

CHARLES FRIED

LA OBLIGACION CONTRACTUAL

El contrato como promesa

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Barcelona • Buenos Aires • México D.F. • Santiago de Chile

2 | EL CONTRATO COMO PROMESA

Un principio fundamental de la moral política liberal es que debemos gozar de seguridad, de modo que las personas y propiedades no estén expuestas a la explotación por otros, y para eso necesitamos tener una base segura en el mundo para expresar nuestra voluntad y expandir nuestros poderes. Mediante estos últimos podemos crear cosas buenas y viles, objetos útiles y suntuarios, elementos extraordinarios o banales, y seremos considerados, en consecuencia: santos o malvados, hábiles u ordinarios, industriosos y afortunados o degradados, amistosos y simpáticos, o fríos e inhumanos. Pero cualquiera sean nuestros logros y juicios, la moral exige que respetemos la persona y la propiedad de los demás, dejándolos libres para hacer lo que quieran con sus vidas así como nosotros podemos hacer lo mismo con las nuestras. Este es el ideal liberal, el que distingue el bien, como dominio de la aspiración y lo correcto, y que establece los términos y límites conforme a los cuales intentamos actuar. Este paradigma hace que lo que conseguimos nos pertenezca y que también las caídas sean de nuestra responsabilidad; a pesar de lo mucho o poco que elijamos compartir nuestra buena fortuna o pese a la ayuda que esperemos recibir cuando fallamos.¹

Todo debe estar a nuestra disposición, pues ¿quién puede negar a la voluntad humana el derecho a expandirse aun a los

rincones más remotos del universo? Y cuando por su belleza natural nos abstenemos de usar algún objeto externo, de todos modos lo estamos ponderando, puesto que hacemos un juicio de valor y es nuestra propia concepción del bien la que ponemos en juego. En este sentido, sólo las demás personas no están a nuestra disposición. Ellas comparten nuestra autoconciencia, nuestro poder de autodeterminación; de modo que usarlas como si fueran parte del mundo exterior es envenenar la fuente del poder moral de que gozamos. Pero los demás también *son* de algún modo parte del mundo exterior, y al negarnos el acceso a esas personas y poderes, reducimos dramáticamente el alcance de nuestra eficacia. En consecuencia, fue un descubrimiento moral crucial que los hombres libres pudieran libremente servir a los propósitos de otros: el descubrimiento de que más allá del miedo a la represalia o la esperanza de un favor recíproco, la misma moral asegura no sólo que los demás me respeten a mí y a mi propiedad, sino que sirvan activamente a mis propósitos.² Cuando mi creencia en que otra persona me asistirá activamente deriva de mi convicción de que hará lo que es correcto (no sólo lo que es prudente), entonces confío en ella, y esta confianza es una herramienta poderosa para desarrollar nuestras mutuas voluntades en el mundo. Entonces, la confianza es un instrumento tan notable que al final la buscamos por sí misma; pudiendo actuar confiados en el miedo o en el interés, o solos, preferimos hacer cosas en forma cooperativa.³

La promesa es el instrumento que da a la confianza su fuerza y la hace palpable. Mediante ella ponemos en manos de otra persona un nuevo poder para desarrollar su voluntad, aunque sólo sea moral: lo que pensaba hacer solo, ahora tiene la expectativa de efectuarlo con ayuda prometida, y darle esta nueva herramienta es precisamente el propósito de la promesa. Al prometer transformamos una elección moralmente neutra en moralmente apremiante. La moral, que debe ser permanente e independiente de nuestra voluntad particular si queremos que las bases de nuestro querer sean seguras, está moldeada para permitirnos trabajar mejor dicha voluntad particular. La moral sirve fines modestos y monótonos: celebramos convenios, com-

pramos y vendemos, activando de este modo la fuerza moral, que es la más elevada de todas las fuerzas.

¿Qué es una promesa, que es lo que tiene una promesa que con mis palabras puedo convertir en incorrecto lo que antes era moralmente indiferente? Es una comunicación, usualmente verbal; dice algo. Pero ¿cómo puede ser que al decir algo se ponga una carga moral en una elección que antes era moralmente neutra? Está claro: engañando o mintiendo.⁴ ¿No es acaso la mentira el paradigma de hacer algo incorrecto hablando? Pero esta idea no necesariamente funciona. Una promesa pone una carga moral en un acto potencial —lo incorrecto se hace después, cuando no se la mantiene— mientras que la mentira es algo erróneo que se comete en el momento de su expresión. Ambas faltas abusan de la confianza, pero de diferentes formas. Cuando hablo me comprometo con la verdad de mi declaración, pero al prometer me comprometo a *actuar* más adelante. Aunque ambas faltas son diferentes, ha existido una persistente tendencia a asimilarlas tratando a la promesa como a una particular clase de mentira: una mentira sobre las propias intenciones. Consideremos este caso:

I. Le vendo una casa, reteniendo para mí un sitio vacío adyacente. Durante las negociaciones, le aseguro que en este sitio pretendo construir una casa. ¿Qué pasa si varios años después le vendo el terreno a una persona que levanta en él una estación de gasolina? ¿Es igual si sólo la vendo un mes después? ¿Y si estoy negociando la venta del sitio para instalar la estación de gasolina al mismo tiempo que le vendo la casa?⁵

Si ya estaba negociando la venta del sitio para construir en él una estación de gasolina y al mismo tiempo afirmé que pretendía hacerme una casa, me he comportado incorrectamente. He mentido acerca de mis intenciones y esto es tan grave como hacerlo sobre el estado de las cañerías.⁶ Si por el contrario, vendo el lugar varios años después, no he obrado incorrectamente. No hay base para decir que he mentido sobre mis intenciones; sólo he cambiado de idea. Ahora bien, si he *prometido* que usaré el sitio sólo para residencia, la situación sería

diferente. Prometer va más allá de informar con verdad sobre mis actuales intenciones, puesto que puedo ser libre de cambiar de idea, pero no lo soy para quebrantar mi promesa.

Demos por descontado que engañar es incorrecto y que por ende lo es obtener beneficios o causar daño mediante la mentira (incluida aquella sobre las propias intenciones). De aquí no se sigue necesariamente que sea también errado obtener un beneficio o causar daño mediante el incumplimiento de una promesa. Que mi actuación me procure un beneficio o cause daño no prueba nada por sí mismo. Si abro un restaurante cerca de un hotel y luego prospero a costa de la clientela que le he quitado a éste, el dividendo que obtengo no me crea ninguna obligación. Sólo estoy obligado a restituir si me he beneficiado en forma *injusta*, que es precisamente lo que sucede cuando engaño —como cuando le miento sobre mis intenciones en el ejemplo I.⁷ Pero ¿dónde está la injusticia si con toda honestidad tengo el propósito de cumplir mi promesa al momento de formularla y es con posterioridad que cambio de parecer? Si creemos que en este caso también debo una indemnización, la razón no está en que haya obtenido beneficios con mi promesa: hemos visto que aún el provecho a expensas de otro no es por sí solo suficiente para requerir compensación. Si tengo un deber de restituir los beneficios obtenidos, ello debe ser en razón de la promesa. Es ésta lo que hace que el enriquecimiento a expensas tuyas sea injusto; no es la ganancia lo que la hace obligatoria. Por lo tanto, ni la afirmación de mis intenciones ni el beneficio explican por qué la promesa tiene un papel moral, si es que tiene alguno.

Un intento más corriente de reducir la fuerza de la promesa a alguna otra categoría moral apela al daño que sufre quien actúa por confianza en que se cumplirá. Esta afirmación es como un hoyo cavado en el camino y en el cual uno se cae. Lo he dañado y debo indemnizarlo. De modo que la responsabilidad extracontractual puede construir el puente que separa la afirmación de una intención y la promesa: tengo un deber sólo porque pude haber previsto (de hecho ése era mi propósito) que el otro actuaría por confianza en mi promesa y que sufriría daños si yo la rompía. Y este actuar erróneo no sólo constituye

la base para compensar el daño causado por la actuación por confianza defraudada, sino que también otorga fundamento moral a la obligación de restituir cualquier beneficio obtenido del otro con la fuerza de mi promesa.⁸ Pero aquí hay una petición de principio. Si la promesa no es más que la afirmación verdadera de mi intención, ¿por qué soy responsable del daño que pueda sufrir cuando cambio de opinión? En ningún caso esto es como el cambio del tiempo —pude haber mantenido mi intención original—, pero ¿cómo distinguir la promesa quebrada de todas las otras afirmaciones de intención (o hábito o predicción de conducta futura) que se conocen de mí y en base a las cuales se elige actuar por confianza en ellas? ¿Mi libertad de elección está limitada por las expectativas que se tienen acerca de mi persona? Si alguien arrienda un departamento vecino al mío porque toco música de cámara, ¿le debo algo más que una expresión de pesar cuando mis amigos y yo decidimos juntarnos en casa del celista? Y en general, ¿por qué mi libertad habría de estar constreñida por el daño que pudiera sufrir otra persona al frustrar las expectativas que decidió abrigar en relación a mis propias elecciones?

¿Es relevante el hecho de que cuando prometo algo no es por casualidad que el otro actúa por confianza; que lo que comunico es mi intención y que esto puede tomarse como evidencia de que sabía que el cambiar de opinión podía ponerlo en peligro? Pero entonces tengo que estar consciente que otro puede contar con que mantendré mis intenciones aun en el caso de no haberlas comunicado (*usted* podría haberme dicho que estaba actuando por confianza en mí, o pudo haberme escuchado contando mis intenciones a una tercera persona). Podría decirse que al contarle mis intenciones me hago el agente de su actuar por confianza, y que esto hace más clara mi responsabilidad: después de todo, difícilmente puedo manejar todas las formas en que se lleguen a saber mis intenciones, pero sí puedo controlar el contárselas o no. Pero persiste la petición de principio. Si prometer no es más que contar intenciones, ¿por qué no reconocemos ambos que todavía puedo cambiar de parecer? Tal vez, prometer es contar la intención y también que no se piensa cambiar de opinión. Pero ¿y si hay cambio de opinión sobre esto último?

Quizás la declaración de la intención al prometer es obligatoria porque no sólo prevemos la actuación por confianza, sino que invitamos a ella: queremos que el destinatario de la promesa actúe por confianza en el cumplimiento de la misma. Pero no basta con esto. Si invito a actuar por confianza en mi intención declarada, eso es todo lo que estoy haciendo. Ciertamente que en el ejemplo I puedo querer y tener la esperanza de que compre mi casa por lo que le he dicho, pero ¿por qué esta esperanza me obliga a algo más que a expresar mi intención honestamente? Y esa intención e invitación son totalmente compatibles con un cambio de opinión posterior. Por supuesto, en cada caso debo evaluar el daño que haré si modifico mi opinión. Si soy un médico y se actúa por confianza en mí para formar parte de una excursión en que alguien puede enfermarse, ciertamente debo evaluar el daño que se produciría si dicha actuación por confianza es defraudada. En efecto, debería evaluar tal daño aun cuando no se actuara por confianza en mí, pero fuera tan tonto como para no haber tomado las providencias para llevar un médico. Pero en ninguno de estos casos estoy obligado como si lo hubiera prometido.⁹

Una promesa demanda una actuación por confianza en las acciones futuras, no sólo en la sinceridad actual. Necesitamos aislar un elemento adicional además del beneficio, la actuación por confianza y la comunicación de la intención. Ese elemento adicional debe *comprometer*; y debe hacerlo a algo más que a ser veraz en cierta afirmación. Este elemento adicional se ha escurrido de nuestro análisis.

Se ha escurrido, creo yo, porque hay algo paradójico en la idea de que nos podamos comprometer a hacer algo que en ausencia del compromiso es moralmente neutro. La invocación del beneficio y de la actuación por confianza intentan explicar la fuerza de la promesa en términos de dos de sus efectos más usuales. Pero estos esfuerzos fracasan porque ambos efectos dependen de la premisa previa de la fuerza del compromiso. La forma de salir de esta paradoja es reconociendo la circularidad del argumento: para que la promesa tenga fuerza en un *caso particular*, debe asumirse que tiene fuerza en general. Una vez que esto se asume, los efectos que producimos inten-

cionalmente mediante una promesa en particular pueden sernos moralmente atribuidos. Este reconocimiento no es tan paradójico como su formulación abstracta lo hace parecer. Después de todo, está detrás de toda estructura convencional: los juegos,¹⁰ las instituciones y las prácticas, y lo más importante, el lenguaje.

Dejemos por un momento de lado la cuestión de cómo llega a formarse una convención, o de cuándo y por qué estamos moralmente obligados a cumplir con sus términos, mientras miramos brevemente qué es una convención y cómo opera. Tomemos el clásico ejemplo de un juego.

Lo que hacen los jugadores está definido por un sistema de reglas —que algunas veces es bastante vago e informal, otras elaborado y codificado—. Estas reglas sólo se aplican a los jugadores, esto es, a las personas que las invocan. Son invención humana y sus consecuencias (enrocar, anotar, ganar, perder) sólo pueden comprenderse mediante ellas. Los jugadores pueden tener muchos motivos para jugar (lucro, entretenimiento, incluso el deber con los otros jugadores que necesitan participantes). Se pueden hacer muchos juicios a los jugadores —que son hábiles, imaginativos, audaces, honestos o tramposos— pero también todos estos juicios sólo pueden comprenderse en el contexto del juego. Por ejemplo, únicamente se puede hacer trampa violando reglas que debieran seguirse.

Esta invocación casi canónica al ejemplo del juego ha sido muchas veces malinterpretada, como si sólo se aplicara a materias poco serias, de modo que trivializa los objetos solemnes (como el derecho y las promesas) que pretende explicar. Pero esto es un error que confunde los intereses involucrados, las razones para crear e invocar una convención en particular, con la estructura lógica de las convenciones en general. Los juegos son (usualmente) jugados por entretenimiento, pero otras convenciones —por ejemplo los rituales religiosos y los procedimientos legales— pueden tener fines más serios, mientras que otros acuerdos son muy generales. A esta última categoría pertenece el lenguaje. La naturaleza convencional del lenguaje es demasiado obvia como para necesitar ser elaborada. Sin embargo vale la pena destacar que todas las cosas que pode-

mos hacer con el lenguaje —informar, describir, prometer, insultar, engañar, mentir— dependen en gran medida de su estructura convencional. No sería posible mentir si no se pudiera comprender la mentira dicha y si no existiera una convención general de usar el lenguaje con verdad. Esto es cierto independientemente de si la institución del lenguaje ha mejorado la situación de la humanidad y de si mentir es incorrecto siempre, nunca o a veces.

El prometer también es una convención muy general —aunque por supuesto menos que el lenguaje, puesto que el prometer es precisamente un uso de éste.¹¹ El acto de prometer (como el del lenguaje) tiene un propósito muy general bajo el cual podemos derivar una infinidad de propósitos particulares. Para ser lo más libre posible, de modo que mi voluntad tenga el mayor rango de acción compatible con igual voluntad de los demás, es necesario que exista una manera en la que pueda comprometerme. Es esencial que pueda convertir en no opcional un curso de acción que en caso contrario lo habría sido. De esta forma puedo hacer más fácil los proyectos de los demás, puesto que puedo hacer posible el contar con mi conducta futura, y entonces dichas personas pueden perseguir proyectos más intrincados, más difíciles de alcanzar. Si está en mi propósito y voluntad que otros puedan contar conmigo, es esencial que me pueda poner más fuertemente en sus manos y no sólo para que predigan mi conducta futura. De modo que la posibilidad de comprometerme me permite realizar actos de generosidad, perseguir un proyecto cuyo contenido es que *el otro* pueda perseguir *su* proyecto. Por supuesto que este motivo exclusivamente altruista no es el único valioso a favor de la posibilidad de comprometerse. Más central es la situación en que apoyamos proyectos en que la ganancia es recíproca. Esquemáticamente, la situación se ve de la siguiente manera:

Usted quiere conseguir el objetivo A y yo el objetivo B. Ninguno de los dos puede tener éxito sin la cooperación del otro. De modo que quiero poder comprometerme con usted a ayudarlo a alcanzar el objetivo A de tal suerte que usted se comprometa conmigo a ayudarme a alcanzar el objetivo B.

Si A y B son objetos o acciones que pueden ser transferidos simultáneamente, no hay necesidad de compromiso. Le entrego A a cambio de B y ambos quedamos satisfechos. Pero muy pocas cosas funcionan de este modo. Por eso necesitamos una herramienta que nos permita comerciar en el tiempo: que me permita hacer A por usted cuando lo necesite, en la creencia confiada que usted hará B cuando yo lo necesite. Su compromiso pone su prestación futura en mis manos en el presente, tal como el mío pone en sus manos mi prestación futura. Un intercambio posterior se transforma en actual. Y para lograr esto lo único que necesitamos es un instrumento convencional al cual ambos invoquemos, que se sepa lo que estoy invocando, que se sepa que el otro sabe a lo que estoy recurriendo, y así sucesivamente.

El único misterio en esto es el que rodea el hecho que un aumento de la autonomía se produce por medio de mecanismos que la restringen. Pero en realidad esto es un pseudomisterio. Las restricciones involucradas en una promesa son tomadas precisamente para incrementar las opciones en el largo plazo, y de este modo son perfectamente consistentes con el principio de autonomía, con el respeto a la autonomía propia y a la ajena. Sin duda, al conseguir algo para mí, ahora mediante la promesa de hacer algo por el otro en el futuro, estoy hipotecando los intereses de mi ser futuro a favor de mi ser presente. ¿Cómo puedo asegurarme que mi ser futuro aprobará esto? Este es un problema difícil y profundo al que me referiré más adelante en este capítulo. Por el momento baste con decir que a menos que uno asuma la continuidad del ser y la posibilidad de mantener proyectos complejos en el tiempo, no sólo la moralidad del prometer, sino toda visión coherente de la persona se hace imposible.

* Observe que este problema no surge cuando hago un sacrificio presente por un beneficio futuro, puesto que por hipótesis actualmente estoy de acuerdo en hacer el sacrificio, y en el futuro sólo espero ganar.

LA OBLIGACION MORAL DE LA PROMESA

Una vez que he invocado la institución del prometer, ¿exactamente, por qué es incorrecto que posteriormente no la cumpla?

Hasta ahora, mi argumento no contesta esta pregunta. La institución del prometer es una manera en que me puedo obligar a mí mismo en favor de otro, de modo que éste pueda esperar una prestación futura; y de este modo, el obligarme a mí mismo es algo que puedo elegir. Pero por sí solo, no demuestra que esté moralmente forzado a cumplir mi promesa si con posterioridad se demuestra que hacerlo resultaría inconveniente o costoso. El dinero aumenta las posibilidades de acción y es útil, pero su existencia no prueba que, si quiero salirme con la mía, no deba usar dinero falso. De igual modo, la utilidad de prometer en general no da ninguna razón de por qué no debería sacar ventaja de una promesa dejando de cumplirla, en un caso particular.

Frente a la pregunta de por qué estoy obligado a cumplir una promesa en particular en una ocasión especial, difícilmente sirve de respuesta el hecho que las convenciones dejarían de funcionar en el largo plazo y de reportar beneficios si todos se sintieran libres para violarlas.

David Lewis¹² ha demostrado que una convención que cada persona tendría interés en observar siempre que todos los demás también lo hicieran, sería establecida y conservada sin ningún mecanismo especial de compromiso o ejecución forzada. Partiendo de acuerdos simples (p. e., si una conversación telefónica se interrumpe, la persona que llamó es la que debe volver a hacerlo) este autor extiende su argumento al lenguaje. Ahora bien, la promesa es diferente, puesto que usualmente el promitente tendrá un interés en no cumplirla cuando llegue el momento de la prestación (a diferencia del lenguaje, donde es de interés unánime que todos cumplan las convenciones lingüísticas, incluso para mentir). De modo que el propio interés del individuo no es suficiente para sostener la convención, y se necesita algún fundamento adicional para amarrarla. Existen dos posibilidades: las sanciones externas y la obligación moral.

David Hume intentó combinarlas señalando que la sanción externa de oprobio público o pérdida de reputación, que la sociedad aplica a quien rompe una promesa, se internaliza y deviene en instintiva, explicándose así el sentimiento de obligación moral implícito en la promesa.¹³ Aunque Hume ofrece una explicación antropológica o psicológica de cómo se siente la gente en relación con las promesas, el suyo no es un argumento *moral* satisfactorio. Supongamos que puedo dejar de cumplirla sin que llegue a ser sancionado (la persona a quien se la hice está muerta), y que pregunto si frente a un inconveniente personal aún debo mantenerla. La explicación de Hume es más bien un argumento *en contra* de la mantención de mi compromiso, puesto que da cuenta de cómo llegan a alojarse en mi psique los sentimientos de obligación, como primer paso para que me libere de tan inconvenientes prejuicios.

Las consideraciones de interés personal no pueden constituir el fundamento moral de mi obligación de guardar una promesa. Por argumentos análogos, tampoco pueden hacerlo razones de utilidad. Por muy sincera e imparcial que sea mi aplicación del mandato utilitario de considerar en cada paso la forma de incrementar el total de felicidad y utilidad en el mundo, éste siempre me permitirá romper mi promesa cuando la balanza de ventajas (que por supuesto incluye mi propio beneficio) se incline en dicha dirección. El posible daño a la institución del prometer es sólo un factor que debe ser considerado en el cálculo. Otros a considerar son: el bien alternativo que podría hacer rompiéndola; si la violación de la misma fuera descubierta y, en caso de serlo, por cuántas personas; cuál sería el efecto real que tal transgresión producirá en la confianza. No existe ninguna razón a priori para creer que los cálculos que saquen los individuos arrojarán un resultado en favor de mantener siempre la proposición, a veces, o en la mayoría de los casos.

El utilitarismo de reglas busca una salida a este acertijo. La obligación moral del individuo no está determinada por la mejor acción en un momento en particular, sino por la norma que le resulte más beneficiosa. Creo haber demostrado que esta posición es incoherente: o bien el utilitarismo de reglas exige

que éstas sean seguidas en un caso particular, incluso cuando, considerando todos los factores, el resultado no sea el mejor, de tal suerte que se abandona el aspecto interesado del utilitarismo de reglas; o bien la obligación de seguir la norma resulta tan calificada que finalmente se vuelve a un utilitarismo de actos.¹⁴ Existe, sin embargo, una versión del utilitarismo de reglas que parece tener mucho sentido. En esta caso, el utilitarista no nos dice cuáles son nuestras obligaciones morales, sino que indica a los legisladores cuáles son las mejores reglas.¹⁵ Si la legislación es nuestro objeto, no surgen las contradicciones del utilitarismo de reglas, puesto que sólo estamos dando instrucciones a personas cuyas decisiones *sólo* toman la forma de reglas. Desde esta perspectiva existe una obvia utilidad en normas que establezcan obligaciones creadas por promesas e impongan su ejecución forzosa. Pero puesto que mi preocupación aquí es la pregunta por la obligación individual, esto es, el deber moral, no puedo en este caso asumir esta perspectiva legislativa.

La obligación de mantener una promesa no se funda en argumentos de utilidad, sino en el respeto a la autonomía individual y en la confianza. Ambas también son fundamento de la institución de la promesa, pero no es igual al argumento en favor de la obligación *individual*. Esta última está sólo un paso más allá, pero ese paso debe darse.¹⁶ Un individuo está moralmente obligado a mantener su promesa porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos —morales— para que otro tenga la expectativa de que será cumplida.¹⁷ Quien reniega de ella, abusa de la confianza que libre e intencionalmente invitó a depositar. Abusar de esta confianza es como (pero sólo *como*) mentir: es aprovecharse de una institución social compartida que tiene por objeto apelar a los lazos de confianza. Tanto el mentiroso como el que rompe una promesa están *usando* a otro. Tanto cuando se dice algo como cuando se promete, se invita al otro a confiar, a hacerse vulnerable; el mentiroso y el que rompe la promesa abusan de esta confianza. De modo que la obligación de mantener una promesa es parecida a la de decir la verdad, pero más exigente que ésta. Para evitar mentir basta con creer

en la verdad de lo que se dice cuando se la está diciendo, pero una promesa obliga hacia el futuro, aun pasado el momento en que se la hizo. Sin duda que un régimen general de fe y confianza en las promesas y en la veracidad será de gran utilidad social. Pero esto sólo demuestra que un sistema de respeto mutuo permite a los hombres y mujeres conseguir lo que no podría obtenerse en una jungla de intereses personales ilimitados. Si se quiere establecer con firmeza esta ventaja, debe existir un fundamento para la confianza mutua más profundo que la utilidad social que posibilita, e independiente de ésta.

El utilitarista, considerando las ventajas de la institución, afirma la importancia de hacer cumplir los contratos. En cambio, el partidario de la moral del deber, ve en la promesa un instrumento modelado por individuos morales libres que se apoya en la premisa de la confianza mutua, y que obtiene su fuerza moral precisamente de esta premisa. Luego, la moral del deber establece una obligación general de mantener las promesas, de la que la obligación contractual es sólo un caso particular, aquel en que ciertas promesas han obtenido obligatoriedad jurídica además de moral. Pero puesto que el contrato es una promesa antes que ninguna otra cosa, debe cumplirse del mismo modo.

En resumen: existe una convención que define la práctica del prometer y sus efectos. La misma provee una modalidad en que una persona puede crear expectativas en otras. En virtud de los principios kantianos básicos de confianza y respeto, es incorrecto invocar esta convención para hacer una promesa y luego romperla.

EL VALOR DE LA PROMESA

Si hago a usted una promesa, debo actuar como prometí; y si dejo de cumplirla, es justo que sea obligado a entregar el equivalente de la prestación prometida. En teoría contractual esta proposición aparece como la avaluación de la indemnización de los perjuicios por el incumplimiento según la medida

de las expectativas.* Este criterio da a la víctima del incumplimiento ni más ni menos que lo que habría recibido en caso de cumplirse el contrato, en otras palabras, obtiene el beneficio de su convenio.¹⁸ Dos medidas alternativas para avaluar la indemnización, los gastos por confianza y la restitución, expresan diferentes nociones. La primera, que si una persona ha actuado por confianza en una promesa y ha resultado perjudicada, tal perjuicio debe ser indemnizado. La segunda, que si la persona que ha incumplido el contrato ha obtenido bienes o servicios, debe ser obligado a pagar un precio justo por ellos.¹⁹ Consideremos los tres casos siguientes:

II-A. Una tarde entro a una tienda de antigüedades y por escrito acepto comprar un baúl caro que veo ahí. El precio es tres veces el que el dueño pagó por él pocos días antes. Cuando llego a mi casa me arrepiento y no habiendo pasado más de una hora —antes que ningún otro cliente haya entrado a su tienda— llamo por teléfono e informo que ya no me interesa el baúl.

II-B. Lo mismo, salvo que en el intertanto el dueño ha encerado y lustrado el baúl y lo ha enviado a mi casa.

II-C. Igual que en el caso anterior, salvo que ahora he tenido el baúl en mi casa por seis meses, tiempo durante el cual el dueño ha tenido su tienda cerrada por remodelación.

Obligarme a pagar el baúl en II-A (o, si lo revende, a pagar cualquier ganancia que el dueño perdió, incluida la pérdida por volumen de negocios) es satisfacer su expectativa,

* En el derecho norteamericano, los perjuicios por incumplimiento de contrato pueden evaluarse conforme a tres criterios alternativos: 1) conforme a la medida de las expectativas: dejar a la persona en la misma posición que habría alcanzado de haberse cumplido el contrato (cfr. *Black's Law Dictionary*, voz *damages, expectancy damages*). 2) Conforme a la medida de los gastos por confianza: compensar a la víctima por el monto de los gastos que realizó por confianza en el cumplimiento del contrato. 3) Conforme a la medida de la restitución: se debe restituir a la víctima el monto de lo que hubiere dado en razón del contrato. Para esta aclaración nos ha servido Polinsky, *op. cit.*, nota a pie de p. 40 (N. del T.).

darle el beneficio de su convenio. Si todo lo que tengo que compensarle en II-B es su esfuerzo, estoy indemnizando su actuación por confianza; y si en II-C se me fuerza a pagar el justo precio por el tiempo que he tenido el baúl, la atención se centra en el beneficio real que he recibido.

La concepción clásica del contrato, lo que llamo contrato como promesa, se ha centrado en la conexión —que por cientos de años se ha tomado como canónica— entre derecho contractual y la indemnización de las expectativas.* Focalizar el ataque en esta conexión es estratégico. Tal como lo acabo de afirmar, y así lo reconocen los críticos, si el contrato está basado en la promesa, resulta natural que las expectativas, esto es la misma promesa, sea el criterio de medición de la compensación. Si tal conexión puede ser atacada, entonces el contrato podría fundarse en algo diferente de la promesa, fuera de la voluntad de las partes. En su reciente tratado, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Patrick Atiyah hace el nexo entre el recurso a la indemnización de las expectativas y la emergente obligatoriedad de los contratos que no han producido perjuicios ni reportado beneficios (el caso II-A es un ejemplo de esta clase de contratos). Sostiene que antes del siglo XIX una relación contractual se refería en general a una de varias relaciones particulares entre personas (como transportistas, posaderos, cirujanos o mercaderes) que en el curso de sus transacciones actuaban unas por confianza en las otras cuando se perjudicaban y cuando conferían beneficios, y que como tales eran sancionadas por la comunidad. Eran estos perjuicios y beneficios los que debían

* *Expectation damages* en el original. Es aquella indemnización que resulta "de sustraer el valor monetario actual de la posición de la víctima del incumplimiento al valor monetario proyectado de la posición en que habría estado de haberse cumplido la prestación. El fin es determinar el monto necesario para asegurar que la posición de la parte agraviada, después de la indemnización, sea la misma —en la medida que el dinero puede permitir la igualdad— que si la otra parte hubiera cumplido su obligación" (*Black's Law Dictionary*, voz *damages, expectancy damages*). La expresión inglesa no equivale completamente a la nuestra de *lucro cesante* y por eso hemos preferido traducirla literalmente (N. del T.).

ser reparados o restituidos, y una promesa explícita —si es que la había— sólo era importante para acreditar la actuación por confianza o para mostrar que los beneficios habían sido conferidos en la expectativa de un pago, no como donación. Según este autor, todo esto se invirtió cuando se pasó a considerar que la misma promesa era la base de la obligación, de modo que ya ni el beneficio ni la actuación por confianza parecieron necesarios, y la medida apropiada de la obligación pasó a ser la misma promesa, esto es, la expectativa. El principio de la promesa fue acogido como expresión del principio de libertad —dicho en términos kantianos, la voluntad obligándose a sí misma más que constreñida por las normas de la colectividad— y la condena a pagar una indemnización por las expectativas siguió como la consecuencia natural del principio de la promesa.

La insistencia en la actuación por confianza o en el beneficio se relaciona con disputas sobre la naturaleza de la promesa. Como he sostenido, la actuación por confianza en una promesa no puede explicar por sí sola su fuerza: hay actuación por confianza precisamente porque la misma es obligatoria, y no viceversa. Pero si una persona está obligada por su promesa y no por el daño que pudo sufrir la persona a quien se la hizo por haber actuado por confianza en ella, entonces a lo único que está obligado es a cumplir lo prometido. Dicho más simplemente: sólo estoy obligado a hacer aquello que prometí, o estoy obligado a colocarlo en una posición tan buena como si hubiera cumplido la promesa. Limitar mi deber a indemnizar sus gastos por confianza implica excusarme del compromiso que contraje. Si sus gastos por confianza son menores que su expectativa (en el caso II-A no hay gastos por confianza), entonces un criterio basado en la confianza me excusa de la obligación que contraje, y de este modo debilita la fuerza de la obligación que decidí asumir. Puesto que por hipótesis elegí asumir el deber en su forma más fuerte (esto es, realizar la prestación prometida), la regla de actuación por confianza evita que contraiga la obligación que elegí adquirir al momento de prometer. El más apremiante de los argumentos en contra de esta conclusión y en favor de la actuación por confianza es el sentimiento de que en ocasiones es demasiado severo y poco

generoso insistir en la medida completa de las expectativas (ésta es parte de la estocada de Atiyah cuando designa la medida de éstas como un aspecto de la rígida moralidad victoriana de la promesa). Esta severidad aparece en el hecho que el promitente sienta que la obligación asumida es demasiado gravosa.

Esta incomodidad puede ser analizada de tres maneras: 1) El promitente se lamenta de tener que pagar por lo que ha comprado (que puede ser sólo la satisfacción de prometer un regalo o la emoción de comprar un billete de lotería o una opción de compra de acciones), aunque estaría dispuesto a hacer lo mismo nuevamente. Supongo que este tipo de molestia no merece consideración de ningún tipo. En efecto, si le diéramos alguna, frustraríamos la posibilidad del promitente de realizar sus propios proyectos en el tiempo, de modo que considerado estrictamente, su alegato es contradictorio. 2) El promitente se lamenta de su promesa porque estaba equivocado sobre la naturaleza de las cargas que estaba asumiendo —el comprador en el caso II-A pensó que encontraría el dinero para pagar la antigüedad comprada, pero en realidad sus ahorros estaban agotados, o tal vez el baúl no era tan antiguo o tan valioso como había imaginado, o su casa se incendió y ya no lo necesita. Todos estas lamentaciones están basadas en presunciones erróneas sobre los hechos o de cómo estos devinieron. Como veremos en el capítulo 5, las teorías del error, la frustración y la imposibilidad, otorgan base para mitigar los efectos del principio de la promesa, sin debilitarlo.

Finalmente, el tipo más problemático de lamentaciones: 3) El promitente no cometió error alguno sobre los hechos o las probabilidades, pero llegado el momento de cumplir la promesa, ya no la valora tanto como cuando la hizo. Se lamenta de la misma porque lo hace sobre el juicio de valor que lo llevó a realizarla. Ha concluido que la compra de una antigüedad cara es una extravagancia. En un caso semejante, la compasión puede hacer que la persona a quien se hizo la promesa libere de su obligación al promitente, pero esta liberación es un acto de generosidad, no un deber, y ciertamente el arrepentimiento del promitente no destruye la fuerza de la obligación original. La

razón intuitiva para pensar esto es que tal arrepentimiento es responsabilidad del promitente y que no la puede cargar a otros. Esta parece ser una forma muy simple de evadir las obligaciones. Pero nuestra intuición no depende sólo de sospechas de insinceridad. Más bien sentimos que vincular a la gente a sus deberes es una forma de tomarlas en serio y así dar al concepto de sinceridad un contenido consecuente. Llevada esta intuición a un nivel de mayor abstracción, diría que el respeto a los demás como seres libres y racionales exige tomar en serio su capacidad para determinar sus propios valores. Invoco nuevamente la distinción entre lo correcto y el bien. Lo primero define el concepto del ser que elige su propia concepción del bien. Los demás deben respetar nuestra capacidad como personas libres y racionales para elegir nuestro propio bien, y este respeto significa permitirles tomar responsabilidades por el bien que eligen. Y por supuesto, ese ser que elige no es un ser instantáneo, sino uno que se proyecta en el tiempo, de modo que respetar sus determinaciones es respetar su permanencia en el tiempo. Si no tomamos en serio la autoimposición de una obligación, porque no lo hacemos con la concepción del bien que eligió el promitente y que lo llevó a asumir dicha obligación, asimismo no lo tomamos en serio como persona. Lo tratamos como a un niño, como hacemos cuando con toda propiedad liberamos a éstos de las consecuencias de sus opciones.²⁰

Puesto que los contratos invocan y son invocados por promesas, no es sorprendente que el derecho haya impuesto sobre las promesas que reconoce los mismos incidentes que demanda la moral. La conexión entre el contrato y el principio de las expectativas es tan evidente que hay razón para dudar que su reconocimiento sea un invento relativamente reciente. Es cierto que en los últimos dos siglos los ciudadanos de las democracias liberales han sido cada vez más libres para disponer del modo que mejor les parezca de sus talentos, su trabajo y su propiedad. La libertad para obligarse contractualmente a sí mismo por una disposición futura es un importante y sorprendente ejemplo de esta libertad (otros ejemplos son la libertad para testar o para hacer cualquier disposición presente del

propio esfuerzo y bienes), puesto que en una promesa uno toma responsabilidades no sólo por su propio presente, sino también por su propio futuro. Pero esto no significa que el principio de la promesa sea nuevo —las discusiones de Cicerón, Pufendorf y Grocio²¹ demuestran lo contrario—, sino sólo que su uso se ha expandido en forma importante en el tiempo.

REPARACIONES DENTRO Y ALREDEDOR DE LA PROMESA

Aquellos que tienen interés en asimilar el contrato a los criterios más comunitarios de la responsabilidad contractual, han sido capaces de oscurecer el vínculo entre éste y la promesa, porque en algunos casos hay una tendencia natural a fijar la indemnización según los perjuicios sufridos más que por el valor monetario de la expectativa prometida. Pero de estos casos no puede derivarse que las expectativas no sean la medida normal y natural de la indemnización contractual. En primer lugar, éstas son situaciones en que los perjuicios sufridos son la medida de la indemnización porque es difícil establecer el valor monetario de la expectativa. Un caso importante para ilustrar esto es *Security Stove & Mfg. Co. v. American Railway Express Co.*²² El demandante, un fabricante de hornos, convino con el demandado, un empresario transportista, que éste embarcara una nueva clase de hornos a una feria comercial, donde esperaba interesar a compradores en su producto mejorado. El presidente y sus trabajadores asistieron a ella, pero el demandado no llegó a tiempo con parte importante de la exhibición, de modo que nada tenían para mostrar. El demandante inició un juicio para recuperar el costo de arrendamiento del puesto, las tarifas del flete, y el tiempo y gastos perdidos en el infructuoso viaje a la feria. Generalmente se acepta como correcta la indemnización de esas partidas, las cuales (con la posible excepción de la renta por el puesto en la feria, pagada con anterioridad) son ejemplos típicos de gastos por confianza. No había manera de saber cuáles habrían sido los resultados que el demandante habría obtenido en caso de haber podido exhibir su producto

en la feria. No había cómo saber cuál era su expectativa, de modo que el tribunal le compensó sus gastos por confianza. Pero esto sólo demuestra que cuando la expectativa no puede ser calculada, la actuación por confianza puede ser una sustituto razonable. Es razonable suponer que la expectativa del demandante en *Security Stove* era al menos equivalente a los dineros que invirtió en la exhibición de sus productos; después de todo, era un hombre de negocios y se supone que iba a exhibir sus productos para hacer una ganancia eventual. Si hubiera podido demostrarse que la muestra iba a ser un fracaso y que el demandante hubiera tenido una pérdida neta, las posibilidades de una indemnización habrían disminuido, y muchos la habrían denegado.*²³

En segundo lugar, están los casos en que el monto necesario para reparar el perjuicio causado por la actuación por confianza es por sí mismo la medida más justa de la expectativa.

III-A. Un comprador se acerca a un fabricante con las especificaciones de una pieza pequeña y barata —digamos un perno— para una máquina que el comprador está construyendo. El fabricante selecciona la pieza y se la vende al comprador. El perno resulta de fabricación defectuosa, se destruye y daña la máquina.

El valor de la cosa prometida, un perno bien hecho, es desdeñable, pero sería una grave injusticia sólo devolver al comprador el dinero que pagó por dicha pieza. Resulta más natural decir que el fabricante indujo al comprador a una razo-

* Un caso como éste puede interpretarse de modo que lo único en juego es la determinación de quién debe cargar con la prueba de la expectativa. El demandante muestra los gastos por confianza y afirma que *prima facie* sus expectativas al menos alcanzan a dichos gastos. La carga de la prueba recae ahora en el demandado, quien debe demostrar que esta proposición estaba equivocada, y que éstas eran menores que los gastos en que incurrió el demandante por haber confiado. Parece justo que siendo el incumplimiento del demandado lo que impidió que se llevara a efecto la exhibición, recaiga sobre él la carga de probar que ésta habría sido un fracaso.

nable actuación por confianza y que debe compensar el daño resultante. Pero también puede decirse que es una justa consecuencia de la aparentemente simple transacción original que el trabajador no sólo prometió entregar y transferir el dominio del perno, sino que al mismo tiempo prometió que dicho perno serviría para su uso natural.*²⁴

Es por haber roto esta promesa implícita (tal vez en forma completamente inocente) que hacemos responsable al fabricante. La solidez de este análisis se demuestra si variamos levemente los hechos:

III-B. Igual que en III-A, salvo en que el comprador adquiere el perno en una ferretería, sin decir nada sobre el uso que piensa darle.

En este caso resulta injusto hacer responsable de los graves perjuicios al dueño de la ferretería o al fabricante del perno. Uno podría decir que esto es así porque no podían prever que su conducta provocaría un daño de tal magnitud (un aforismo de responsabilidad extracontractual: la persona que negligente-mente empuja un paquete que contiene una bomba, no pudo prever y no es responsable por la magnitud de los daños que se producen cuando el paquete explota). Pero uno puede nuevamente poner esto en términos contractuales y decir que ellos no asumieron este grado de responsabilidad. Después de todo, si en la primera versión de este ejemplo el comprador y el fabricante hubieran acordado que éste sólo sería responsable hasta un cierto monto, digamos diez veces el valor del perno,

* En derecho, esta última promesa se llama garantía —una promesa no sólo de que el promitente hará algo en el futuro, sino de que asume una responsabilidad más allá de la afirmación de buena fe. Por ejemplo, un vendedor puede garantizar que un violín es un Stradivarius. Esto no sólo significa que él cree esto de buena fe, sino que promete que en caso de no serlo, responderá. Uniform Commercial Code (en adelante, UCC) § 2-714. Cf. *Smith v. Zimbalist*, 2 Cal. App.2d 324, 38 P.2d 170 (1934), audiencia denegada 17 enero 1935.

semejante limitación sería generalmente respetada. De manera que en ciertos casos la responsabilidad extracontractual y el derecho de contratos llevan a iguales resultados.²⁵ En III-A podemos decir que el comprador actuó justificadamente por confianza en el fabricante. En parte actuó por confianza en razón de la garantía prometida (implícitamente), y por cierto que una función primordial de las promesas es inducir la actuación por confianza.

Finalmente, consideremos esta variación:

III-C. El fabricante no hace pernos sino latas de conservas. El comprador compra una de arvejas en el almacén y las sirve a un invitado que se rompe un diente con una piedra incluida negligentemente en la lata.

El fabricante nada prometió al invitado (en términos jurídicos, no hay relación contractual alguna). Sin embargo, podría ser responsable de los perjuicios que sufrió el invitado, al igual que el conductor de un automóvil puede serlo por los perjuicios que cause a un peatón al que atropella negligentemente, aunque aquí también falta una relación contractual.²⁶ Uno podría decir que el invitado actuó razonablemente por confianza en la pureza de las arvejas que comía, al igual que el peatón en el debido cuidado de los automovilistas. Pero jamás he sostenido que la promesa sea la *única* fuente de la actuación por confianza o que el contrato sea la única fuente de responsabilidad por los daños causados a otros.

Tercero, hay casos en los que se cometen actos incorrectos y se sufren pérdidas a propósito de una negociación. También aquí los daños por confianza son la mejor medida de compensación. Un ejemplo destacado es *Hoffman v. Red Owl Stores*.²⁷ un comerciante que estaba negociando el *franchising* de la marca de supermercados Red Owl, vendió su anterior negocio e incurrió en otros gastos sobre la base de que las negociaciones para obtenerlo concluirían pronto. La condena a pagar indemnización por daños por confianza no correspondió a un cumplimiento forzoso de una promesa, puesto que las

partes no habían llegado aún a la etapa de hacerse promesas determinadas. La condena se debió a que la firma no negoció limpiamente con Hoffman. Permitió que éste incurriera en gastos basado en esperanzas que ésta sabía o debía saber eran imprudentes y para las que no estaba preparada. Red Owl fue hallada responsable no para forzarlo a cumplir una promesa, que nunca hizo, sino más bien para compensar a Hoffman por los perjuicios que sufrió debido a sus afirmaciones desconsideradas y dilatorias.²⁸ Nada hay en mi concepción del contrato como promesa que impida que las personas que se comportan incorrectamente y causan un daño innecesario sean forzadas a pagar una justa compensación. Las promesas no son la única fuente de responsabilidad; la responsabilidad extracontractual es suficiente para imponer a quienes hacen afirmaciones vagas que causan un daño previsible la obligación de indemnizar. Algunos creen que casos como *Hoffman* debilitan la concepción del contrato como promesa: si éste es realmente distinto de las demás fuentes de las obligaciones y si realmente está basado en la promesa, entonces, siempre que en el cuadro aparezca una promesa (aunque sólo sea eventual) los principios contractuales deben regular toda la relación. Al exponer el argumento se revela que incurre en un *non sequitur*. Es una falacia lógica de la que los mismos exponentes clásicos de la teoría del contrato como promesa fueron muy culpables por su reticencia a admitir compensación por fraude o errores que impedían se formara un convenio real. Los críticos modernos de la libertad contractual han tomado la palabra a los clásicos. La justicia suele exigir que se indemnice en casos de accidentes que se producen en el proceso de contratación o que lo rodean. Y los críticos han creído que con esto han refutado la premisa mayor de los clásicos. En el capítulo 5, que trata del error, la imposibilidad y la frustración, mostraré en detalle cómo esta excesiva rigidez de los clásicos los engañó tanto a ellos como al concepto de contrato como promesa. Aquí basta con introducir la noción de que el contrato como promesa tiene un lugar propio, aunque ni exclusivo ni necesariamente dominante, dentro de los principios jurídicos y morales. Un punto importante en este libro es la articulación de las fronte-

ras y las conexiones entre la justicia de la promesa y otros principios de justicia.*

La tendencia a fundir la promesa en sus conceptos adyacentes, se aplica también a la relación entre ésta y el principio de restitución, según el cual una persona que ha obtenido un beneficio a expensas de otra, debe compensar a su benefactor, salvo que éste haya querido hacer una donación. Este principio apela a una primitiva intuición de justicia. Aun cuando se haya querido donar, muchas culturas reconocen que al menos la gratitud o un vago deber de reciprocidad son correctos. Aristóteles refiere este principio a la obligación de mantener cierto equilibrio entre los miembros de una sociedad, pero esto más bien reformula la proposición; no la explica.²⁹ Puesto que la restitución, al igual que la actuación por confianza, es un principio de justicia que opera independientemente de la voluntad de las partes, el intento por referir las obligaciones fundadas en promesas a éste, es otro esfuerzo por negar el carácter autoimpuesto de éstas. Ya he argumentado que esto no puede hacerse sin incurrir en petición de principio. Ciertamente que el principio de restitución no puede explicar la fuerza de una promesa en la que ningún beneficio se recibe a cambio (el reconocimiento jurídico de estas promesas gratuitas está enredado por las confusiones de la doctrina de la *consideration*, que es el tema del capítulo 3). La reducción de la promesa a la restitución (o a la restitución más la actuación por confianza) es equivocada. Sin embargo, hay incumplimientos de promesas

* Hay una categoría de casos que se ha hecho famosa en el derecho bajo el nombre de *promissory estoppel* o *detrimental reliance*. En general, en estos casos ha existido una promesa, pero se dice que la fuente jurídica de la indemnización es el perjuicio sufrido por el demandante al actuar por confianza en la promesa. Actualmente los tribunales tienden a limitar el monto de la indemnización al perjuicio sufrido por la actuación por confianza. Pero estos casos tampoco demuestran que esta última y el daño sean el fundamento general de la indemnización contractual. Más bien, deben ser vistos como lo que son: un esfuerzo tardío por llenar un espacio en el régimen general de la ejecución forzosa (*enforcement*) de las promesas, un hueco dejado por la infortunada y artificial doctrina de la *consideration*. Ver el capítulo 3 *infra* y Fuller y Eisenberg, *infra* nota 25, pp. 194.

para los cuales la restitución es el principio correcto de indemnización.³⁰

IV. En un caso como *Security Stove*, donde los fletes fueron pagados pero los bienes nunca fueron transportados conforme a lo acordado, supongamos que la empresa de transporte logra probar que la exhibición contemplada hubiera sido un desastre y que para la fábrica de hornos resultó mucho más beneficioso no haber presentado su muestra en la feria. Tal vez en un caso semejante no habría condena a pagar perjuicios por daños por confianza, pero ¿podría la empresa transportista retener el pago del flete? ¿Puede decirse que la fábrica de hornos tuvo suerte de que no se cumpliera el contrato?

Según los conceptos tanto de las expectativas como de los perjuicios, la fábrica de hornos no tiene derecho a indemnización alguna. Se probó que su expectativa era negativa, y no sufrió perjuicio alguno. Sin embargo, sigue siendo claro que Railway Express debe restituir. No hicieron nada a cambio del dinero y deben restituirlo. ¿Es esto hacer cumplir forzosamente (*enforcing*) la promesa? No del todo.

V. Debo diez dólares a mi gasfiter, de modo que pongo un billete por esa cantidad en un sobre y lo envío a otro por error.

¿En base a qué teoría puedo exigir que me devuelvan los diez dólares? No me han hecho nada incorrecto, de modo que no es ése el fundamento de mi demanda, aunque ahora sí se me hace un mal si se niega acceso a mi demanda. El principio es uno general: es incorrecto retener una ventaja obtenida a expensas de otro sin justificación. ¿Y qué justificación puede darse para retener los diez dólares?³¹ ¿Qué justificación puede

* ¿Pensó que se trataba de un regalo, lo gastó y ahora tendría que sacar dinero del presupuesto del almacén para restituirlo? Si esto fuera así, podría ser una justificación.

dar Railway Express para retener los pagos del flete en el caso IV? ¿Que al malograr la muestra le ha hecho un favor a la fábrica de hornos? Pero éste no es un favor que ésta le pidiera a la empresa de transportes ni uno que ésta tuviera un derecho a imponer. Y menos puede decir Railway Express que ha recibido el dinero en razón de un contrato, puesto que lo ha repudiado completamente. El mismo argumento cae dejando a Railway Express sin una justificación para retener el dinero. Con este estado de cosas, gana la fábrica de hornos.

Los principios de la promesa y de la restitución son diferentes. Ninguno deriva del otro, y el intento por buscar los fundamentos de la primera en la segunda (o en la actuación por confianza) es equivocado. El contrato está basado en la promesa, pero cuando algo falla en el proceso del mismo —cuando las personas no llegan a un acuerdo o rompen sus promesas— usualmente habrá pérdidas y ganancias que ajustar. El caso *Red Owl* es un ejemplo. Aquí hay otro:

VI. Britton firma contrato de trabajo con Turner por un año, con una remuneración convenida de US\$120, pagaderos al final de los servicios. Después de nueve meses de leales servicios, abandona el trabajo sin justificación, y el empresario consigue sin dificultades un reemplazante.

Por una parte, Britton no mantuvo su promesa; por la otra, Turner obtuvo un beneficio sustancial a expensas suyas.³² En esta situación, los principios de la promesa y de la restitución parecen apuntar a direcciones opuestas. En el capítulo 8 considero detenidamente la forma en que estos dos principios trabajan juntos, cuándo y por qué uno u otro tienen prioridad. Por el momento, basta destacar que son precisamente las diferencias entre ambos lo que hace que surjan estas preguntas. Ciertamente que nada hay en el principio de la promesa, la concepción del contrato como promesa, que permita decir que todas las disputas entre personas que han intentado celebrar un acuerdo sin lograrlo, o que lo han roto, deban ser resueltas sólo conforme a dicho principio.