

Traducción de  
EDUARDO I. SUÁREZ

E C

340.02

9 835 ca. 7

14398

23

-HECE

RICHARD A. POSNER

# EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA  
MÉXICO

## § IV.8. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES

Cuando se establece un incumplimiento de contrato, se procede a determinar el remedio adecuado. Hay una variedad de posibilidades, las que más o menos, en orden creciente de severidad, pueden presentarse como sigue:

- 1) La pérdida de la confianza del beneficiario de una promesa (los costos en que incurrió el beneficiario que confió razonablemente en el cumplimiento del contrato por parte de quien hizo la promesa);
- 2) La pérdida de la expectativa (pérdida de la ganancia esperada del contrato);
- 3) Liquidación de daños (los daños realmente especificados en el contrato, como el remedio monetario de un incumplimiento);
- 4) Los daños consiguientes (efectos del incumplimiento sobre el negocio del beneficiario);
- 5) restitución (al beneficiario, de las ganancias que obtuvo del incumplimiento quien hizo la promesa);
- 6) cumplimiento específico (se ordena a quien promete que cumpla so pena de ser declarado en rebeldía por el tribunal);
- 7) un castigo monetario especificado en el contrato, u otros daños punitivos.

Al decidir cuál remedio se otorgará, es importante saber si el incumplimiento fue oportunista. Si quien hace una promesa no la cumple sólo para aprovecharse de la vulnerabilidad del beneficiario en un contexto (el contexto contractual normal) en que el cumplimiento es secuencial, no simultáneo, no tiene perdón. Un ejemplo sería aquel en que A paga a B por adelantado ciertos bienes y B, en lugar de entregarlos, usa el dinero en otro negocio. Tal conducta no tiene justificación económica y debería desalentarse. Un remedio atractivo en tal caso es el de la restitución. Quien hizo la promesa la violó para ganar dinero (no puede haber otra razón para su incumplimiento). Podemos desalentar esta clase de comportamiento volviéndolo inútil para quien promete, es decir, obligándolo a que entregue al beneficiario de la promesa todos los beneficios derivados del incumplimiento; ninguna sanción menor lo desalentará.

Sin embargo, la mayoría de los incumplimientos de contrato no son oportunistas. Muchos son involuntarios; el cumplimiento es imposible a un costo razonable. Otros son voluntarios pero (como veremos en seguida) eficientes (lo que desde un punto de vista económico es el mismo caso de un incumplimiento involuntario). Estas observaciones explican la importancia de los remedios para el derecho contractual (¿puede usted ver por qué?) y justifican la afirmación de Holmes de que el objetivo de la ley no es obligar el cumplimiento de los contratos, sino sólo requerir que cada una de las partes escoja entre el cumplimiento de acuerdo con el contrato y la compensación a la otra parte por los perjuicios resultantes del incumplimiento.<sup>35</sup> Esta afirmación es demasiado general, pero contiene una intuición económica importante. En muchos casos resulta antieconómico inducir al cumplimiento de un contrato una vez que se ha roto. Acepto comprar 100 000 piezas sobre pedido para usarlas como componentes en una máquina que fabrico. Después de haber recibido las 10 000 primeras piezas se

<sup>35</sup> Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", 10 *Harv. L. Rev.* 467, 462 (1887) ("La obligación de cumplir un contrato en el derecho común significa un pronóstico de que usted deberá pagar daños si no lo cumple... y nada más").

derrumba el mercado de mi máquina. De inmediato notifico a mi proveedor que estoy dando por terminado el contrato y admito que eso es un incumplimiento. En el momento de la notificación, el proveedor aún no ha empezado la fabricación de las 90 000 piezas restantes, pero me informa que se propone completar el pedido en los términos del contrato y cobrarle en consecuencia. Las piezas sobre pedido no tienen ningún uso práctico fuera de mi máquina y su valor de desecho es insignificante. Otorgar al proveedor un remedio que lo induzca a completar el contrato tras el incumplimiento sería un desperdicio de recursos. La ley está atenta a este peligro y, bajo la doctrina de la mitigación de daños, no otorgaría al proveedor el pago de daños por los costos en que hubiese incurrido al continuar la producción después de notificada la terminación.

Pero, ¿no es irreal el peligro si el teorema de Coase es cierto? Sólo hay dos partes y un precio para que el proveedor deje de reclamar sus derechos contractuales (de hecho, un conjunto de precios), el cual mejorará la situación de ambas partes. Sin embargo, éste es sólo otro ejemplo de monopolio bilateral; los costos de transacción serán elevados aunque sólo haya dos partes (en cierto sentido, porque sólo hay dos partes).

Supongamos ahora que es el vendedor, en lugar del comprador, quien rompe el contrato. Realmente necesito esas 100 000 piezas sobre pedido para mi máquina, pero el proveedor, luego de producir 50 000, se ve obligado suspender la producción a causa de una falla mecánica. Otros proveedores pueden venderme las piezas restantes que necesito, pero insisto en que el proveedor original complete el cumplimiento del contrato. Si la ley obliga a que se complete el contrato (cumplimiento específico), el proveedor tendrá que hacer arreglos con otros productores a fin de cumplir su contrato conmigo. Probablemente sea más costoso para él conseguir un proveedor alternativo que para mí hacerlo directamente (después de todo, yo conozco mejor mis propias necesidades); de otro modo, el proveedor lo habría hecho voluntariamente a fin de minimizar su responsabilidad por el incumplimiento. Obligar a que se cumpliera el contrato (o imponer negociaciones costosas para liberar a quien prometió) conduciría de nuevo a un desperdicio de recursos, y de nuevo la ley no obliga a que se complete el cumplimiento, sino que sólo otorga a la víctima el pago de los daños simples.

Pero, ¿cuáles son los daños contractuales simples? Comúnmente puede lograrse el objetivo de dar a quien promete un incentivo para que cumpla su promesa —a menos que el resultado sea un uso ineficiente de los recursos (la producción de piezas no deseadas en el primer ejemplo, la adquisición indirecta de un proveedor sustituto en el segundo)— otorgando al beneficiario de la promesa su ganancia esperada de la transacción. Si el proveedor en el primer ejemplo recibe su ganancia esperada de la fabricación de 10 000 piezas, no tendrá ningún incentivo para fabricar las 90 000 no deseadas. No deseamos que las fabrique si nadie las quiere. En el segundo ejemplo, si recibí mi ganancia esperada del contrato con el proveedor original, me resultará indiferente que complete su cumplimiento.

En estos ejemplos se suscitó el incumplimiento sólo para evitar una pérdida mayor, pero en algunos casos una de las partes se ve tentada a romper su contrato simplemente porque su ganancia del incumplimiento superará a su ganancia de cumplir el contrato. Si también superara a la ganancia esperada por la otra parte de completar el cumplimiento del contrato, y si los daños se limi-

taran a la pérdida de esa ganancia, habrá un incentivo para el incumplimiento. Pero debe haberlo. Supongamos que firmo un contrato para entregar 100 000 piezas sobre pedido a 10¢ por pieza para que A las use en su fábrica de calentadores. Luego de haber entregado 10 000, B viene y me explica que necesita desesperadamente 25 000 piezas sobre pedido de inmediato, porque de otro modo se verá obligado a cerrar su fábrica de pianolas a gran costo, y me ofrece 15¢ por pieza. Le vendo las piezas y en consecuencia no completo a tiempo la entrega a A, causándole una pérdida de ganancias por \$1 000. Habiendo obtenido una ganancia adicional de \$1 250 por la venta a B, estoy en mejor situación aun después de pagar su pérdida a A, y B también está en mejor situación. El incumplimiento es superior en términos de Pareto. Es cierto que si yo me hubiese negado a vender a B, éste podría haber recurrido a A y negociar que se le asignara a él una parte del contrato que A tenía conmigo. No obstante, esto habría requerido un paso adicional, con costos de transacción adicionales (y serían costos elevados porque se trataría de una negociación de monopolio bilateral). Por otra parte, se reducirían los costos del litigio.

¿No podría evitarse el peligro de disuadir en demasía los incumplimientos de contrato con castigos severos redefiniendo simplemente el concepto legal de incumplimiento de contrato, de tal modo que sólo las rupturas ineficientes contarán como incumplimientos? No. Recuérdese que una función importante de los contratos es asignar los riesgos a quienes puedan asumirlos mejor. Si el riesgo se materializa, la parte a quien se le asignó deberá pagar. No es más pertinente que esa parte no hubiese podido impedir la materialización del riesgo a un costo razonable, quizá a ningún costo, que el hecho de que una compañía de seguros no hubiese podido impedir el incendio que destruyó el edificio que aseguró. El incumplimiento de contrato corresponde a que ocurra el evento contra el que se asegura.

Consideremos el caso en que la pérdida de la expectativa, es decir, la pérdida de la ganancia esperada del contrato, supera a la pérdida de la confianza. Un fabricante acepta vender una máquina por \$100 000, para entregarla dentro de seis meses. Al día siguiente de la firma del contrato se arrepiente, advirtiendo que perderá \$5 000 al precio del contrato. La pérdida de la confianza del comprador —la suma de los costos en que ha incurrido irremediablemente debido al contrato— es cero, pero le costaría \$112 000 obtener una máquina sustituta. ¿Por qué debería permitírsele que insista en el pago de daños que le daría más (\$12 000) de lo que realmente perdió? No es ésa una ganancia gratuita? Independientemente de que lo sea o no, otorgar la pérdida de la confianza en este caso alentaría los incumplimientos ineficientes. La ganancia neta del comprador por el cumplimiento contractual es mayor (en \$7 000, la diferencia entre \$12 000 y \$5 000) que la pérdida neta (\$5 000) del vendedor, y hacemos de esa ganancia neta un costo de incumplimiento para el vendedor, dándole al comprador su ganancia en los términos del contrato si el vendedor no lo cumple, a fin de desalentar un incumplimiento ineficiente.

¿Qué diremos si la pérdida de la confianza supera a la pérdida de la expectativa? En *Groves vs. John Wunder Co.*,<sup>36</sup> el demandado, como parte de un acuerdo más amplio, había aceptado nivelar la tierra propiedad del demandante, pero

deliberadamente violó el trato. El costo de la nivelación habría sido \$60 000 y el valor de la tierra, después de la nivelación, no más de \$12 000 (la depresión de los años treinta había estallado después de la firma del contrato). El tribunal otorgó al demandante \$60 000, con el argumento de que tenía derecho a obtener el cumplimiento que había contratado y que no interesaba al demandado la medida en que su cumplimiento habría vuelto más valiosa la propiedad del demandante. El fallo es discutible. No se trataba de un caso —conocido para nosotros por la discusión de la compensación justa en el capítulo anterior— en que el valor y el precio del mercado eran diferentes. La tierra en cuestión era un terreno comercial, y si el demandante hubiese deseado el cumplimiento y no los \$60 000, habría ejercitado una acción de cumplimiento específico (rutinariamente ordenado en los casos relacionados con la tierra). El demandante no ejercitó tal acción y, lo que es más revelador, no usó el dinero obtenido del demandado para nivelar la tierra.<sup>37</sup> La medida de los daños fue incorrecta desde un punto de vista económico porque, si el demandado la hubiese conocido desde el principio, habría sido indiferente entre violar su promesa de nivelar la tierra y cumplirla, mientras que la eficiencia dictaba el incumplimiento; los \$60 000 que valían la mano de obra y los materiales que se hubieran requerido en la nivelación de la tierra habrían comprado menos que un aumento de \$12 000 en el valor.<sup>38</sup>

Es cierto que si no se le obligaba a cumplir el contrato se le habría dado al demandado una ganancia gratuita. Sin embargo, el cumplimiento del contrato daba al demandante una ganancia gratuita igual y opuesta: un colchón, que casi seguramente no había sido intención de las partes, contra el impacto de la depresión sobre los valores de las tierras. Dado que el demandante, como propietario de la tierra, más que el demandado, un contratista, habría distribuido el beneficio de cualquier aumento inesperado en el valor de la tierra, si las partes hubiesen considerado el asunto probablemente hubieran deseado que el demandante asumiera también la carga de cualquier disminución inesperada de ese valor.

La medida de la expectativa en cuanto a los daños se concentra en la ganancia que la víctima del incumplimiento esperaba del cumplimiento del contrato, mientras que la medida de la confianza se concentra en la pérdida de la víctima derivada del incumplimiento. Si la víctima "confía" renunciando a un contrato igualmente rentable, las dos medidas serán equivalentes. En caso contrario, la medida de la expectativa puede ser una aproximación mejor a la pérdida económica real de la víctima que la medida de la confianza, a la vez que produce mejores incentivos. En el equilibrio competitivo a largo plazo, los ingresos totales de los vendedores de un mercado son justamente iguales a sus costos totales; no hay "ganancia" en un sentido económico, sino un reembolso de los costos del capital, el esfuerzo empresarial y otros insumos, incluidos los esfuerzos de comercialización que llevaron al contrato. Todos estos renglones del costo se excluyen en la medida de la confianza respecto de los daños, la cual por ende tenderá a sub-

<sup>37</sup> John P. Dawson, William Burnett Harvey y Stanley D. Henderson, *Cases and Comment on Contracts* 17-18 (4a. ed., 1982).

<sup>38</sup> ¿Habría nivelado electrivamente la tierra el demandado, en cumplimiento del contrato, si hubiese sabido de antemano el monto de los daños en caso de no haberlo hecho? ¿Por qué no? ¿Se deduce de aquí que el economista debería ser indiferente a la medida de los daños en este caso?

En *Peavyhouse vs. Garland Coal Mining Co.*, 382 P.2d 109 (Okl., 1963) se dio un fallo opuesto al de *Groves*.

estimar los costos sociales del incumplimiento. Aunque el incumplimiento ocurra antes de que la víctima haya empezado a cumplir, la víctima puede haber incurrido en costos (sobre todo en costos de búsqueda previos al contrato). Y aunque es cierto que los costos que la medida de la confianza no toma en cuenta aumentan a medida que prosigue el cumplimiento, sostener por esta razón que la confianza es la única medida permisible de los daños mientras no se inicie el cumplimiento (porque hasta entonces el costo de la confianza será usualmente cero) equivale a decir que debería permitirse que las partes rescandan sus contratos mientras no empiecen a ejecutarse. Excepto en situaciones especiales, no está clara la ganancia social que derivaría de tal periodo de "enfriamiento"; la pérdida es la incertidumbre de la obligación legal y la necesidad de realizar transacciones adicionales. Además, los costos de la confianza en que se incurre durante el periodo ejecutivo son difíciles de calcular. Habiendo firmado un contrato, una parte empezará de inmediato a hacer planes para cumplir el contrato y para hacer los ajustes en el resto de su negocio que sean necesarios debido a la nueva obligación; pero los costos de esta planeación, y los costos derivados del cambio de planes cuando descubre que el contrato no se cumplirá, serán difíciles de estimar.

No debemos suponer que la medida de la expectativa es económicamente perfecta. Al otorgar a la parte que cumple una ganancia garantizada, por decirlo así, sobre lo que en el caso habitual sería una empresa más o menos riesgosa —es decir, garantizada para el caso en que la otra parte no cumpla el contrato—, la medida de la expectativa puede inducir a una confianza excesiva en la parte que cumple, así como cualquier otra forma de aseguramiento comercial tenderá a inducir al asegurado a disminuir sus esfuerzos para evitar el peligro contra el que se ha asegurado. (¿Qué puede hacer la ley acerca de esto?)

La aplicación de la medida de la expectativa también conlleva otros problemas sutiles. Compare los casos siguientes: 1) Un inquilino deja de pagar y el propietario renta de inmediato la propiedad a otro inquilino por una cantidad sólo ligeramente menor que la del inquilino incumplido. En una demanda contra el inquilino incumplido, por la renta debida en el resto del contrato del inquilino, ¿debería requerirse que el propietario deduzca la renta del inquilino sustituto? 2) Un fabricante recibe de X un pedido de 1 000 piezas, pero X se niega a aceptar la entrega y el fabricante revende las piezas a Y a un precio sólo ligeramente menor que el que X había aceptado pagar. En una demanda contra X por las ganancias perdidas en la venta, ¿debería requerirse que el fabricante deduzca las ganancias que recibió en la venta sustituta a Y?

La ley contesta sí en el primer caso y no en el segundo, y estas respuestas son correctas desde un punto de vista económico. La producción del propietario es fija a corto plazo; el propietario no puede añadir un cuarto porque una familia más desea rentar. La renta que recibe del inquilino sustituto en nuestro primer caso es así una ganancia *permitida* por el incumplimiento de contrato del primer inquilino<sup>39</sup> y su pérdida verdadera es por tanto la diferencia entre las dos rentas.<sup>40</sup> Pero un fabricante de ordinario puede variar su producción incluso a corto plazo. El incumplimiento de X no permitía que el fabricante obtuviera una

ganancia con la venta a Y; porque si X hubiera cumplido, el fabricante todavía habría podido proveer a Y de 1 000 piezas. El fabricante habría obtenido la ganancia en la venta a Y independientemente del incumplimiento, de modo que su pérdida verdadera es toda la ganancia esperada de la venta a X.

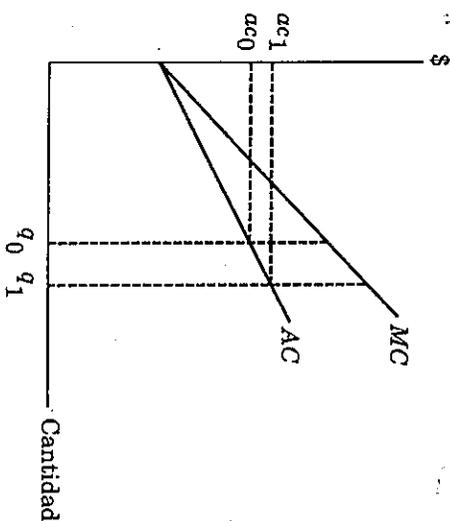
Sin embargo, esa ganancia podría ser difícil de estimar. Es la diferencia entre el precio del contrato y el costo del cumplimiento para el vendedor, pero ¿cuál es ese costo? Deben distinguirse por lo menos dos componentes: los costos fijos y los costos variables. Los costos fijos (a veces llamados "costos adelantados", engañosamente como veremos en seguida) no varían con la cantidad producida, los costos variables sí. Prácticamente todos los costos son variables a largo plazo, pero, en el caso de un contrato que debe cumplirse en un periodo relativamente breve, el largo plazo puede omitirse. Y en el corto plazo son fijos los costos tales como la renta, los seguros, los (algunos) impuestos, los sueldos de los funcionarios y el interés de deuda a largo plazo. Dado que estos costos no se ahorran si el vendedor no realiza esta venta particular, no deberían restarse del precio del contrato para determinar cuánto empeora la situación del vendedor debido al incumplimiento. Para ejemplificar, supongamos que el precio del contrato es \$11 por pieza, los costos variables del vendedor, \$6, sus costos fijos \$4. El incumplimiento costará al vendedor \$5, no \$1, porque todavía incurrirá en \$4 de los costos fijos que asignó a la venta para propósitos contables, aunque la venta se haya frustrado. La pérdida de la venta ahorra \$6 en costos, pero causa una pérdida de ingresos de \$11. Por supuesto, esta conclusión supone que si el contrato no se hubiese realizado, el vendedor habría cerrado su empresa y así habría eliminado todos sus costos (es decir, no habría tenido obligaciones residuales por concepto de impuestos, pensiones, rentas o intereses). Entonces sólo habría perdido \$1 por el incumplimiento; por la misma razón, sólo habría ganado \$1 si el contrato se hubiera cumplido por completo. En este ejemplo, los costos adelantados tales como los salarios son realmente costos variables.<sup>41</sup>

Para medir los costos variables del cumplimiento de un contrato (digamos, para producir 1 000 piezas), nos vemos tentados a dividir simplemente los costos totales de la compañía (después de restar sus costos fijos) entre su producción total para obtener un costo variable promedio y suponer que éste es el costo en que habría incurrido el vendedor para fabricar otras 1 000 piezas. Sin embargo, es probable que al vendedor le cueste más la fabricación de estas piezas adicionales. Preguntase por qué el vendedor no produce más piezas de las que realmente fabrica. La respuesta más probable es que la producción adicional llevaría al vendedor a encontrar deseconomías de escala netas, lo que elevaría sus costos unitarios. Quizá el vendedor tendría que contratar trabajadores adicionales, y en tal caso quizá tendría que pagar salarios mayores para quitárselos a otros productores. O quizá tendría que comprar materiales adicionales, y al sumar su demanda a la de otros compradores en el mercado podría elevar el precio de tales materiales. Además, podría incurrir en estos costos mayores no sólo en su producción adicional sino en su producción entera. Por ejemplo, si ofreciera salarios mayores a nuevos trabajadores para quitárselos a sus empleadores actuales,

<sup>39</sup> Deberá requerirse la mitigación de los daños para que esta regla de daños sea eficiente?

<sup>40</sup> Dependiente de esto de que todos los demás apartamentos estén ocupados? X, qué diremos del primer inquilino? Deberá devolverse? Véase la discusión de las confiscaciones en § IV.10.

<sup>41</sup> Véase Autotrol Corp. vs. Continental Water Systems Corp., 918 F.2d 689 (7o. Cir. 1990).



GRÁFICA IV.1

quizá tendría que ofrecer los mismos salarios mayores a sus trabajadores actuales (¿por qué?). Los mayores costos de la producción intramarginal de la empresa serían una consecuencia de la producción adicional establecida en el contrato, y por tanto costos asignables en un sentido económico a ese contrato porque se evitarían si el contrato se frustrara. Así pues, un contrato aparentemente lucrativo podría otorgar al vendedor sólo una ganancia modesta.

Esto se muestra en la gráfica IV.1. Se supone que el vendedor tiene sólo costos variables, de modo que  $AC$  es su curva tanto de costos variables promedio como de costos totales promedio.  $MC$  es la curva de los costos marginales del vendedor. Si, como en la gráfica IV.1, el costo marginal es creciente, el costo variable promedio también será creciente, pero más lentamente, porque el aumento de los costos totales por pasar a producciones sucesivamente mayores se está promediando en el total de la producción de la empresa. La venta perdida habría aumentado la producción de la empresa de  $q_0$  a  $q_1$ , de modo que sus costos promedio aumentarían de  $ac_0$  a  $ac_1$ . Si los daños por la venta perdida se determinan restando del precio del contrato  $(q_1 - q_0) \times ac_0$  (una cifra conocida), en lugar de  $(q_1 - q_0) \times ac_1$  (una cifra hipotética, basada en una venta que no se hizo), la empresa será excesivamente compensada por el incumplimiento. (El costo marginal y otros conceptos del costo se discuten más ampliamente en los capítulos IX y XII.) No obstante, el cambio del costo generado por un contrato nuevo tiende a ser pequeño cuando el contrato considera un aumento proporcionalmente pequeño en la producción de la empresa (en la gráfica IV.1 la proporción es grande). Para tales contratos, el costo variable promedio de la empresa antes de que el contrato se ejecute es probablemente una buena aproximación al costo real del cumplimiento del contrato.

Todo lo que se dice en esta sección acerca de las "ganancias" perdidas podría sugerir a algunos lectores que todos los vendedores son monopolistas. Una empresa competitiva fija su precio al nivel de su costo marginal; no tiene "ganancia" que perder si una de sus ventas se frustra. Lo cierto es que, fuera de unos cuantos mercados muy organizados, como los de productos agrícolas y los de instrumentos fi-

nancieros, una empresa comúnmente podrá elevar ligeramente su precio sin que sus ventas bajen a cero; esto significa que la empresa tiene cierto poder monopolístico: no afronta una curva de demanda perfectamente horizontal. Y una empresa dotada de poder monopolístico puede cobrar, y cobrará, un precio mayor que sus costos marginales, aunque sólo ligeramente si su poder es sólo ligero. Cuando un mercado contiene muchas empresas, cada una de ellas dotada de cierto poder monopolístico, se dice que hay una competencia monopolística. Sin embargo, contra lo que parece, la medida de las ganancias perdidas (expectativa) de los daños contractuales no presupone la competencia monopolística. Una empresa tiene costos distintos de los asignables a una venta particular (incluido el costo del capital accionario, que en cierto sentido es una "ganancia"); por tanto, un precio mayor que tales costos asignables no genera necesariamente una ganancia monopolística. La medida de las "ganancias perdidas", o expectativa, de los daños contractuales no se concentra en la ganancia como tal, ya no digamos en la ganancia monopolística, sino en la diferencia entre el precio del contrato y los costos directamente asignables al contrato (la pérdida de confianza); a menudo esa diferencia consistirá principalmente en costos, antes que en rentas monopolísticas.

En cambio, si el vendedor es un monopolista real, su precio de venta contendrá una ganancia monopolística, y puede argüirse que la medida de la expectativa de los daños es demasiado generosa (en un sentido económico preciso). Porque en algunos casos esa medida inducirá al comprador a cumplir el contrato en lugar de romperlo, aunque el incumplimiento pueda ser más eficiente. Esto es así porque, al decidir si cumplirá el contrato, el comprador no comparará el costo social real del incumplimiento con sus costos (incluidos los costos de oportunidad) de cumplir el contrato, sino un juicio de los daños potenciales que incluyen rentas monopolísticas junto con los costos verdaderos.<sup>42</sup>

Veamos ahora un problema sobre los daños de los compradores. A hace un contrato con B por la venta de 1 000 artículos que entregará el 11 de enero de 1996 a un precio de \$1 por artículo. El 11 de julio de 1995, A dice a B que no podrá venderle los artículos. La negativa anticipada es un incumplimiento de contrato que facilita a B para buscar en otra parte los artículos. (¿Dónde hemos visto antes la negativa anticipada?) El día del incumplimiento, el precio de los artículos es \$2. B podría acudir al mercado y "cubrirse" firmando un contrato a futuro (es decir, un contrato para entrega futura: el 11 de enero de 1996) por 1 000 artículos, y entonces sus daños serían de \$1 000, suponiendo que el precio actual y el futuro son iguales, \$2, el día en que "se cubre". Por el contrario, B espera hasta el 11 de enero y ese día compra 1 000 artículos para entrega inmediata al precio vigente entonces de \$3 por artículo, perdiendo así \$2 000. ¿Debería estar en posibilidad de soportar la pérdida mayor? La respuesta es negativa (en economía y en derecho).<sup>43</sup> Pues supongamos que el precio de mercado había bajado entre julio y enero más allá del precio del contrato, digamos a 50¢. Entonces B habría tenido una ganancia por la espera, la cual no se acreditaría a A. Al permitir

<sup>42</sup> David D. Friedman, "An Economic Analysis of Alternative Damage Rules for Breach of Contract", 32 *J. Law & Econ.* 281 (1989). (¿Dónde hemos visto un argumento similar?) Como veremos en el capítulo IX, la confrontación del comprador con alternativas falsas es una objeción económica fundamental al monopolio.

<sup>43</sup> Thomas H. Jackson, "Anticipatory Repudiation and the Temporal Element in Contract Law: An Economic Inquiry into Contract Damages in Cases of Prospective Nonperformance", 31 *Stan. L. Rev.* 69 (1978); véase, sin embargo, Alan Schwartz y Robert E. Scott, *Commercial Transactions: Principles and Policies* 323-325 (1982).

que B espere, éste puede jugar sin riesgo para sí. Por mucho que se eleve el precio de los artículos, B está protegido porque el contrato pone un tope a su gasto. En cambio, si el precio baja más allá del precio del contrato, se quedará con la diferencia. Quizá esto no fue intención de las partes. Su contrato desplazó todo el riesgo de los cambios de precios, no sólo el riesgo de un aumento del precio, de B a A al fijar el precio de los artículos para entrega futura.

Un contrato a futuro es buen ejemplo de la función de desplazamiento del riesgo de los contratos, pero un ejemplo mejor aún es el del contrato de futuros.<sup>44</sup> Un contrato de futuros tiene la misma forma general que un contrato a futuro, pero es diferente porque normalmente no se contempla la entrega (sólo 1 o 2% del total de contratos de futuros se traduce en una entrega real). Los contratos de futuros suelen usarse en relación con los productos agrícolas y los metales, cuyos precios son volátiles y por tanto crean riesgos.<sup>45</sup> Supongamos que un almacén tiene una existencia de granos que sus clientes no necesitarán durante seis meses. Si el almacén no quiere asumir el riesgo de las fluctuaciones del precio durante ese periodo, podrá vender un contrato de futuros que prometa la entrega a un precio fijo dentro de seis meses (digamos a \$3 el kilo). Cuando transcurran los seis meses, el almacén venderá el grano al precio de mercado, que es ahora sólo \$1 por kilo, digamos, y al mismo tiempo cancelará su contrato de futuros comprando un contrato idéntico para entrega inmediata a \$1. La última transacción le dará a ganar \$2 por kilo (la ganancia de su contrato de futuros), lo que compensará exactamente su pérdida por tener que vender su grano a sólo \$1 el kilo (¿cuál pérdida?). La ventaja del contrato de futuros sobre el contrato a futuro es que un vendedor no necesita, para protegerse contra una baja del precio, encontrar alguien que realmente desee comprometerse a aceptar la entrega de sus bienes en seis meses. Sólo tiene que encontrar a alguien que piense que el precio subirá. Los contratos de futuros incrementan así la especulación. Y la especulación facilita la protección, al mismo tiempo que incrementa la cantidad de la información en el mercado acerca de los precios, al despertar en los individuos (especuladores) un interés en el pronóstico correcto de los precios, aunque no estén involucrados en la producción o el consumo del bien que se interambía en el mercado. Véase § III.5.

#### § IV.9. DAÑOS CONSIGUIENTES

Una cuestión importante acerca de los daños de los compradores es saber si el comprador puede obtener lo que se llama resarcimiento por los daños consiguientes al incumplimiento del vendedor. (¿Por qué los compradores tienen probabilidades mucho mayores que los vendedores de incurrir en daños consiguientes?) La hostilidad tradicional del derecho común hacia los daños consiguientes en los casos contractuales se pone de relieve en el famoso caso de *Hadley vs. Baxendale*.<sup>46</sup> Consideremos la variante siguiente de los hechos de ese caso. Un fotógrafo

comercial compra un rollo de película a fin de tomar fotografías de los Himalayas para una revista. El costo del revelado de la película se incluye en el precio de compra. El fotógrafo incurre en grandes gastos (incluida la contratación de los servicios de un avión) para completar su tarea. Envía por correo la película al fabricante, pero se extravía en el cuarto de revelado y nunca se encuentra.

Compárense los efectos de incentivo de permitir que el fotógrafo se le compense por los daños de todas las consecuencias del incumplimiento con los de limitarlo a recuperar el precio de la película. La primera alternativa crea pocos incentivos —quizá ninguno— para evitar pérdidas similares en el futuro. El fotógrafo no tomará ninguna precaución; será indiferente completa por su fracaso. Es probable que el fabricante de la película tampoco tome precauciones adicionales, porque no puede identificar las películas cuya pérdida sería extremadamente costosa, y, a menos que haya muchas de ellas, quizá no le convenga tomar precauciones adicionales con todas las películas que revele. En cambio, la segunda alternativa debería inducir al fotógrafo a tomar precauciones que resultan a la vez baratas y eficaces: usar dos rollos de película o solicitar un maneio especial cuando envíe el rollo para su revelado.

El principio general es que, si sólo una de las partes del contrato conoce la existencia de un riesgo de pérdida, la otra parte no es responsable por la pérdida si ésta ocurre. Este principio induce a la parte que conoce la existencia del riesgo a tomar precauciones apropiadas, o bien, si cree que la otra parte podría ser el previsor o dispersor (asegurador) más eficiente de la pérdida, a revelar el riesgo a esa parte y pagarle para que lo asuma. Así se crean incentivos para asignar el riesgo en la forma más eficiente.<sup>47</sup>

A menudo este principio se enuncia en términos de la previsibilidad del riesgo. Pero esta palabra, muy utilizada en la ley, es terriblemente vaga. En nuestra historia del fotógrafo, aunque el revelador ignore las consecuencias de la pérdida o destrucción de la película, sabe que tales pérdidas pueden ocurrir. Sin embargo, el comprador se encuentra en mejor posición que el vendedor para evitar las consecuencias del incumplimiento, aunque el comprador no pueda evitar el incumplimiento mismo. La regla de *Hadley vs. Baxendale* se parece así a la regla de la ley de los daños (no aceptada universalmente) en el sentido de que no se compensará a la víctima de un accidente por los daños que podría haber evitado abrochándose el cinturón de seguridad. Si se lo abrochara, la víctima no podría evitar el accidente, de modo que no se modifica la responsabilidad del causante del accidente, pero el monto de los daños sí se modifica.<sup>48</sup> Debemos señalar que la regla de *Hadley vs. Baxendale* no se aplica cuando lo

<sup>47</sup> ¿Qué relación existe entre la regla de *Hadley vs. Baxendale* y la regla que gobierna la liberación de un contrato con base en la imposibilidad (véase antes § IV.5)?

<sup>48</sup> Compárense con *EYRA Corp. vs. Swiss Bank Corp.*, 673 F.2d 951 70. Cir. 1982), donde se aplica este principio ("Las consecuencias evitables") a la cuestión de que un banco debía ser responsable por los daños que resultan de la omisión negligente de una transmisión electrónica de fondos.

Supongamos que el vendedor sería en efecto quien más soportará el riesgo en cuestión: ¿debemos preocuparnos por el hecho de que, aun así, el comprador podría tener que revelar el riesgo al vendedor y pedirle que lo asuma, porque la información transmitida acerca de la vulnerabilidad del comprador podría inducir al vendedor a cobrar un precio mayor? Véase Louis E. Wolcher, "Price Discrimination and Inefficient Risk Allocation Under the Rule of *Hadley vs. Baxendale*," 12 *Research in Law & Econ.* 9 (1989). Este es un ejemplo de problemas estratégicos en la negociación de un contrato, un vema de interés particular para los teóricos de los juegos.

<sup>44</sup> Véase Dennis W. Carlton, "Futures Markets: Their Purpose, Their History, Their Growth, Their Successes and Failures," 4 *J. Futures Mkts.* 237 (1984); Lester G. Telser, "Why There Are Organized Future Markets," 24 *J. Law & Econ.* 1 (1983).

<sup>45</sup> Los futuros financieros tienen una importancia creciente, pero plantean problemas distintos, de la clase que discutiremos en el capítulo XV.

<sup>46</sup> 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854).

§ IV.11. EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO<sup>51</sup>

Cuando un tribunal decreta el cumplimiento específico, ordena a la parte que ha roto el contrato que lo cumpla, so pena de ser condenado por descasto al tribunal si no lo hace. Este remedio podría parecer lógico, pero en el derecho anglosajón es excepcional. Como sugiere la afirmación de Holmes citada antes, el beneficiario de la promesa debe conformarse con el pago de daños<sup>52</sup> (a menos que los daños sean difíciles de calcular porque en el mercado no hay buenos sustitutos para el cumplimiento del violador del contrato). La excepción ha superado a la regla en el caso de los contratos de ventas de inmuebles (y con razón, al parecer). Supongamos que tengo un contrato para la compra de una casa y el vendedor no lo cumple. La estimación de los daños podría ser muy difícil porque, como hemos visto (en § III.5), puedo valuar la casa más que el mercado. Si se obliga al comprador a aceptar el pago de daños en tales casos, podría generarse una sistemática subvaluación de los costos del incumplimiento, ya que un tribunal se guiará forzosamente por el precio de mercado y se mostrará escéptico ante la afirmación de un comprador de que la casa vale más para él.<sup>53</sup>

Este problema se resuelve decretando el cumplimiento específico, pero se crea otro problema económico. El hecho de que el vendedor no cumpla podría indicar que existe otra transacción que incrementa el valor más que el cumplimiento de la venta conmigo; en tal caso, desearíamos alentar el incumplimiento. Los resultados de decretar un cumplimiento específico no son catastróficos, porque el vendedor siempre podrá pagar al comprador para que renuncie al derecho del cumplimiento específico y presumiblemente lo hará si una transferencia sustituta genera un precio mayor. Sin embargo, la negociación adicional tendrá un costo. Esto es especialmente claro en un caso de imposibilidad física en que la liberación no se justifica porque quien prometió había aceptado el riesgo de la imposibilidad. Supongamos que el beneficiario de la promesa podía obtener un derecho que obligara a quien prometió completar el cumplimiento establecido en el contrato. Aunque quien prometió podría pagar al beneficiario para eliminar la orden (como una alternativa al sufrimiento de castigos, potencialmente muy severos, impuestos por la desobediencia de una orden judicial), el monto del pago no guardaría ninguna relación con los costos del incumplimiento de quien prometió para el beneficiario. En efecto, dado que una condena podría obligar a quien prometió a incurrir en costos posiblemente ilimitados (infinitos, en caso de una verdadera imposibilidad física) para cumplir con el contrato, el que prometió podría—dependiendo de los costos del desafío de una condena—tener que en-

<sup>51</sup> Hay abundante bibliografía sobre la economía del cumplimiento específico. Anthony T. Kronman, "Specific Performance", 45 *U. Chi. L. Rev.* 351 (1978); Alan Schwartz, "The Case for Specific Performance", 89 *Yale L. J.* 271 (1979); Edward Yorio, "In Defense of Money Damages for Breach of Contract", 82 *Colum. L. Rev.* 1365 (1982); Thomas S. Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", 83 *Mich. L. Rev.* 341 (1984); William Bishop, "The Choice of Remedy for Breach of Contract", 14 *J. Leg. Stud.* 299 (1985).

<sup>52</sup> Esta es una regla general de los remedios equitativos. El remedio equitativo más común es una condena, y una orden de cumplimiento específico de un contrato es simplemente un tipo de condena obligatoria (una condena que ordena a alguien hacer algo, antes que abstenerse de hacer algo). La discusión del texto se puede generalizar a la mayoría de los remedios equitativos.

<sup>53</sup> ¿Puede usted conciliar la regla que permite el cumplimiento específico en los casos de la tierra con la regla que otorga al gobierno facultades de dominio eminente?

regar al beneficiario toda su riqueza a fin de obtener la liberación de su obligación (y esto a pesar de que el incumplimiento podría haber impuesto sólo costos triviales al beneficiario). Es poco probable que el promitente deba pagar *todo* eso; lo menor de su riqueza y del costo de desafiar la condena sería simplemente el límite superior del intervalo en el que podría ocurrir la negociación entre las partes del contrato (¿cuál sería el límite inferior?). Sin embargo, esto sólo significa que la disponibilidad del remedio de la condena en este caso crea un monopolio bilateral (como lo habría hecho en el caso *Boomer* discutido antes, en § III.9), que es una fuente de altos costos de transacción. Éste no es el problema en el caso de un incumplimiento oportunista—por definición, que el violador del contrato complete el cumplimiento no es imposible o siquiera antieconómico—, pero el cumplimiento específico no es necesario en tal caso; la restitución tendrá el mismo efecto y requerirá menos supervisión del tribunal.

Esta discusión sugiere otra razón para preferir el remedio del pago de daños y el cumplimiento específico. Para el tribunal, el remedio de los daños es arreglo de un solo paso; el tribunal da su fallo y el alguacil va y vende algunos de los activos del demandado si éste se rehúsa a pagar voluntariamente. En cambio, el cumplimiento específico, como otros remedios equitativos, requiere que el tribunal mantenga el caso en sus archivos hasta que se complete el cumplimiento, de tal modo que, de ser necesario, pueda responder al argumento del demandante en el sentido de que el demandado no está cumpliendo de buena fe. Dado que los costos del sistema judicial no son cubiertos en su totalidad por las partes (como veremos en su momento), las partes del contrato exteriorizan en cierta medida los costos del cumplimiento específico.

## § IV.12. AUTOAYUDA, CONDICIONES CONTRACTUALES

Con frecuencia, el remedio más eficaz para el incumplimiento de contrato no conlleva ninguna demanda o siquiera la amenaza de una demanda. Supongamos que un consumidor compra un automóvil en abonos, lo usa, pero no completa sus pagos. La suma que debe puede ser muy pequeña para justificar los costos de un juicio, aunque los tribunales de reclamaciones pequeñas—usados más por los vendedores que por los compradores—facilitan el cobro de sumas pequeñas. En lugar de eso, el vendedor podría recuperar el automóvil, revenderlo y enviarlo recaudado de la venta al comprador menos los costos de la venta y la suma que se le adeuda. Si se permitiera que el vendedor se quedara con todo el valor de la nueva venta, esto sería una confiscación, la cual ya no se permite.

¿Habrá alguna diferencia si el vendedor revende el automóvil al menudeo o al mayorero? Parecería que, dado que los precios de menudeo son más altos que los de mayorero, el vendedor debería revender al menudeo, en aras del interés del comprador. Pero la ley no lo exige, y con razón. Suponiendo que los mercados de menudeo y de mayorero son competitivos más que monopolísticos (y lo son), el precio de menudeo y el de mayorero de un bien debe ser igual al costo de la venta del bien. El precio de menudeo será mayor sólo porque los costos de la venta al menudeo son mayores que los costos de la venta al mayorero. Para el propietario la suma neta del bien vendido debe ser la misma.

El derecho de recuperación puede enunciarse en el lenguaje de las condiciones,