículos económicos son citados más a menudo a un nivel estadístico más frecuente; pero si se incluye el *Journal of Legal Studies* por sí solo, entonces no lo son. Existen muchas formas en las que uno podría realizar esta prueba, y por esa razón solo puedo concluir que la evidencia de citas no excluye la hipótesis de que los artículos económicos no son más influyentes que los artículos no económicos.

<sup>97</sup> Una búsqueda en *Westlaw* del tratado de *Farnsworth* produce los siguientes resultados: "efficient" = 32 resultados; "economic" = 113 resultados; "transaction Cost" = 5 resultados; "Coase" = 2 resultados. La búsqueda "economic" atrajo muchos conceptos no relacionados al análisis económico, tales como "economic waste".

<sup>98</sup> El libro de casos de Scott y Leslie es la excepción; comparado a los libros de casos sobre contratos de Barnett, Dawson y Eisenberg. Compare: SCOTT, Robert E. y LESLIE, Douglas L. *Contract Law and Theory*, Segunda Edición, 1995, con BARNETT, Randy E. *Contracts, Cases and Doctrine*, 1995, DAWSON, John P. *Contracts: Cases and Comments*, Séptima Edición, 1998, y FULLER, Lon L. y EISENBERG, Merlin Aron. *Basic Contract Law*, Sexta Edición, 1996.

<sup>99</sup> *Van Wagner Adhes. Corp. v. E. B. & M. Exter* (New York, 1986). En: *Northwestern Reporter* N° 492, Second Edition, pp. 756, 760.

<sup>100</sup> KRONMAN, supra nota 14.

<sup>101</sup> *Restatement*, supra nota 48. Búsqueda en *Westlaw* arroja los siguientes resultados: "efficient" = 3 resultados; "economic" = 30 resultados; "transaction cost" = 1; "Coase" = 0 resultados. De hecho, algunos de los resultados "economic" estaban en realidad relacionados con el análisis económico o con el concepto al "economic waste", etc.).

muy pocas de ellas discutan en lugar de citar el artículo; y ninguna de estas opiniones podría decirse que fue influenciada por el artículo.<sup>102</sup>

El análisis económico también ha tenido una pequeña influencia, hasta donde puedo afirmar, en las leyes escritas y sus reglamentos. Las leyes y reglamentos en los setenta incorporaron los avances del *Common Law* que el análisis económico criticaba, y a pesar de que el movimiento de protección al consumidor emergió en los setenta, la economía no fomentó la desregulación del mercado de productos del consumidor como lo hizo en muchos otros mercados como el transporte terrestre y aéreo.

## VI. EL FUTURO

Si los límites del análisis económico se han vuelto visibles, ¿puede tener alguna otra metodología llevarnos más allá de esos límites? Una breve investigación sobre las otras metodologías nos da sustento para preocuparnos.<sup>103</sup>

### 1. Filosofía

Los estudiosos de las leyes por mucho tiempo han buscado una explicación filosófica para el Derecho Contractual. Fuller y Perdue sostenían que el Derecho Contractual está basado en la justicia correctiva.<sup>104</sup> Fried sostenía que el Derecho Contractual se basa en la moralidad de la promesa.<sup>105</sup> Estas teorías siguen siendo de las más influyentes a pesar de sus defectos.<sup>106</sup>

Consideremos cada teoría desde una perspectiva descriptiva. Fried sostiene que el cumplimiento de los contratos debería exigirse porque los individuos tienen la obligación moral de cumplir sus promesas. La teoría de Fried tiene la virtud de la simplicidad pero no puede explicar las muchas formas en las que el Derecho Contractual se niega a exigir el cumplimiento de las promesas. Las ofertas no recíprocas, las promesas que carecen de "consideration", las promesas que violan la Ley de Fraudes [*Statute of Frauds*], las promesas que carecen de términos específicos -todas estas promesas son, en casos comunes, inexigibles. Finalmente, como ha

<sup>102</sup> Sin embargo, el libro de Richard Posner *Economic Analysis of Law*, ha sido citado en 116 casos en la base de datos contractual de LEXIS. Una muestra sugiere una mezcla del análisis significativo y las citas sin sentido. El libro de Coase y Olin ha sido citado solamente dos veces. Parece ser el caso que los jueces que razonan en términos económicos tales como Calabresi, Easterbrook y Posner hayan influenciado la doctrina jurisprudencial de los contratos, y no he tratado de medir su influencia mirando en sí otros jueces aceptan sus opiniones sobre el Derecho Contractual. William Dodge da crédito a la teoría del incumplimiento eficiente como la que generó una reacción judicial contra el otorgamiento de los daños punitivos por el incumplimiento de un contrato. Ver DODGE, William S. *The Case for Punitive Damages in Contracts*, En: *Duke Law Journal* N° 48, 1999, pp. 629, 642-644.

<sup>103</sup> Para una visión más optimista, ver HILLMAN, Robert A. *The Richness of Contract Law*, 1997.

<sup>104</sup> FULLER, Lon L. y PERDUE, William R., Jr. *The Reliance Interest in Contract Damages*, En: *Yale Law Journal* N° 46, 1936, pp. 52.

<sup>105</sup> FRIED, *supra* nota 3.

<sup>106</sup> La presente discusión se ocupa de las teorías normativas, no de las teorías "analíticas" o "interpretativas" (en el sentido en que Coase utiliza esos términos), que han evolucionado gracias a los filósofos del Derecho. Para la distinción, ver SMITH, Steven. *An Introduction to Contract Theory*, 2002 (manuscrito sin publicar). Los Filósofos y los economistas tienen metas distintas, ver KRAUS, Dale S. *Philosophy of Contract Law*. En: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Ed. Jules Coleman and Scott Shapiro, 2002, pp.687, y lo que me estoy preguntando aquí es solamente si la Filosofía puede obtener resultados ahí donde la economía no los ha obtenido.

señalado Craswell, Fried no puede explicar los términos de incumplimiento que utiliza el Derecho para completar las promesas que de lo contrario estarían mal definidas.<sup>107</sup>

Fuller y Perdue sostienen que debería exigirse el cumplimiento de los contratos para evitar que una de las partes, el promitente, se beneficie a expensas de la otra parte. La justicia correctiva exige que el promitente que incumple, satisfaga el interés del promisorio. La medida de la confianza es ideal para este fin, pero debido a que los costos de confianza son difíciles de medir y la medida de expectativas se aproxima a la medida de confianza en los mercados competitivos, la medida de expectativas es la regla adecuada. Mas como es demostrado por Craswell, la teoría de Fuller y Perdue no puede explicar por qué la base adecuada para ejercer la justicia correctiva es la posición del promisorio antes de que se realice la promesa, en contraposición a después de realizarse la promesa.<sup>108</sup> Otros -en especial Grant Gilmore y Patrick Atiyah- trataron de generalizar el análisis de Fuller y Perdue y argumentaron que el contrato está siendo absorbido por la responsabilidad extracontractual.<sup>109</sup> Pero estos esfuerzos no han llegado a ninguna parte.

Las teorías no mejoran cuando son concebidas como argumentos normativos para la reforma del Derecho Contractual. Como lo muestra Craswell, son indeterminadas en casi todos los aspectos de la doctrina jurisprudencial de los contratos.<sup>110</sup> La teoría de Fried justifica la exigibilidad de las promesas, pero no da ninguna luz sobre cuál de los muchos remedios -"indemnización de expectativas", "indemnización de la confianza", ejecución forzada, incluso la indemnización por daños nominales<sup>111</sup>- es el correcto. La teoría de Fuller y Perdue, como acabamos de mencionar, no puede solucionar el problema básico.

Nada de esto quiere decir que la filosofía no tiene nada que ofrecer al Derecho Contractual. El razonamiento filosófico, si no necesariamente el razonamiento de los filósofos, ha obtenido un logro importante: la crítica de la "teoría de la voluntad" del contrato. La teoría de la voluntad, que deriva a la doctrina jurisprudencial de los contratos desde la premisa de que un contrato es la conjunción de dos voluntades, no es solamente una teoría legal otrora popular; es también un enfoque intuitivo, de sentido común para entender el Derecho Contractual, adoptado instintivamente de generación en generación por los estudiantes de primer año de Derecho, y un objetivo para el criticismo filosófico. La crítica realizada a la teoría de la voluntad desde la doctrina jurisprudencial de la coerción -es decir, los contratos celebrados bajo coerción y los contratos celebrados "voluntariamente" implican la misma clase de coacción- es poderosa e importante, y esta crítica le debe algo al razonamiento filosófico. Pero también se debe entender que esta crítica es mucho más antigua que aquellas que han recibido crédito junto con ella: no solo Dawson, y Hale, y Holmes; también se puede encontrar en Hume y probablemente antes.<sup>112</sup> Las ideas filosóficas básicas

<sup>107</sup> CRASWELL, *supra* nota 86, pp. 521-523.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> ATIYAH, Patrick S. *Essays in Contract*, 1990; GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, Ed. Ronald K.L. Collins, 1995.

<sup>110</sup> CRASWELL, *supra* nota 86.

<sup>111</sup> El autor utiliza el término "nominal damages" por el cual se hace referencia a una indemnización mediante la cual se otorga una suma trivial cuando se ha violado un derecho, pero no existe una lesión o daño sustancial a ser compensado.

<sup>112</sup> HUME, David. *A Treatise of Human Nature*, Ed. L.A. Selby Bigge, Oxford University Press, 1978 (1740), p. 525.



sobre la naturaleza de la voluntad, del acuerdo, y del contrato, datan de siglos atrás y sus implicancias para el Derecho Contractual han sido bien entendidas.

## 2. Psicología

Muchos estudiosos han afirmado recientemente que la psicología cognitiva sostiene que la promesa explica el Derecho, incluyendo el Derecho Contractual. Esta opinión tiene un atractivo superficial.<sup>112</sup> Si, como he sostenido, los modelos del análisis económico del Derecho son socavados por el presupuesto de la racionalidad, entonces los modelos psicológicamente precisos de la cognición humana podrían llenar las brechas dejadas por la explicación económica.

Centrémonos en el ejemplo de la doctrina jurisprudencial de la penalidad, ya que es el tema de un debate reciente sobre el valor del uso de la psicología cognitiva para entender el Derecho. Ya hemos visto que la economía no puede explicar la doctrina jurisprudencial de la penalidad; ¿puede hacerlo la psicología cognitiva?

La pregunta es ¿por qué las cortes tiene una menor deferencia hacia las cláusulas penales que hacia las otras cláusulas de un contrato, incluyendo las disposiciones como cláusulas de elección de jurisdicción [*choice-of-forum clauses*], qué serán relevantes únicamente si surge una controversia? En respuesta al escepticismo de Robert Hillman sobre si la psicología cognitiva puede explicar esta práctica,<sup>113</sup> Jeffrey Rachlinski sostiene que (1) las influencias que ocasionan un optimismo excesivo justifican la evaluación de las cláusulas penales; (2) la influencia del *status quo* (a diferencia del argumento de Hillman) no justifica la deferencia debido a que el mayor esfuerzo de negociar en torno a la norma de penalidad no necesariamente elimina los efectos del optimismo excesivo; (3) y a pesar de que el rechazo a la ambigüedad justifica la deferencia por las cláusulas penales, las cortes en realidad utilizan esta visión bajo la doctrina jurisprudencial de la penalidad, dando mayor deferencia a este tipo de cláusulas cuando los daños son difíciles de calcular (y por ende ambiguos).<sup>114</sup>

Aún aceptando estos argumentos, los cuales a muchos les parecerán *ad hoc*, Rachlinski no puede explicar por qué las influencias justifican la evaluación judicial de las cláusulas penales pero no otros términos. El incumplimiento no es el único hecho de poca probabilidad que ocurre dentro de las relaciones contractuales; un contrato puede condicionar diversas obligaciones a hechos que ocurran con poca probabilidad. Pensemos en los *bond covenants* que dan a los acreedores el derecho de acelerar el repago de la deuda cuando la relación activo-pasivo del deudor cae por debajo de un umbral, los paquetes de compensación laboral que establecen pagos solo cuando las condiciones del mercado son favorables, y los contratos de venta que asignan el riesgo de destrucción de las mercancías durante la entrega. Si las partes pasan por alto los hechos de poca probabilidad, entonces cualquiera de estas disposiciones podría ser defectuosa, pero como no se trata de cláusulas penales, las cortes no las someten a escrutinio. Ciertamente, Rachlinski indica la falla explicativa

<sup>112</sup> Ver, por ejemplo, KOROBKIN, Russell B. y ULEN, Thomas S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*. En: *California Law Review* N° 88, 2000, pp. 1051.

<sup>113</sup> HILLMAN, Robert A. *The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages*. En: *Cornell Law Review* N° 85, 2000, pp. 717.

<sup>114</sup> RACHLINSKI, Jeffrey J. *The "New" Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Caution Supporters*. En: *Cornell Law Review* N° 85, 2000, pp. 729, 762.

de la psicología cognitiva cuando afirma que el campo "puede hacer que los estudiosos cuestionen la mayoría de los fundamentos del Derecho Contractual."<sup>115</sup> Rachlinski pasa de un argumento descriptivo a un argumento normativo frente a la poca coincidencia entre la psicología cognitiva y la doctrina jurisprudencial de la penalidad.

### 3. Historia

Las explicaciones históricas del Derecho Contractual alguna vez defendieron la promesa, pero el entusiasmo inicial pasó a convertirse en escepticismo. Consideremos el intento por relacionar tendencias en la doctrina jurisprudencial del Derecho Contractual para el surgimiento del Estado-bienestar.<sup>116</sup> Los estudiosos sostenían que la creciente informalidad del Derecho Contractual en el último siglo, y sobretodo el surgimiento de la "promissory estoppel", mostró el paso de las cortes de *laissez faire* al estatismo y la exigibilidad de los estándares de la comunidad. El vínculo conveniente con otras tendencias en la economía política, y específicamente el surgimiento del Estado bienestar, oscurecieron la pequeña coincidencia entre la teoría y las tendencias doctrinarias.<sup>117</sup> El surgimiento de la "promissory estoppel", por ejemplo, podría interpretarse como el reflejo de la impaciencia judicial con una formalidad – la doctrina jurisprudencial de la "consideration" – que interfirió con los contratos privados, en lugar de fomentarlos.<sup>118</sup> La doctrina jurisprudencial de los contratos puede coexistir con muchos sistemas políticos diferentes; y las tendencias amplias, tales como la disminución del formalismo, no necesariamente reflejan los cambios en la política ni en la moralidad.

Críticas similares se aplican al argumento de Simpson que sostiene que el cambio de la comodidad a la hostilidad frente a las penalidades –que se produjo en el siglo dieciocho– se debió a la "evolución social" de la tolerancia del uso privado del terror al monopolio de la fuerza por parte del Estado.<sup>119</sup> Simpson sostiene que una vez que las cortes privaron a las partes privadas del derecho de usar la fuerza, las cortes reivindicaron su antiguo compromiso con el principio de compensación prohibiendo las penalidades.

El argumento genera más preguntas que respuestas. Tanto antes como después de la "evolución social", las partes dependían de las cortes para hacer cumplir sus contratos. Antes, una parte no podía cobrar una garantía como penalidad sin obtener primero una sentencia de la corte; la otra parte tenía una serie de defensas legales: no solo el pleno cumplimiento de la promesa, sino defensas convencionales como coerción e "imposibilidad". El cambio doctrinario no reflejó un giro de la tolerancia del uso privado del terror; reflejó un giro en el grado de deferencia dada a los términos relacionados con los remedios contractuales. El argumento de Simpson plantea la afirmación de que los jueces dejaron de referirse a los términos relacionados con los remedios porque querían controlar los remedios, pero no explica por qué querían dar un trato diferenciado a los remedios establecidos contractualmente de los otros términos del contrato.

<sup>115</sup> *Ibidem*, pp. 763.

<sup>116</sup> ATIYAH, Patrick S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979; GILMORE, *supra* nota 109.

<sup>117</sup> *See* EPSTEIN, *supra* nota 88, pp. 25.

<sup>118</sup> FOSNER, Eric A. *The Decline of Formality in Contract Law*. En: *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, *supra* nota 88, pp. 61.

<sup>119</sup> SIMPSON, A.W.B. *A History of the Common Law of Contract*, 1975, pp. 124.

Aún si aceptamos el argumento de la "evolución social" –el giro de los remedios privados a los públicos– necesitamos entender por qué los jueces pensarían que el "principio de compensación" debería controlar los remedios y en consecuencia excluir a las penalidades.<sup>120</sup> Simpson observa que los jueces tenían la creencia antigua de que el Derecho debería establecer una compensación (no una compensación excesiva) por daños; pero también indica que ellos han mantenido este punto de vista durante siglos, de modo que el cambio en el siglo dieciocho no se explica. Es por ello que él advierte el cambio del uso privado de la fuerza a su uso público. Pero Simpson también observa que los jueces creían que "la función real de las instituciones contractuales es asegurarse que, en lo posible, los acuerdos se cumplan."<sup>121</sup> Él observa que los dos principios –compensación y respeto del acuerdo– están en conflicto, pero no explica por qué el primero predomina frente al segundo.

El argumento de Simpson comparte las fallas de los estudios históricos menos cuidadosos descritos anteriormente –el uso de macro tendencias para explicar micro fenómenos que son consecuentes con otras tendencias, la preferencia casual por tales tendencias a largo plazo para explicar un cambio que ocurrió en un momento particular, y la solución arbitraria de tensiones entre diferentes principios e ideas a favor de uno en lugar del otro. Los estudios históricos suelen ser orientadores, y cualquier teoría acerca del Derecho Contractual que pretenda ser buena, tendría que tener en cuenta aspectos de su evolución histórica, pero las explicaciones históricas no han podido hasta ahora resolver las interrogantes básicas sobre la doctrina jurisprudencial de los contratos moderna.

#### 4. Avances en la Economía y en la Teoría de Juegos

Afirmamos en el Capítulo IV.3 que las fallas del análisis económico del Derecho Contractual derivan, en parte, de la "racionalidad limitada" de los individuos que celebran contratos. Si las personas fueran racionales en el sentido económico, entonces sus contratos podrían predicirse. Y si el comportamiento de las personas pudiera predicirse de esta forma, podrían hacerse recomendaciones firmes sobre la doctrina jurisprudencial de los contratos. Pero debido a que los modelos fuerzan la racionalidad a sus límites, el mundo se queda corto de predicciones, y entonces la consecuencia natural es incorporar limitaciones cognitivas dentro de los modelos de comportamiento.

La literatura económica sobre "racionalidad limitada" es compleja y extensa, y no podemos hacerle justicia. Ninguno de los modelos de "racionalidad limitada" que hayan sido propuestos ha alcanzado un estatus de principio fundamental,<sup>122</sup> y en consecuencia es difícil discutir en general qué significa la "racionalidad limitada" en el Derecho Contractual. Un ejemplo ilustrará los problemas, y, creemos, justificará el escepticismo respecto de la capacidad de los futuros modelos de "racionalidad limitada" para dar luces sobre la doctrina jurisprudencial de los contratos.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> Recordese también la ambigüedad del concepto de "compensación" que presupone una base. Ver *supra* texto acompañando la nota 106. Pero asumiémos que cualquiera que sea el significado de compensación, una penalidad requiere algo más que la compensación.

<sup>121</sup> SIMPSON, *supra* nota 119, pp. 123.

<sup>122</sup> Por ejemplo, KREPS, David M. *Bayesian Rationality*, En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 7<sup>o</sup> 1, *supra* nota 5, pp. 108.

<sup>123</sup> Para otros esfuerzos, ver *ibidem* pp. 168-173.

En el juego de certamen de belleza, el experimentador solicita a cada miembro de un grupo que escriba un número entre 0 y 100 que sea, por ejemplo,  $2/3$  del número promedio (entre 0 y 100) que todos los demás escriben. La persona que escribe la respuesta correcta obtiene un premio; si se produce un empate, el premio es dividido entre las personas que obtuvieron la respuesta correcta.

La teoría del juego —es decir, la teoría del juego que asume la racionalidad “ilimitada”— prevé que todos escribirán 0 y compartirán el premio. La explicación intuitiva para esta predicción es como sigue. Imaginemos que usted es una de las personas a las que se le ha solicitado escribir el número. Puede empezar imaginándose que todos los demás escogerán un número al azar. De ser así, usted esperará una distribución uniforme de 0 a 100, con un promedio de 50. Así, usted escogerá  $2/3$  del promedio, que es aproximadamente 34. Pero entonces, puede ocurrírsele que todos pueden haber razonado igual que usted. Entonces, todos los demás habrían escrito 34. Pero si todos los demás han escrito 34, entonces usted solo puede ganar escribiendo  $2/3$  de 34, que es alrededor de 23. Todos los demás saben esto también, y escribirán 23, y usted debería escribir  $2/3$  de 23, y así sucesivamente. Continuando con este razonamiento, llegamos a 0. Si todos escogen 0, entonces usted no puede hacer más que escoger 0 también; y entonces compartirá el premio, mientras que si escoge un número mayor, no recibirá nada.

La explicación puede ser realizada de manera más formal. Si todos escogen 0, todos obtienen una parte del premio. Si una persona decide escoger un número que no sea 0, esa persona ya no recibirá una parte del premio, y en consecuencia recibirá una menor recompensa. Nadie puede hacer algo mejor que escoger 0 dado que todos los demás escogen 0. El resultado 0 es lo que los teóricos del juego llaman un equilibrio de Nash: es un resultado del cual nadie tiene un incentivo para desviarse, dada la opción de todos los demás, porque nadie puede aumentar su recompensa por desviación.<sup>124</sup> Por el contrario, si una persona sabe que todos los demás escogerán un número en particular  $n > 0$ , entonces esa persona puede mejorar su opción escogiendo un número diferente a  $n$ , es decir  $2/3$  de  $n$ . En consecuencia, cualquier  $n > 0$  no puede ser un equilibrio de Nash.

El equilibrio de Nash aporta poco a la predicción del comportamiento en las rondas iniciales del juego. Cuando las personas juegan al certamen de belleza, por lo general se produce una distribución de la siguiente manera. Para un grupo lo suficientemente grande, todos o la mayoría de los números serán escogidos con picos alrededor de 34, 23 y tal vez 14, y luego 0.<sup>125</sup> Una explicación natural de este patrón es que algunas personas escogen los números al azar, o entienden mal el juego; otros pueden pensar uno, dos, o tres pasos más adelante, o incluso más, pero nunca ocurre que todos descubren, y juegan, el equilibrio de Nash en las rondas iniciales.

Aparte de la falta de confirmación empírica, los experimentos plantean un acertijo. Supongamos que imaginemos a una persona perfectamente racional, X. ¿Qué predecirías que X hará? En el equilibrio de Nash X escoge 0, pero si X es lo suficientemente inteligente (¿racional?), X se dará cuenta de que no todos los demás

<sup>124</sup> BAIRD, Douglas G. y otros, *Game Theory and the Law*, 1994, pp. 19-23.

<sup>125</sup> Ver HO, Teck-Hui y otros, *Irrated Dominance and Irrated Best Response in Experimental “p-Beauty Contests”*, *American Economic Review* N° 88, 1998, pp. 947, 953-958. Su versión del juego usa un rango de números diferente al del nuestro ejemplo, que es más simple, pero el punto es el mismo.

harán la jugada Nash, en cuyo caso X debería escoger un número mayor a 0, dependiendo su magnitud en la distribución de habilidad cognitiva en la población. Entonces nuestro puramente racional X no actuará de manera puramente racional según la definición de la teoría del juego.

¿Qué hacer? Una idea recientemente investigada por Teck-Hua Ho y sus coautores, es la siguiente.<sup>179</sup> Imaginemos que una persona sigue una serie de pasos cognitivos cuando piensa sobre cómo jugar al certamen de belleza. En el paso 0, escoge al azar un número entre 0 y 100. En el paso 1, piensa que todos los demás han seguido el paso 0 y solamente el paso 0 –es decir, todos los demás han escogido un número al azar- y estratégicamente escoge sobre la base de este supuesto. (En nuestro ejemplo, escogería 34). En el paso 2, piensa que una parte de la población se ha quedado en el paso 0, y los demás han llegado al paso 1, pero ninguno (además de él) ha llegado al paso 2, y escoge conforme a ello. Este proceso continúa para un número arbitrario de pasos.

Para predecir la distribución de números escogidos en el juego de certamen de belleza, asumimos que una parte de la población se detiene en el paso 0, otro grupo se detiene en el paso 1, otro grupo se detiene en el paso 2, y así sucesivamente. Para hacer esa predicción tenemos que decidir cuántos pasos hay, y cómo la habilidad cognitiva (el número de pasos seguidos) se distribuye entre la población, pero supongamos que podemos hacer presunciones razonables acerca de estos parámetros. Ho y sus coautores muestran que si hacemos tales presunciones, podremos predecir algo cercano a la distribución real –todos o la mayoría de los números escogidos, con picos cerca al 34, 23 y en adelante, excepto que no habrá un pico en 0. (Sin embargo, si el juego se repite, las personas aprenderán de sus errores y eventualmente casi todos jugarán la estrategia del equilibrio de Nash.)

El modelo tiene algunas características atractivas: captura la importancia de la distribución de las capacidades cognitivas que presumiblemente existen en la población general, el efecto de una capacidad cognitiva limitada en las elecciones, y el rol del aprendizaje. Todos estos factores deben jugar un rol en el diseño de los contratos y por lo tanto, también en su trato judicial apropiado. Empero, el modelo no refina la intuición básica con la que empezamos, que la doctrina jurisprudencial de los contratos tendría algo que ver con el error, falta de previsión, y efectos similares de las limitaciones cognitivas.

El rol de un modelo de "racionalidad limitada" en el análisis económico normativo del Derecho Contractual también es oscuro. Si las partes no pueden prever ciertos eventos, entonces las reglas legales no afectarán sus incentivos, y las cortes podrán hacer lo que quieran cuando esos eventos ocurran. Si las partes pueden prever los eventos pero no piensan en ellos de manera plena y precisa, entonces la posibilidad de intervención judicial útil se mantiene abierta. Empero, un recuento de los costos y beneficios de esta intervención debe esperar una teoría más trabajada de la "racionalidad limitada".

##### 5. ¿Un Retorno al Doctrinalismo?

Si los enfoques interdisciplinarios del Derecho Contractual no pueden generar teorías descriptivas o normativas plausibles, ¿deberían los estudiosos del Derecho

<sup>179</sup> Ibidem.

retornar al análisis doctrinario? Para responder a esta interrogante, primero debemos aclarar qué significa el doctrinalismo.

Los estudios doctrinarios más ambiciosos intentan extraer principios de los casos. Fuller y Perdue sostenían que un "principio de confianza" ["reliance principle"] explica las indemnizaciones por daños contractuales.<sup>127</sup> Más recientemente, Eisenberg ha sostenido que un "principio de negociación" y un "principio de justicia" ["fairness principle"] explican las doctrinas jurisprudenciales de la exigibilidad contractual ["enforcement doctrines"],<sup>128</sup> y Farnsworth ha propuesto un principio de "dependencia" e "interés público", entre muchos otros.<sup>129</sup>

Como muchos han observado, los casos no generarán principios que sean más generales que los resultados del caso mismo. La admisibilidad de los principios que descubren los estudiosos siempre provienen de su apego a compromisos morales. La extracción de un principio de justicia de los casos, en lugar de un principio de justicia para los litigantes que tienen ojos marrones (de ser el caso) o de los litigantes que tienen otra característica coextensiva con los casos en los que predominan, es siempre el resultado de un apego implícito a una atractiva idea normativa —justicia para todos, en lugar de justicia para un grupo moralmente arbitrario de personas. Así, los estudios doctrinarios ambiciosos convergen en una clase de filosofía moral que es especialmente sensible a los resultados judiciales,<sup>130</sup> y son por tanto vulnerables a las críticas del análisis filosófico descrito en el Capítulo VI.1.

Entre los ejemplos de autores que escriben con esta tendencia se encuentran Fuller y Perdue, quienes sostienen que el principio de confianza surge de la justicia correctiva, y Eisenberg, quien intenta unir el principio de negociación y el principio de justicia a los asuntos de políticas y compromisos morales. Farnsworth evita filosofar o entrar en el análisis de políticas al mantener vaga su discusión. Por ejemplo, no explica cómo resuelve los conflictos entre los muchos principios que él invoca.<sup>131</sup>

Un tipo de análisis doctrinario más restringido es nada menos que el análisis legal común, en el que un juez o abogado explica por qué o por qué no un precedente dado rige un caso determinado. Este tipo de doctrinalismo es útil, y puede hacerse bien o de manera deficiente, pero el regreso a este estudio tendría que considerarse como una derrota de las aspiraciones descriptivas y normativas de la teoría legal moderna. El doctrinalismo no describe ni justifica el Derecho; es simplemente el uso de materiales legales y técnicas de razonamiento para sustentar el resultado en un caso dado, o para reconciliar o criticar casos que han tenido resultados dispares.

## VI. CONCLUSIÓN

El título de este trabajo es una pregunta, no una afirmación, por dos razones. En primer lugar, la respuesta solo se puede obtener con mayor experiencia. Al experimentar los economistas y abogados con nuevos modelos y variaciones de los

<sup>127</sup> FULLER y PERDUE, *supra* nota 104.

<sup>128</sup> EISENBERG, Melvin A., *The Bargain Principle and Its Limits*. En: *Harvard Law Review* N° 95, 1982, pg. 741.

<sup>129</sup> FARNSWORTH, E. Allan, *Changing Your Mind: The Law of Regretful Decisions*, 1998.

<sup>130</sup> Es decir, algo como el *interpretivismo* Dworkiano.

<sup>131</sup> Para una crítica al argumento de Fuller y Perdue, ver CRASWELL, Richard, *Against Fuller and Perdue*. En: *University of Chicago Law Review* N° 67, 2000, pg. 99; para una crítica al argumento de Farnsworth, ver POSNER, Eric A., *Law and Regret*. En: *Michigan Law Review* N° 98, 2000, pg. 1468.

antiguos, podrían encontrar mejores enfoques para entender los contratos y el Derecho Contractual. La respuesta también podría resultar ser una "especie de", dependiendo de si los esfuerzos por modelar la "racionalidad limitada" tienen éxito, debiendo ser considerados como una reivindicación de la economía o de la psicología.

En segundo lugar, la economía ya ha tenido bastante éxito, solo que no en lo que sus proponentes establecen como la medida del éxito. Si observamos el mejor trabajo en estudios sobre contratos hoy en día, y lo comparamos con los mejores estudios sobre contratos antes de los setenta, encontraremos muchas diferencias. Una diferencia importante es que el trabajo anterior es metodológicamente descuidado. La mayor parte de este trabajo mezclaba dos tareas separadas: excavar en la doctrina jurisprudencial y evaluarla. La evaluación por lo general estaba basada en nociones de justicia deficientemente articuladas –intuiciones que otros comentaristas así como los jueces podrían compartir o no– sin prestar atención a los efectos de la doctrina jurisprudencial en los incentivos, ni en la discusión casual. La falta de distinción entre la doctrina jurisprudencial y las políticas, por lo general, provocaba el desplazamiento del desacuerdo en cuanto a políticas hacia debates basados en normas/estándares. Por ejemplo, la voluminosa literatura sobre la doctrina jurisprudencial de la "unconscionability" en los sesenta y setenta era vaga respecto a los efectos en los incentivos de dicha doctrina –con cierta preocupación por interferir en la libertad de contratación, y cierta preocupación por la desigualdad en la capacidad de negociación– y vigorosa en lo que respecta a si un estándar ambiguo como la "unconscionability" podía ser aplicado por las cortes con la misma consistencia con la que aplicaban doctrinas jurisprudenciales similares, supuestamente con carácter de normas, como la coerción.<sup>12</sup> Nadie parecía entender que la cuestión normas/estándar presuponia una solución a la cuestión de políticas.

La literatura económica sobre la doctrina jurisprudencial de la "unconscionability" aclaró las cuestiones de políticas en juego, y desplazó ampliamente a la literatura anterior. Su principal logro fue demostrar que los argumentos de políticas anteriores estaban mal definidos, o que planteaban supuestos empíricos inadmisibles, o que eran contradictorios con los puntos de vista ampliamente aceptados o con otras áreas no controvertidas del Derecho y las políticas. Las defensas de la doctrina jurisprudencial de la "unconscionability" ahora son más abiertas y claras, aun si rechazan las premisas económicas. La literatura, en conjunto, se encuentra en un más alto nivel de sofisticación.

La Economía, por tanto, condujo a un conjunto de virtudes académicas que mejoraron la literatura. Estas virtudes incluyen la consistencia en el uso de términos, la clarificación de los intereses de la discusión, la distinción entre el análisis normativo y el análisis positivo, el aislamiento de diferentes incentivos y comportamientos. La literatura ahora se expresa en un lenguaje económico, con conceptos tales como costos de transacción, aversión al riesgo, regla supletoria, sustituyendo eficientemente a similares pero más vagas nociones de los trabajos previos. Estos son logros importantes, y es difícil imaginarse futuras investigaciones serias en Derecho Contractual que no reflejen la influencia de la economía.

Sin embargo, la economía falla en explicar el Derecho Contractual. No explica por qué la "indemnización de expectativas" es el remedio convencional, por ejemplo,

<sup>12</sup> Ver, por ejemplo, BELLINGHAUS, M.P. *In Defense of Unconscionability*. En: *Yale Law Journal* N.º 78, 1969, pp. 757.

o por qué las penalidades no siempre son exigibles. No explica la función de la doctrina jurisprudencial de la "*consideration*" ni de la "*promissory estoppel*". No explica por qué el Derecho a veces incentiva a las personas a revelar información y otras veces no lo hace.

Finalmente, la economía proporciona poca orientación normativa para reformar el Derecho Contractual. Los modelos propuestos en la literatura o se enfocan en aspectos ínfimos del comportamiento contractual o convierten a la doctrina jurisprudencial óptima en una función de variables que, siendo realistas, no pueden ser observadas, medidas o estimadas. Los modelos sí dan una orientación acerca de los factores que son de interés cuando el juzgador formula una doctrina jurisprudencial, y podrían darle a este una noción de los intercambios involucrados, pero en ausencia de información acerca de las magnitudes de estos intercambios -y la literatura no da nociones de estas magnitudes- el juzgador es dejado con poca orientación.