

EL VALOR DE LA CONFIANZA EN LOS DAÑOS CONTRACTUALES: PRIMERA PARTE*

Lon L. Fuller**
William R. Perdue, Jr.***

¿Qué valor tiene la confianza depositada en otra persona cuando ésta incumplió el compromiso asumido? ¿Qué se le debe exigir a la persona incumplida cuando ya no puede efectuar su prestación? ¿Qué criterios debemos tomar en cuenta para determinar una posible reparación?

El presente artículo hace una clara distinción de los criterios a tener en cuenta ante la ruptura de una relación contractual mediante el incumplimiento. A través de un interesante análisis del tratamiento del tema en la jurisprudencia norteamericana y poniendo mayor énfasis en el valor que se le da a la confianza depositada en otra persona, el autor hace una importante contribución al tratamiento de los daños contractuales. Es por ello que a pesar de ser un artículo escrito en 1936 el mismo mantiene su vigencia, encontrándose aún entre los artículos más citados, constituyéndose así en un clásico del Derecho de Contratos. Lo cual lo convierte en un artículo de lectura obligatoria para quien desee abordar el tema.

* El presente artículo fue publicado originalmente en The Yale Law Journal 46 (1), 1936. La traducción fue realizada por Milagros de Pomar Saettone, miembro de THEMIS, bajo la supervisión de Edgard Guerrero, LLM Tulane Law School. La segunda parte del presente artículo fue publicada en The Yale Law Journal 46 (3), 1937 y será publicada en la próxima edición de THEMIS-Revista de Derecho.

** Al escribir este artículo Lon L. Fuller era *Professor of Law* de la Facultad de Derecho en Duke University.

*** Al escribir este artículo William R. Perdue, Jr. era un estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho en Duke University.

Hoy, la idea de que las normas jurídicas pueden entenderse solamente en relación con los propósitos que sirven sería vista apenas como una novedad. La noción de que la ley existe como un medio para un fin ha sido un criterio común durante por lo menos la mitad del siglo. No hay, sin embargo, justificación alguna para asumir que, porque esta actitud ha alcanzado cierto reconocimiento, e incluso trivialidad, goza de un uso penetrante en la práctica. Ciertamente, incluso hoy en día hay pocos tratados legales de los cuales se pueda decir que el autor ha definido ante todo claramente los propósitos que sus definiciones y distinciones buscan servir. Estamos aún muy dispuestos a presumir que es posible manipular los conceptos legales sin la orientación que viene de la simple pregunta: ¿hacia qué finalidad se dirige esta actividad? La observación de Nietzsche, de que la estupidez más común consiste en olvidarse de lo que se está intentando hacer, conserva una relevancia molesta para la ciencia jurídica.

En ningún campo es esto más cierto que en el de los daños. En la aplicación de daños la ley tiende a ser concebida, no con la intención de ordenar relaciones humanas, sino como una clase de medida jurídica. El lenguaje de las decisiones no se da en términos de imposición sino de descubrimiento. Nosotros *medimos* el grado de lesión; *determinamos* si fue causada por el acto del demandado; *comprobamos* si el demandante ha incluido el *mismo objeto* del daño dos veces en su demanda. Una persona no familiarizada con las premisas irregulares que este tipo de lenguaje implica puede llegar a suponer que Rochester produce un ingenioso instrumento por el cual estos cálculos son logrados.

Es claro, sin duda, que lo que la normativa de daños pretende “medir” y “determinar” –las “lesiones”, el “objeto del daño”, las “conexiones de causalidad”, etc.– son en parte considerable su propia creación, y que el proceso de “medirlas” y “determinarlas” es realmente una parte del proceso de crearlas. Esto es evidente cuando los jueces trabajan en la periferia de la doctrina existente, pero no es menos cierto en principios fundamentales y establecidos. Por ejemplo, uno encuentra con frecuencia la regla “estándar” de los daños contractuales (que contempla para el acreedor el valor de la expectativa, “el lucro cesante”) tratada como un mero corolario de un principio más fundamental, que el propósito de cubrir los daños es “compensar” por la lesión¹. Sin embargo, en este caso “compensamos” al demandante dándole algo que él nunca tuvo. Esta parece ser una rara forma de “compensación”. Podemos, para estar seguros, hacer que el término “compensación” parezca apropiado

diciendo que el incumplimiento del demandado “privó” al demandante de una expectativa. Sin embargo, ésta es, en esencia, sólo una afirmación metafórica del efecto real de la norma legal. En la actualidad la pérdida que el demandante sufre (privación de una expectativa) no es un dato de la naturaleza sino de la reflexión de un mandato normativo. Aparece como una “pérdida” sólo con relación a un *deber* no establecido. Por lo tanto, cuando la ley calcula los daños por el valor del desempeño prometido no está midiendo simplemente un quantum, sino está buscando un fin, a pesar que este fin pueda ser vagamente concebido.

Es por esta razón que es imposible separar la regulación de daños contractuales del cuerpo mayor de motivos y políticas que constituye la normativa de contratos en general. Es, desafortunadamente para la simplicidad de nuestro tema, imposible asumir que el elemento intencional y de política-normativa de la norma contractual se ha agotado en las normas que definen contrato e incumplimiento. Si esto fuera posible, la regulación de los daños contractuales sería de hecho simple, y tendríamos solamente una medida de reparación para todos los contratos. Por supuesto, éste no es el caso. ¿Qué consideraciones influyen en el establecimiento de diferentes medidas de reparación para diferentes tipos de contratos? ¿Qué factores explican las numerosas excepciones a la regla estándar que calcula los daños por el valor de la expectativa? Es claro que estas preguntas no se pueden contestar sin una investigación en las razones que subyacen (o pueden subyacer) la ejecución forzosa de las obligaciones en general.

En nuestra propia discusión procuraremos primero analizar los propósitos que se pueden perseguir en la adjudicación de daños contractuales o en la “ejecución forzosa” de contratos en general; posteriormente, procuraremos investigar en qué medida, y bajo qué circunstancias, estos propósitos han encontrado expresión en las decisiones y discusiones doctrinales. Tal como el título lo sugiere, el énfasis estará en lo que llamamos “el valor de la confianza” como medida posible de reparación en procesos por incumplimiento del contrato.

LOS PROPÓSITOS PERSEGUIDOS EN LA ADJUDICACIÓN DE DAÑOS CONTRACTUALES

Es conveniente distinguir tres propósitos principales que pueden ser perseguidos en la adjudicación de daños contractuales. Estos propósitos, y las situaciones

¹ “Al establecer el monto de estos daños, el propósito general de la ley debe ser otorgar una compensación: esto es, poner al demandante en tan buena posición como habría estado si el demandado hubiera cumplido el contrato”. WILLISTON, Samuel. “Contracts 3”. 1920. § 1338.

en que llegan a ser apropiados, pueden ser establecidos brevemente como se indica a continuación:

En primer lugar, el demandante tuvo confianza en la obligación asumida por el demandado, a la cual atribuyó cierto valor. El demandado incumplió su obligación. Los jueces pueden forzar al demandado a devolver el valor recibido del demandante. El objeto aquí se puede definir como la prevención en la obtención de ganancias por el deudor incumplido a expensas de la otra parte; en concreto, la prevención del enriquecimiento injusto. El valor protegido se puede llamar el *valor de la restitución*. Para nuestros propósitos actuales es absolutamente irrelevante cómo se clasificaría el proceso de dicho caso, si es contractual o cuasi-contractual, si sería un proceso por la ejecución forzosa del contrato o un proceso basado en la rescisión del contrato. Estas preguntas se relacionan con la superestructura de la norma, no con las políticas básicas que nos conciernen.

En segundo lugar, la confianza del demandante en la obligación asumida por el demandado cambió su situación. Por ejemplo, en un contrato para la venta de un terreno el comprador ha incurrido en gastos de investigación del título del vendedor, o ha descuidado la oportunidad de celebrar otros contratos. Podemos conceder daños al demandante con el fin de deshacer el daño que su confianza en la obligación del demandado le ha causado. Nuestro objeto es ponerlo en tan buen estado como en el que estaba antes que la obligación fuera asumida. El valor protegido en este caso puede llamarse el *valor de la confianza*.

En tercer lugar, sin insistir en la confianza del acreedor o el enriquecimiento del deudor, podemos intentar dar al acreedor el valor de la expectativa que la obligación creó. Podemos, en un proceso en el que se exige una prestación específica, obligar en efecto al demandado a cumplir con la prestación prometida al demandante, o, en un proceso por daños, podemos hacer que el demandado pague el valor en dinero de esta prestación. Aquí nuestro objetivo es poner al demandante en tan buena situación como habría estado si el demandado hubiera cumplido su

obligación. El valor protegido en este caso podemos llamarlo el *valor de la expectativa*.

Será observado que lo que hemos llamado el valor de la restitución une dos elementos: (1) confianza en el acreedor, (2) una ganancia obtenida por el deudor. Para algunos propósitos puede ser necesario separar estos elementos. En algunos casos un deudor incumplido puede obtener una ganancia injusta después de su incumplimiento que no fue tomado del acreedor (un tercero suplió la reparación), o que no fue resultado de la confianza del acreedor (el deudor violó una obligación de no apropiarse de las mercancías del acreedor). Incluso en aquellos casos donde la ganancia del deudor fue obtenida por la confianza del acreedor puede suceder que los daños sean determinados de una manera algo diferente, dependiendo de si tomamos la ganancia del deudor o la pérdida del acreedor como el estándar de la medida². Generalmente, sin embargo, en los casos que discutiremos, la ganancia obtenida por el deudor será acompañada por una pérdida correspondiente y, en cuanto a su medida legal, idéntica del acreedor, de manera que para nuestros propósitos la clasificación más adecuada será una que presuponga en el valor de la restitución una correlación entre la obtención de ganancias del deudor y la pérdida del acreedor. Si, como debemos asumir, la ganancia implicada en el valor de la restitución es resultante e idéntica a la pérdida del demandante por la confianza, entonces, el valor de la restitución es simplemente un caso especial de valor de la confianza; todos los casos que se encuentren bajo el valor de la restitución serán cubiertos por el valor de la confianza, y el valor de la confianza será más amplio que el valor de la restitución sólo hasta el punto en que incluya casos donde el demandante ha confiado en la obligación del demandado sin enriquecer al demandado.

No debe suponerse que la distinción aquí tomada entre los valores de la confianza y de la expectativa coincide con la distinción tomada muchas veces entre las "pérdidas causadas" (*damnum emergens*) y las "ganancias esperadas" (*lucrum cessans*)³. En primer

² De esta manera, en *Johnston v. Star Bucket Puma Co.*, 274 mo. 414, 202 S. W. 1143 (1918), a un contratista de construcción se le permitió recuperar en *quantum meruit* por desempeño parcial una suma considerablemente más grande que la pérdida desembolsada. La discrepancia entre el valor razonable de su desempeño parcial y su costo real surgió del hecho de que él había celebrado contratos muy favorables con subcontratistas. En ese caso, el valor de la restitución (si entendemos por éste el obligar al demandado a que devuelva lo obtenido) es más amplio que el valor de la confianza. Debe ser precisado, sin embargo, que en un proceso por "daños" si se pide reembolso por la confianza adicionalmente al lucro cesante ("Restatement of the Contracts". 1932. § 333), el ahorro en los subcontratos, que en el caso de Johnston fue reflejado en un mayor "valor razonable" de la prestación del demandante, habría sido reflejado en el lucro cesante.

En *Cincinnati Siemens Lungren Gas Illuminating Co. v. Western Siemens Lungren Co.*, 152, U.S. 200 (1893), los daños por el incumplimiento de un contrato de no competir fueron restringidos al beneficio obtenido por la parte responsable del incumplimiento. Fue asumido, sin embargo, que la pérdida del acreedor era por lo menos igual a la ganancia obtenida por el deudor incumplido, y la limitación de la reparación a la ganancia del deudor incumplido fue impuesta en parte sobre la base de que no existió ningún sustento adecuado para determinar la pérdida del negocio sufrida por el acreedor. En: DEMOGUE, René. "Traité des Obligations 6". 1931. § 287., la idea expresada es que la ganancia obtenida por el deudor incumplido es aceptable como medida de daños solamente como una clase de medida subsidiaria de daños a la regla generalmente usada sobre la expectativa de ganancia del acreedor.

³ "Restatement of the Contracts". 1932. § 329.

lugar, a pesar de que la confianza da lugar usualmente a “pérdidas” de una naturaleza afirmativa (gastos laborales y dinero), es también verdad que las oportunidades de ganancia se pueden renunciar por la confianza en una obligación. Por lo tanto, se debe interpretar que el valor de la confianza abarca por lo menos potencialmente las “ganancias esperadas” tanto como las “pérdidas causadas”. (Si las “ganancias esperadas” por la confianza en una obligación son propiamente equiparables en daños es una pregunta no formulada aquí. Obviamente, se sugiere tomar ciertos escrúpulos referentes a la “causalidad” y la “previsibilidad”. Es suficiente para nuestro actual propósito notar que no hay nada en la definición del valor de la confianza que excluya esta clase de consideraciones)⁴. Por otra parte, no es posible hacer del valor de la expectativa enteramente un sinónimo de las “ganancias esperadas”. La decepción de una expectativa exige a menudo pérdidas de carácter positivo⁵.

Es obvio que los tres “valores” que hemos distinguido no presentan pedidos iguales en la intervención judicial. Puede ser asumido que los estándares ordinarios de la justicia observarían la necesidad de intervención judicial como en orden decreciente al que han sido listados. El “valor de la restitución”, implicando una combinación del empobrecimiento injusto con la ganancia injusta, presenta el caso más fuerte a ser respaldado. Si, siguiendo a Aristóteles, miramos el propósito de la justicia como el mantenimiento de un equilibrio de bienes entre los miembros de la sociedad, el valor de la restitución se presenta doblemente fuerte en relación con una demanda de intervención judicial por el valor de la confianza, desde que A no sólo causaría que B pierda una unidad, sino también se apropiaría de esa unidad para sí misma; la discrepancia resultante entre A y B no es una unidad sino dos⁶.

Por otra parte, el acreedor que ha confiado realmente en una obligación, a pesar de no haber enriquecido al deudor, presenta ciertamente un caso más

importante de respaldar que el acreedor que exige simplemente su satisfacción por la decepción de no haber conseguido lo que le fue prometido. Al pasar de la compensación por el cambio de posición a la compensación por la pérdida de una expectativa, pasamos, en términos de Aristóteles nuevamente, del reino de la justicia correctiva al de la justicia distributiva. La ley no busca actualmente sanar un perturbado *status quo*, sino traerlo a una nueva situación. Se deja de actuar defensivamente o restaurativamente, y se asume un rol más activo⁷. Con la transición, la justificación para el respaldo legal pierde su calidad evidente en sí. No es fácil explicar porqué la regla estándar de la reparación de contratos debe ser la que mide los daños por el valor de la prestación prometida. En tanto esta “regla estándar” expande su sombra a través de todo nuestro tema, será necesario examinar las posibles razones de su existencia. Puede decirse entre paréntesis que la discusión que sigue, aunque dirigida sobre todo a la medida normal de reparación de daños, también tiene relevancia para la pregunta más general, ¿por qué tendría que ser exigida una obligación en la que nunca se ha confiado, ya sea por un mandato de ejecución específica o por una concesión de daños?

Debe también ser dicho que nuestra discusión de “razones” no coincide en todos los particulares con el desempeño real de la mente judicial, ciertamente no con aquellos de una sola mente judicial. Es desafortunadamente muy difícil discutir las posibles razones de las normas legales sin involuntariamente concebir que estas “razones” son las que controlan las operaciones diarias del proceso judicial. Esto ha tenido la consecuencia, en un momento en que los hombres son tildados de “irrealistas”, de que casi hemos dejado de hablar de razones en general. Los que encuentran desagradable el sabor racional de lo que sigue, están invitados a observar lo que leen no como una ley sino como una incursión a la filosofía del derecho, y a hacer cualquier deducción que la distinción les parezca dictar.

⁴ El Código Civil alemán limita el respaldo de los contratos en ciertas situaciones al valor “negativo” (es decir, a la confianza). Se asume que el “valor negativo” cubre las ganancias esperadas (*entgangener Gewinn*), así como las pérdidas positivas. Ver las anotaciones a la § 122 en Busch. “Das Bürgerliche Gesetzbuch”. 1929. Sin embargo, aparentemente la pérdida de la ganancia particular debe ser prevista bajo las circunstancias como una consecuencia probable del contrato. Ver las anotaciones a la § 252.

⁵ Por ejemplo, en *Eastern Advertising Co. v. Shapiro*, 263 Mass. 228, 161 N. E. 240 (1928), el incumplimiento del demandado en tomar un espacio publicitario en algunos carteles hizo necesario que el demandante gastara más dinero en colocar “reemplazos” en los carteles.

⁶ ARISTÓTELES. “Ética a Nicómaco”. 1132a-1132b.

⁷ “Sin duda, cuando, después de recibir un objeto, o de beneficiarme de un servicio, me rehúso a proporcionar un equivalente, estoy tomando de otro aquello que le pertenece, y podemos decir que la sociedad, al obligarme a cumplir mi promesa, solamente está previniendo una lesión, una agresión indirecta. Asimismo, si simplemente me he obligado a un servicio sin recibir previamente remuneración alguna, no estoy menos obligado a guardar mi promesa. [Esto es verdad en la ley Anglo-Americana en el caso de contratos bilaterales]. En este caso, sin embargo, no me enriquezco a expensas de otro; sólo me rehúso a serle útil”. DURKHEIM, Emile. “The Division of Labor in Society” (traducción de George Simpson. 1933). p. 217. En caso el demandado no haya recibido ya alguna reparación, la ejecución forzosa del contrato es vista por DURKHEIM como “de una naturaleza eminentemente positiva, puesto que tiene como propósito la determinación de la manera en que debemos cooperar”. *Ibid.*, p. 216.

“El principio de que la promesa o el consentimiento crean obligación es extraña a la idea de justicia... Es natural que si cualquier persona promete darle algo a un amigo y no lo hace, no comete una injusticia, –por lo menos, entiéndase, si no agravia a este amigo indirectamente”. TOURTOULON, Pierre de. “Philosophy in the Development of Law” (traducido por Martha M. Read. 1922). pp. 499-500.

¿POR QUÉ DEBE LA LEY PROTEGER EL VALOR DE LA EXPECTATIVA?

Probablemente la respuesta más obvia a esta pregunta es una que podemos definir como “psicológica”. Esta respuesta funcionaría más o menos como sigue: El incumplimiento de una obligación despierta en el acreedor una sensación de lesión. Este sentimiento no se limita a casos donde el acreedor ha confiado en la obligación. Así el acreedor haya cambiado o no su situación realmente debido a la obligación, el acreedor ha formado una actitud de expectativa tal que el incumplimiento de la obligación le causa la sensación de haber sido “privado” de algo que era “suyo”. Al ser este sentimiento relativamente uniforme, la ley no tiene ocasión de ir tras él. Lo acepta como dato y construye sus normas respecto a él⁸.

La dificultad en esta explicación es que la ley en realidad sí va tras el sentido de lesión que el incumplimiento de una obligación genera. Ningún sistema legislativo busca imponer una sanción jurídica a todas las obligaciones. Alguna norma o combinación de normas genera un filtro para la ejecución de aquellas obligaciones consideradas lo suficientemente importantes para la sociedad como para justificar que la ley se preocupe por ellas. Cualesquiera sean los principios que controlan este proceso de filtrado, no son convertibles en términos del grado de afectación que el incumplimiento de una clase particular de obligación genere. Por lo tanto, aunque puede ser asumido que el impulso para aliviar la decepción es un criterio compartido por quienes hacen e influyen la ley, este impulso puede difícilmente ser mirado como la llave que soluciona el problema total de la protección acordada por la ley del valor de la expectativa.

Una segunda explicación posible para la norma protectora de la expectativa puede ser encontrada en la muy discutida “teoría de la voluntad” de la ley contractual. Esta teoría visualiza a las partes contratantes como ejercitando, por decirlo de alguna manera, un poder legislativo, de modo que la aplicación legal de un contrato se convierte simplemente en la implementación por el Estado de una clase de ley privada establecida previamente por las partes. Si A se ha obligado, de forma apropiada, a pagar a B mil dólares, obligamos a A que pague esta suma simplemente porque la norma o *lex* establecida por las partes llama a este pago. *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto*⁹.

No es necesario discutir aquí la contribución que la teoría de la voluntad es capaz de hacer a una filosofía del derecho contractual. Algunos préstamos de la teoría son ciertamente destacables sobre la mayoría de intentos de racionalizar las bases de la responsabilidad contractual. Es suficiente observar aquí que mientras la teoría de la voluntad tiene indudablemente alguna presencia en el problema de los daños contractuales, no establece en todos los casos la reparación de la expectativa. Si un contrato representa una especie de ley privada, es una ley que usualmente no dice nada sobre qué se hará cuando sea violada. Un contrato es a este respecto como un estatuto imperfecto que no proporciona penalidades, y que deja al juez buscar el camino de lograr su propósito. Por lo tanto, no habría necesariamente una contradicción entre la teoría de la voluntad y la norma que limite los daños al valor de la confianza. Bajo tal norma la penalidad por violar la norma establecida por el contrato consistiría simplemente en ser obligado a compensar a la otra parte por la confianza afectada. Por supuesto, pueden haber casos donde es tan evidentemente que las partes han anticipado que cierta forma de auxilio judicial deberá ser dada, que se puede, sin exagerar las cosas, decir que implícitamente han “deseado” que este auxilio sea dado. Esta actitud encuentra una aplicación natural en las obligaciones de pagar una suma de dinero determinada. Sin embargo, como para la mayoría de tipos de contratos, es inútil esperar de la teoría de la voluntad una solución confeccionada para el problema de los daños.

Una tercera y más prometedora solución de esta dificultad recae en un acercamiento económico o institucional. La esencia de una economía de crédito recae en el hecho de que tiende a eliminar la distinción entre los bienes presentes y futuros (prometidos). La expectativa de valores futuros se convierte, para propósitos de intercambio, en valores actuales. En una sociedad donde el crédito se ha convertido en una institución significativa y penetrante, es inevitable que la expectativa creada por una obligación exigible deba ser mirada como una especie de propiedad, y el incumplimiento de la obligación como una lesión a esa propiedad. En tal sociedad el incumplimiento de una obligación opera como una disminución “efectiva” de los activos del acreedor – “efectiva” en el sentido que sería muy valorada para las formas de pensamiento que entran en la misma fibra de nuestro sistema económico. El que el acreedor no haya “usado” la

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁸ Esta es, en esencia, la visión de Schlossmann, a pesar de que uno puede distinguir en su pensamiento una mezcla de elementos de lo posteriormente llamado en el texto una explicación “económica” o “institucional”. SCHLOSSMANN, Siegmund. “Der Vertrag”. 1876. § 36.

⁹ “Una transacción legal es el ejercicio del poder creativo que los privados poseen en asuntos legales. El individuo dispone, y la ley adopta su comando como propio”. WINDSCHEID, Bernhard. “Lehrbuch des Pandektenrechts”. Novena Edición. 1906. § 68.

titularidad¹ que la obligación representa (al no haber confiado en la obligación) es tan irrelevante como la pregunta de si el demandante que infringió la *quare clausum fregit* estaba utilizando su título en el momento en que abuso de la misma. La analogía con las formas ordinarias de titularidad va más allá, porque incluso en un proceso por invasión la reparación es realmente por una expectativa, la expectativa de posibles usos futuros. Donde la expectativa de titularidad es limitada (por ejemplo, en caso el demandante tenga solamente la titularidad por unos años) la reparación es reducida proporcionalmente¹⁰. La titularidad ordinaria difiere del derecho contractual principalmente en que aquel puede ocasionar lesiones directas a más personas por la expectativa que representa. Es generalmente sólo el obligado, o alguien que trabaje a través de él o con él, quien está en posición de lesionar la expectativa contractual de una manera lo suficientemente directa como para hacer oportuna la intervención legal.

La objeción más obvia que se puede hacer a la explicación económica o institucional es que la misma implica un *petitio principii*. ¿Por qué una promesa representa un valor presente? Porque la ley lo exige así. “La expectativa”, tomada como un valor presente, no es la causa de la intervención jurídica sino la consecuencia de ella. Esta objeción puede ser reforzada por una referencia a la historia jurídica. Las obligaciones se hacían cumplir mucho antes de existir nada parecido a un sistema general de “crédito”, y la reparación fue desde un principio medida por el valor de la prestación prometida, “precio acordado”. Puede por lo tanto ser discutido si el surgimiento del “sistema de crédito” fue dado en gran medida sobre la base del desarrollo jurídico que lo precedió.

La visión recién sugerida afirma la primacía del derecho sobre la economía; ve al derecho no como la criatura sino como el creador de instituciones sociales. El cambio de énfasis esgrimido sugiere así la posibilidad de una cuarta explicación de la protección del derecho para asumir la expectativa, la cual podemos llamar *jurídica*. Esta explicación buscaría una justificación para la regla estándar de la reparación en una cierta política perseguida conscientemente por los jueces y otros

legisladores. Se pensaría que los jueces han protegido el valor de la expectativa porque han considerado sabio hacerlo así, no por un asentimiento ciego a las maneras habituales de pensar y de sentir, ni por un respeto igualmente ciego a los deseos individuales. Un acercamiento al problema desde este punto de vista hace que no encontremos una mera explicación de la norma en forma de ciertos datos sentimentales, volitivos, o institucionales, sino que articulemos las razones de su existencia.

¿Qué razones pueden ser adelantadas? En primer lugar, aun si nuestro interés fuera el proteger al acreedor de una pérdida de efectivo, sería posible justificar la regla concediendo valor a la expectativa, ambos como cura para, y como profilaxis contra, pérdidas de este tipo.

Es una cura para estas pérdidas en el sentido que ofrece la medida de una muy probable reparación a reembolsar al demandante por los (a menudo muy numerosos y muy difíciles de probar) actos y abstenciones del individuo que crean su total confianza en el contrato. Si tenemos en cuenta las “ganancias esperadas” por la confianza, es decir, las pérdidas implicadas en rechazar oportunidades de celebrar otros contratos, la idea de que la norma que protege la expectativa es adoptada como la más efectiva forma de compensación por el desmedro en la confianza, no parece del todo forzado. Médicos con una práctica extensa cargan a menudo a sus pacientes el honorario correspondiente por las citas canceladas. Tal carga mira de cara a las cosas como una demanda por el honorario prometido; parece ser basado en el “valor de la expectativa”. Sin embargo, el médico que efectúa el cargo justificadamente observará que es una reparación por la pérdida de la oportunidad de ganar un honorario similar de otro paciente. Esta renuncia a otras oportunidades está implicada en cierta medida en la mayoría de contratos, y la imposibilidad de identificar este tipo de confianza con cualquier clase de medida puede justificar una norma categórica que conceda el valor de la expectativa como la manera más eficaz de compensar de tales pérdidas.

La regla de que el demandante debe, después del incumplimiento del demandado, tomar medidas para

¹ Nota de Traductor: El autor habla de “property” en esta sección. Este término ha sido traducido como “titularidad” y no como “propiedad” por ser un término que abarca tanto derechos sobre bienes como sobre obligaciones. Cuando el autor se refiere a titularidad ordinaria sí se estaría refiriendo propiamente a la titularidad sobre bienes.

¹⁰ Commons advierte que la visión de MacLeod, de entender una deuda como materia económica, era “tan extraña para los economistas que no podían entenderlo... La extrañeza causada a los economistas clásicos consistió en que comprendió al “futuro” como una de sus dimensiones, así como al valor del uso y de la escasez de las escuelas más antiguas. Sin embargo, el futuro es un criterio esencial para la propiedad de una mercancía, lo cual han tomado por supuesto”. COMMONS, John R. “Economics Institucional”. 1934. p. 394.

“Estamos acostumbrados a concebir el incumplimiento de una obligación bajo un punto de vista totalmente diferente al que aplicamos para las lesiones a la propiedad, y la idea que la exigibilidad de una obligación debe ser equivalente a la reparación por una lesión a la propiedad es extraña para nosotros. Esta manera de ver el asunto separa arbitrariamente cosas que deben ser unidas, lo cual puede ser demostrado mediante un análisis de la noción de daños a la propiedad”. SCHLOSSMANN, Siegmund. “Der Vertrag”. 1876. § 37. Schlossmann busca demostrar que los daños a la propiedad son realmente daños a una expectativa. Exigir una prestación específica para la reparación de un mal es para Schlossmann como efectuar un mandato obligatorio que pide a un agresor reconstruir la propiedad que él ha destruido. *Ibidem*. § 39.

atenuar los daños¹¹ tiende a corroborar la sospecha que allí yace oculta, tras la protección de la expectativa, una preocupación por compensar al demandante por la pérdida de la oportunidad de celebrar otros contratos. Si después del incumplimiento del demandado queda abierta la posibilidad al demandante de vender sus servicios o bienes a otra parte, o de llenar sus necesidades de otra fuente, él está obligado a tomar esa oportunidad. Visto de esta manera, la regla de “daños evitables” es un criterio en la protección por la expectativa acordada, puesto que significa que el demandante, en los casos donde aplica, es protegido sólo en el caso en que por haber confiado en el contrato hubiera renunciado a otras oportunidades igual de ventajosas para lograr el mismo fin.

Sin embargo, como hemos sugerido, la regla que mide los daños por la expectativa se pueden también mirar como profilaxis contra las pérdidas resultantes de la afectación a la confianza. Cualquiera sea el motivo que tienda a desalentar el incumplimiento del contrato tiende a prevenir las pérdidas ocasionadas por la confianza. En tanto el valor de la expectativa constituye una medida de reparación de más fácil administración que el valor de la confianza, ofrecerá en la práctica una sanción más eficaz contra el incumplimiento contractual¹². De esta manera, es posible observar la regla que mide los daños por la expectativa en un aspecto cuasi-criminal, siendo su propósito no tanto compensar al acreedor cuanto a penalizar el incumplimiento de la obligación por el deudor. La norma que obliga a asumir una obligación encuentra la misma justificación, en esta teoría, como en la ordenanza que multa a un hombre por conducir pasándose un semáforo en rojo cuando no hay otro vehículo a la vista.

En la búsqueda de una justificación a la regla que garantiza el valor de la expectativa no hay necesidad, sin embargo, de restringirnos por la asunción, hecha hasta ahora, que la regla sólo puede referirse a curar o prevenir pérdidas causadas por la confianza. Una justificación puede ser desarrollada desde un punto de vista menos negativo. Puede decirse que no sólo hay una política a favor de la prevención y el deshacer los daños resultantes por la confianza, sino también una política en favor de la promoción y facilitación de la confianza en los acuerdos de negocio. Como en el caso de la ordenanza sobre el semáforo en rojo, estamos interesados no solamente en la prevención de colisiones sino también en regular la velocidad del tránsito. Los contratos pueden lograr poco, ya sea para

las partes o para la sociedad, a menos que se hagan la base para la acción. Cuando los acuerdos de negocio no sólo se hacen sino también se actúan, la división del trabajo se facilita, los bienes encuentran su lugar donde son más necesitados, y la actividad económica es generalmente estimulada. Estas ventajas serían amenazadas por cualquier regla que limite la protección legal al valor de la confianza. Tal regla tendería en la práctica a desalentar la confianza. Las dificultades en probar la confianza y someterla a medida pecuniaria son tales que el hombre de negocios que sabe, o presiente, que estos obstáculos requieren el auxilio judicial vacilarán en confiar en una obligación cuando la sanción legal sea de significación para él. Para motivar la confianza debemos, por lo tanto, dispensar su prueba. Por esta razón se ha encontrado sabio establecer una reparación sobre una obligación independientemente de la confianza, tanto porque en algunos casos la obligación es exigida sin ser confiada (como en los acuerdos bilaterales de negocio) como cuando la reparación no está limitada a la afectación de la confianza.

La explicación jurídica en su forma final es entonces doble. Se resta protección a la expectativa acordada en (1) la necesidad de curar y prevenir los daños ocasionados a la confianza, y (2) en la necesidad de facilitar la confianza en los acuerdos del negocio. Sobre esta posible explicación jurídica, queda claro que no hay incompatibilidad entre ella y la explicación económica o institucional. Ellas ven el mismo fenómeno desde dos perspectivas diferentes. La esencia de ambas recae en la palabra “crédito”. La explicación económica observa el crédito por su lado institucional; la explicación jurídica lo observa por su lado racional. La visión económica considera el crédito como una forma de vivir; la visión jurídica nos invita a que exploremos las consideraciones de utilidad que son la base de esta forma de vivir, y el rol que la consciencia humana ha jugado en traerla a existencia.

La forma en que estos dos puntos de vista se complementan llega a ser más clara cuando examinamos por separado las implicancias económicas de los dos aspectos de la explicación jurídica. Si quitamos el argumento jurídico para medir los daños por la expectativa sobre la base que este procedimiento ofrece los medios más satisfactorios de compensar al demandante por la pérdida de otras oportunidades de contratar, está claro que la fuerza de la argumentación dependerá enteramente del ambiente económico existente. Esto sería algo imperante en una sociedad

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

¹¹ “Restatement of Contracts”. 1932. § 336; MCCORMICK, C. “Damages”. 1935. §§ 33-42.

¹² Ha sido sugerido como una justificación parcial a la norma que mide los daños bajo la afectación de la expectativa, el que ofrece una disuasión al fraude más efectiva que la norma que limita la reparación a la pérdida de dinero efectiva. MCCORMICK, C. “Damages”. 1935. § 453.

hipotética donde todos los valores están disponibles en el mercado y donde todos los mercados son "perfectos" en el sentido económico. En tal sociedad no habría diferencia entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa. La pérdida del demandante en asumir entrar en otro contrato sería idéntica al valor de la expectativa del contrato que suscribió. El argumento que garantiza el valor de la expectativa apenas compensa dicha pérdida, pierde fuerza hasta tal punto que las condiciones actuales parten de aquella sociedad hipotética. Estas observaciones ponen en claro porqué el desarrollo de los mercados tiende a llevar la visión que una demanda del contrato es una clase de titularidad, un concepto que –para toda la importancia que le dio– MacLeod parecía mirarlo como el producto de una especie de milagro legal. Quien al celebrar un contrato deja de lado la oportunidad de conseguir el mismo fin de otra forma, no estará inclinado a ver el incumplimiento de un contrato ligeramente o como mera cuestión de moralidad privada. La conciencia de lo inevitable refuerza la noción de que el contrato crea un "derecho" y que la demanda del contrato es en sí misma una especie de titularidad.

Si, por otra parte, encontramos la explicación jurídica en el deseo de promover la confianza en los contratos, no es difícil trazar nuevamente una correspondencia entre la visión legal y las condiciones actuales de la vida económica. En general nuestros tribunales y nuestras instituciones económicas atribuyen especial significado a los mismos tipos de obligaciones. El acuerdo de negocio bilateral es, generalmente hablando, el único tipo de contrato informal que nuestros jueces están dispuestos a hacer cumplir sin prueba que hubo confianza –simplemente por facilitar la confianza. Esta es, no por accidente, justamente la clase de contrato (el "intercambio", "negocio",

"comercio", "trato") que constituye el marco indispensable y penetrante para las porciones "inmanejables" de nuestra actividad económica¹³.

La inferencia, por tanto, se justifica en que los fines de la ley de contratos y aquellos de nuestro sistema económico muestran una correspondencia esencial. Uno puede explicar esto sobre la base de que la ley (mera superestructura e ideología) refleja inertemente las condiciones de la vida económica, o sobre la base de que la actividad económica se ha ajustado al marco racional de la ley. Ninguna de las dos explicaciones sería verdadera. De hecho nos estamos ocupando de una situación en la cual la ley y la sociedad han interactuado. La ley mide los daños por la expectativa *en parte* porque la sociedad ve la expectativa como un valor presente; la sociedad ve la expectativa como un valor presente *en parte* porque la ley (por razones articuladas más o menos conscientemente) da protección a la expectativa.

La explicación jurídica y económica combinada que acaba de desarrollarse puede parecer vulnerable a una objeción seria. Esto se debe al hecho que la regla "estándar", que mide los daños por la expectativa, ha sido aplicada con frecuencia a las obligaciones de un tipo que no tiene ninguna relación concebible al "sistema de crédito", a la división del trabajo, o la organización de la actividad económica. El Profesor Williston aparentemente llega a asumir que la regla "estándar" es la única regla permitida de reparación incluso en el caso de las obligaciones exigibles por la § 90 del "Restatement of Contracts"¹¹, es decir, en el caso de las obligaciones para las que no se ha dado u ofrecido ningún precio y se hacen cumplir solamente porque han sido seriamente confiadas¹⁴. Muchos de los argumentos para una regla de medida de daños por la expectativa, los cuales desarrollamos bajo nuestra

¹³ Al referirnos implícitamente a una especie de la actividad económica que es "manejada" no tenemos en mente exclusivamente ni primariamente el manejo por el estado, sino más bien aquellos medios de organizar la actividad económica que Commons clasifica como transacciones racionales y gerenciales. Como Marx estaba afecto a señalar, el contrato ha desempeñado siempre un papel muy pequeño en la organización interna de la fábrica. El crecimiento enorme de la corporación desde su tiempo ha significado otra disminución de la importancia del contrato como fuerza organizativa, puesto que la corporación y la integración vertical tienden a sustituir una organización que se basa sobre un contrato por una que se basa en la relación del superior y del inferior (gerencia) y sobre "transacciones racionales" (por ejemplo, los deberes fiduciarios de juntas directivas). La asunción de Adam Smith, en relación a que la libre contratación es la única causa de la división del trabajo, se explica no sólo en que se basaba en las condiciones de su tiempo, sino también debido en parte a su preocupación (a pesar del título de su gran trabajo) por la distribución en relación con la producción de la actividad económica, o, en términos de Commons, con la escasez más que con la eficiencia.

¹¹ Nota de Traductor: El "Restatement of Contracts" forma parte del "Restatement of the Law"; tratados que se crearon por el American Law Institute con la finalidad de sistematizar los principios generales del *common law*. Si bien no tienen fuerza de ley ni son vinculantes para los jueces, el prestigio del Instituto y las personalidades involucradas en su elaboración han llevado a su gran difusión y a que sean tomados en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia.

El § 90 del "Restatement of Contracts" (1932) señala: **OBLIGACIÓN QUE RAZONABLEMENTE INDUCE A LA ACCIÓN O A LA ABSTENCIÓN** Una obligación que el deudor debe razonablemente esperar que induzca a la acción o a la abstención de un carácter definitivo y sustancial de parte del acreedor, y que en efecto induce a tal acción o abstención, es vinculante si la injusticia sólo puede ser evitada por la exigencia de dicha obligación.

¹⁴ "Sr. Coudert:... ¿Diría usted, Sr. Reporter, respecto a su caso de Johnny y el tío, donde el tío se obliga por \$1.000 para que Johnny compre un carro –digamos que sale y compra el carro por \$500–, el tío estaría obligado por \$1.000 o por \$500?"

Sr. Williston: Si Johnny hubiera hecho lo que se esperaba que él hiciera, o está actuando dentro de los límites de la expectativa de su tío, pienso que el tío estaría obligado por \$1.000; pero no viceversa.

Sr. Coudert: En otras palabras, la justicia substancial requeriría que el tío fuera penalizado por la suma de \$500.

Sr. Williston: ¿Por qué dice "penalizado"?

Sr. Coudert: Porque la justicia substancial estaría requiriendo en ese caso, me parece, que Johnny consiga el dinero para el carro, pero ¿debe él conseguir su carro y \$500 más? No me parece.

Sr. Williston: Por supuesto, sería posible decir que en la sección 88 [ahora § 90] se debe sustituir una sección del cuasi-contrato en el Restatement que permita, bajo estas circunstancias, que el acreedor recupere la suma que representa la lesión sufrida...". Cita de la discusión sobre la que ahora es § 90 del "Restatement of Contracts" divulgado en el "American Law Institute, Proceedings", Vol. IV. Apéndice. 1926. pp. 98-99.

explicación económica y jurídica no tienen aplicación a tales obligaciones. La sugerencia de que el valor de la expectativa sea adoptado como una especie de reemplazo del valor de la confianza debido a la dificultad de probar la confianza puede apenas ser aplicable a una situación donde efectivamente se requiera de una prueba de la confianza, y de hecho, confianza de un carácter “definitivo y sustancial”. La idea de que la expectativa está garantizada como compensación por dejar de lado la oportunidad de celebrar otros contratos similares tampoco es aplicable en esta situación, por la simple razón que no se ha “entrado” en ningún otro contrato. Finalmente, la política a favor de facilitar la confianza puede difícilmente ser ampliada indistintamente a todas las obligaciones. Cualquier política de este tipo debe presuponer que la confianza en la situación particular tendrá normalmente cierta utilidad general. Cuando se trata de “intercambios” u “operaciones de comercio” es fácil discernir esta utilidad puesto que tales transacciones forman el mismo mecanismo sobre el que se organiza la producción en una sociedad capitalista. Parece no haber motivo para asumir una utilidad general en las obligaciones que vienen bajo la § 90, en tanto son restringidas a una definición negativa—ellas no son negocios.

¿Es el uso de la regla “estándar” de daños a obligaciones no comerciales, entonces, una refutación sin respuesta a la explicación que hemos procurado de la regla? Pensamos que no. En primer lugar, es evidentemente posible que los jueces hayan dado, a través de la fuerza de la costumbre, un uso más amplio a la regla de lo que una investigación filosófica de sus bases posibles justificaría. En segundo lugar, no es claro en absoluto, respecto a las decisiones de cualquier rango, que la regla de reparación en el caso de estas obligaciones no comerciales sea necesariamente la que

mide los daños por la expectativa. Hay, como mostraremos en la segunda parte de este artículo, casos que indican lo contrario.

No es difícil demostrar que los contratos que acuerdan un tratamiento judicial son afectados por la relación entre el contrato particular y lo que llamamos “el sistema crediticio”. El contrato ideal desde el punto de vista del sistema crediticio es la obligación (comercial) de pagar dinero. Aquí encontramos una combinación de calidades legales que reflejan la íntima asociación de este tipo de contrato con la institución económica del crédito: enajenación gratuita por parte del acreedor; sustitución gratuita de la prestación de otro por el deudor; fácil convertibilidad entre las demandas presentes y futuras, siendo medida la diferencia por interés; los daños medidos por un criterio mecánico que excluye la consideración de particularidades de la situación; finalmente, los daños medidos por la expectativa, sin tendencia a sustituir una medida diferente.

Si no fuera por ciertas corrientes cruzadas que complican, podríamos esperar encontrar un aumento de uniformidad en la tendencia a remitir al demandante hacia el valor de la confianza mientras que progresivamente nos alejamos del sistema crediticio. Esto se daría de dos maneras, lo que podría ser ilustrado en el contrato a adoptar¹⁵. Mientras más lejos se lleve un contrato del sistema crediticio, más difícil es medir el valor de la expectativa. Mientras más lejos se lleve un contrato del sistema crediticio, menor es el incentivo judicial para conceder la expectativa, menor es la presión en las políticas básicas que justifican garantizar la expectativa en el acuerdo de negocios ordinario.

Nos hemos referido a factores complicados que producen un aumento constante en la tendencia a salir de la regla que garantiza la expectativa a medida que

En una discusión posterior sobre el caso del tío y de Johnny, se documentó al Profesor Williston diciendo en respuesta a la repetición de la pregunta porqué Johnny debe recibir más de \$500, “O bien la obligación compromete o no. Si la obligación compromete, tiene que ser ejecutada como fue hecha. Como dije al Sr. Coudert, podría dejar esta idea al tema de cuasi-contratos, de modo que el acreedor bajo esas circunstancias nunca sea reparado en la obligación pero sí recupere ese monto tal como le correspondería por cualquier lesión sufrida; sin embargo, me parece que uno tiene que tomar una alternativa o la otra. Uno tiene que decir, ya sea que la obligación es obligatoria o asumir la teoría de restauración del “status quo”. Ibid. pp. 103-104.

“Una obligación por mil dólares con la que se piensa comprar un carro debe comprometer si induce a la compra del carro”. WILLISTON. “Contracts 1”. Segunda Edición. 1936. § 140.

Por otra parte, el Profesor Gardner parece asumir que en los casos bajo la § 90 el acreedor debe ser “indemnizado al menos por la pérdida sufrida por la confianza” en la promesa. Él considera “la asunción de que una demanda por incumplimiento de la obligación debe necesariamente ser una demanda por reparar el valor de la potestad afirmada” como algo “analítica e históricamente incorrecto”. GARDNER. “An Inquiry into the principles of the Law of Contracts”. En: Harvard Law Review 46. 1932. pp. 1, 23.

¹⁵ En *Sandham v. Grounds*, 94 Fed. 83 (C.C.A. 3d, 1899) se sostiene que la reparación del incumplimiento del contrato de adopción está limitada al valor de la confianza. En: Harvard Law Review 13. 1899. p. 223, la regla allí incluida es observada como deseable “a pesar de ser contraria a la teoría de los daños”.

Puede parecer al principio desconcertante que haya un número considerable de casos que garantizan una “prestación específica” de los contratos de adopción. (Los casos serán encontrados recogidos en *1 C. J. 1379*). Un examen de estos casos revelaría, sin embargo, que son casos donde principalmente, si no enteramente, están presentes dos factores: (1) el padre adoptivo está muerto; (2) el demandante ha hecho todo lo necesario para perfeccionar sus derechos según los términos del acuerdo antes de la muerte del deudor. En tal situación, conceder la expectativa se puede explicar en dos argumentos: (1) el valor de la expectativa ha dejado de ser enteramente conjetural, siendo ahora simplemente por una parte del estado establecido por la ley, y (2) conceder una “prestación específica” —es decir, asignar al demandante una parte de la tenencia del niño— es el método más natural y más adecuado de reparar la confianza del demandante, o, como es usualmente el caso, de lograr una restitución de los valores recibidos por el deudor difunto. Ninguna de estas consideraciones aplican, sin embargo, donde todavía está vivo el deudor, o donde, como sucedió al parecer en el caso *Sandham v. Ground*, *supra*, hubo un rechazo del contrato por el padre adoptivo antes de que el niño haya realizado su parte del acuerdo.

nos alejamos del sistema crediticio. Lo más importante de esto recae en el hecho que los jueces tienen una preferencia natural por la regla de la reparación que ofrece un criterio fácil de administrar. Este factor tiene una importancia peculiar para las obligaciones que vienen bajo el § 90 del "Restatement", donde la expectativa está definida generalmente por una suma de dinero. Un intento de trazar la influencia de este factor será comprendido en la siguiente sección.

LA DIFERENCIA ENTRE LA MEDIDA Y EL MOTIVO, Y EL PROBLEMA DE LOS MOTIVOS MEZCLADOS

Hemos profundizado en la naturaleza de la mayor dificultad, que se encuentra en cualquier análisis de los propósitos de la ley contractual. Esta dificultad consiste en el hecho de que es imposible asumir que cuando un juez hace cumplir una obligación persigue solamente un propósito y protege necesariamente un "valor"; o que el propósito o el valor que forman el análisis razonado del accionar de los jueces considera necesariamente la reparación del demandante¹⁶. En la actualidad, puede que un juez no sólo considere en un caso dado como justificación más de uno de los tres "valores" contractuales que hemos distinguido, sino incluso, donde sea razonable suponer que un solo valor conforma la exclusiva *raison d'être* de la intervención legal, es posible que por razones de conveniencia y de certeza los jueces puedan elegir una medida de reparación que se diferencie de esa sugerida por el valor protegido.

Una dificultad en identificar el "último" de los motivos para hacer cumplir contratos existe incluso en cuanto a los primeros tiempos de la historia jurídica. Sin procurar repasar aquí qué se sabe referente a la historia temprana del contrato, puede ser dicho con seguridad que en Inglaterra¹⁷, en Roma¹⁸, y quizás generalmente en el derecho primitivo¹⁹, un lugar común es el que se puede llamar el contrato real, la "obligación de dar"²⁰, o el intercambio parcial. Por la confianza en una obligación del demandado de pagar un precio establecido, el demandante confiere una cierta ventaja al demandado;

el demandado incumple en pagar, y el demandante empieza un proceso por el precio convenido. Éste es, a grandes rasgos, el contrato real. Sin embargo, no era la única situación donde en ausencia de formalidades los jueces estaban dispuestos a intervenir, es probable que algunas de estas transacciones originalmente hayan concebido un núcleo factual imprescindible para la mayoría de contratos formales²¹.

Siempre que la ley confiera su intervención a esta situación (o hasta el punto de que conceda ciertos remedios sólo a esta situación) parecería que el propósito fundamental de la ley es la prevención del enriquecimiento injusto, puesto que el enriquecimiento del deudor a expensas del acreedor es la *sine qua non* de interferencia judicial. Con todo, a pesar que la prevención del enriquecimiento injusto puede parecer proveer el análisis razonado subyacente de la intervención legal en el caso del contrato real, la medida de reparación era, como sabemos, desde el comienzo el precio prometido, la expectativa. Varias explicaciones se pueden dar para esta discrepancia aparente entre las condiciones bajo las cuales la responsabilidad fue impuesta y los términos de la responsabilidad en sí misma. Incluso si se aceptara que el propósito único perseguido por los jueces era la prevención del enriquecimiento injusto, sería posible mirar el precio prometido como el más obvio y de método más simple para medir el grado de ese enriquecimiento, particularmente en una edad que se alejó de cualquier clase de auxilio legal que implicara valoración. Si esta es la explicación apropiada para la medida de daños en contratos reales, tenemos en ellos una ilustración de la divergencia entre la medida y el motivo; o, para hablar con menor injerencia en el epigrama, un caso donde a pesar de que el motivo fundamental era prevenir el enriquecimiento injusto el juez se inclinó por sustituir la medida que ese propósito normalmente dictaría por un método más simple y más fácil de administrar²².

Una explicación diferente y quizás más exacta se puede dar, sin embargo, por la medida de la reparación

¹⁶ Una falla a tener en cuenta, que puede ser llamada *motivational cross-currents*, parece constituir el principal error del valioso artículo del Profesor Cohen "The Basis of Contracts". En: Harvard Law Review 46. 1933. p. 553.

¹⁷ PLUCKNETT, Theodore F. "A Concise History of the Common Law". 1929. p. 401.

¹⁸ RADIN, Max. "Roman Law". 1927. § 60. El orden preciso en que los diferentes tipos de contratos informales se tornaron exigibles en Roma parece ser algo incierto. GIRARD, Manuel. "Éléments de Droit Romain". Octava Edición. 1929. p. 467. Evidentemente, tanto en Inglaterra como en Roma hubo una expansión gradual del auxilio garantizado, de manera que un beneficio directo del acreedor dejó de ser esencial.

¹⁹ DIAMOND, Arthur Sigismund. "Primitive Law". 1935. pp. 391-445. En relación a la ley babilónica y asiria escribe: "No hay transacciones que sean enlazadas por el mero hecho del acuerdo sin la transferencia de propiedad. Ese tipo de transacción comercial todavía no se ha alcanzado; la ley compensa por la pérdida, y hasta ahí llegan los intermediarios, y los precios de mercado que fluctúan día a día, no habría contrato puramente ejecutivo para comprar o vender en una fecha futura, ni podría haber pérdida económica por incumplimiento en la ejecución de tal contrato". *Ibid.* p. 409.

²⁰ HENRY. "Consideration in Contracts". 1917. Yale Law Journal. pp. 664, 678.

²¹ Como en el *nexum* romano (asumiendo que la transacción fue alguna vez utilizada para crear obligaciones), y quizás en el contrato cerrado en Inglaterra. POLLOCK, Sir Frederick y MAITLAND, Frederic William. "History of English Law". Segunda Edición. 1898. p. 213.

²² McCormick discierne como una de las ventajas de la regla de medir los daños de un fraude mediante el valor de la expectativa el hecho de que generalmente ofrece, en comparación con la regla que mide los daños mediante el valor de la confianza, "un estándar simple, razonablemente definido y fácil de entender". MCCORMICK, Charles T. "Damages". 1935. p. 453.

aplicada a los contratos reales. Puede ser dicho que el elemento del enriquecimiento injusto presente en esos casos sirvió para abrir, como sucedió, el impulso latente para sostener a los hombres en sus negocios. Los jueces habrían preferido ver a los hombres realizar sus acuerdos en todos los casos. Sin embargo, donde el acreedor no había dado hasta ahora nada para la obligación había una vacilación sobre la intervención legal (y sin duda también sobre la condenación moral), donde solamente la combinación del empobrecimiento injusto y del enriquecimiento injusto originó que los contratos reales sean necesarios. Visto de esta forma, la medida de reparación aplicada a los contratos reales no era tanto un caso de la divergencia entre la medida y el motivo como un caso de motivos mezclados.

La ambigüedad referente a los últimos motivos y a la congruencia entre la medida y el motivo que rondaba el período inicial de la historia jurídica deja una sombra sobre todos los progresos posteriores. Así, en los primeros tiempos de su crecimiento la acción de demanda fue claramente dominada por el valor de la confianza, de tal manera que Ames asumió, aún en ausencia de ejemplos, que la reparación de la obligación se debe limitar originalmente a la reparación por el cambio de posición²³. Sin embargo, si esta fue en efecto la regla original no lo fue por ningún acontecimiento anterior a la medición de los daños por el valor de la expectativa. Sin embargo, en tanto era solamente la obligación sostenida en la confianza la que se hacía cumplir por la acción de demanda, tenemos el mismo problema aquí del que teníamos en el caso del contrato real. ¿El valor de la expectativa fue tomado como la medida de reparación porque ofreció estándares más ciertos que el valor de la confianza, o porque el factor en la confianza sirvió para abrir el impulso de obligar a los hombres a que cumplan sus obligaciones? Es, por supuesto, imposible dar cualquier respuesta concluyente a esta pregunta.

En el derecho moderno el problema de motivos mezclados y la divergencia entre medida y motivación, aunque presente por todas partes, es más agudo en lo que se puede llamar obligaciones "no comerciales". En el caso de contratos que realizan una función en el "sistema crediticio", la cual, en otras palabras, tenga más o menos directa relación con el mecanismo que en una sociedad capitalista proporciona una organización para la producción, el intercambio, y la distribución de mercancías, el valor de la expectativa

tiende a ser dominante. Sin embargo, cuando salimos del reino del "comercio", como, por ejemplo, en las obligaciones que vienen bajo el § 90 del "Restatement of Contract", encontramos que la confianza retoma un papel importante. Una obligación que invita, pero no solicita como su "precio", va a ser exigible sólo cuando el acreedor haya confiado. Si la confianza es la *sine qua non* de la intervención legal, entonces la protección del valor de la confianza es obviamente una parte del motivo por el que los jueces actúan en tales casos. ¿Es éste todo el motivo? ¿La confianza también determina la medida de la reparación? Para estas preguntas, vitales como son, los fallos no nos producen ninguna respuesta clara. Como se ha recordado ya, Williston asume que la medida de reparación para estas obligaciones "no comerciales" es igual que para las "comerciales", es decir, la expectativa²⁴. Asumiendo que éste es un enunciado correcto de la ley (y existen muchos casos para apoyarlo así como para refutarlo), ¿cómo explicamos la discrepancia entre lo que aparece como el motivo fundamental (reparación por la confianza perjudicada) y la medida de la reparación, que ignora la confianza? Como en el caso de contratos reales y de la acción de demanda en sus primeros tiempos, dos explicaciones principales son concebibles. Si no consideramos la posibilidad de que los jueces hayan concedido la expectativa simplemente por costumbre, entonces, o se prefiere el valor de la expectativa como medida de reparación debido a su mayor determinación ("divergencia entre medida y motivación") o el factor de la confianza sirve como impulso para compeler a los hombres a cumplir sus obligaciones ("mezcla de motivos"). Por supuesto, no hay un método para demostrar cuál de estas es la "verdadera" explicación. Con todo, dejando la materia de control del motivo en este estado ambiguo, dejamos cuestiones sin resolver de importancia práctica muy considerable. Por ejemplo, si en los casos que vienen bajo la § 90 se prefiere el valor de la expectativa como una medida de reparación por su certeza, entonces podemos esperar ver que sustituya el valor de la confianza en cada caso donde ese valor consideró un cierto estándar para computar los daños. Por otra parte, si la confianza sirve simplemente como una especie de agente catalizador para estimular el impulso a que los hombres cumplan sus obligaciones, la pregunta acerca de si el valor de la confianza ofreció una medida practicable de reparación será irrelevante, y el valor de la expectativa será siempre adoptado como medida de reparación.

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

²³ Para estar seguro, Ames se expresó en términos del "reembolso por la pérdida de la cosa objeto de la obligación", que parece más una descripción de la restitución que la compensación por la confianza afectada. AMES, James Barr. "Lectures on Legal History". 1913. p. 144. Sin embargo, desde que no hay nada en la historia de la obligación que sugiera que el remedio habría sido restringido a la reparación del beneficio conferido, es seguro asumir que el lenguaje de Ames se debió a la no infrecuente aunque descuidada identificación del reembolso por cambio de posición con la restitución.

²⁴ Ver la nota 14 *supra*.

La misma dificultad en asignar al valor de la expectativa y al valor de la confianza los roles respectivos que se presentan en los contratos bajo la § 90 se produce generalmente en los contratos "informales" y "no-comerciales" (incluyendo muchos casos clasificados bajo títulos tales como *waiver* y *estoppel*), y en todos aquellos casos donde la confianza del acreedor es una condición indispensable para la interferencia judicial. Un estudio más detallado de casos de este tipo debe posponerse a la segunda parte de este artículo.

Estamos acostumbrados a pensar en obligaciones no comerciales, donde el acreedor debe demostrar confianza para ser reparado, algo tan anómalo, como si no se tratara de contratos en el sentido completo del término. Es digno de observación, puesto que demostrará qué tan sujetos a manipulación están nuestros "principios fundamentales", que sería incluso posible invertir nuestros conceptos de lo que es normal y lo que es anómalo, sin violentar las reglas que determinan en última instancia qué contratos deben ser exigibles. Podemos fácilmente basar la ley de contratos entera en una premisa fundamental de que solamente las obligaciones que se han basado en la confianza serán exigibles. Como principal excepción a este principio debemos enumerar el acuerdo de negocio bilateral²⁵. El análisis razonado para esta excepción se puede encontrar en el hecho de que en tales acuerdos es extremadamente posible que la confianza se dé y extremadamente difícil que se pueda probar. El tacto jurídico puede incluso sugerir conferírle a la excepción la investidura de una presunción concluyente. "En el caso de los acuerdos bilaterales de negocio no dispensamos la prueba de la confianza sino que presumimos que la confianza se ha dado y que la expectativa es la medida correspondiente del grado de confianza". Tal presunción ciertamente no generará más violencia a los hechos que la mayoría de las presunciones concluyentes. No es tan claro que tal racionalización de la ley contractual en términos de confianza no pueda tener ventajas sobre las formas más usuales de pensamiento que tienden a relegar el valor de la confianza al campo del *not quite contract law*.

Con este examen preliminar de los tres valores del contrato, estamos listos para volver nuestra atención

más directamente al valor que es el principal objeto de esta investigación, el valor de la confianza.

LA RELACIÓN ENTRE EL VALOR DE LA CONFIANZA Y LOS OTROS VALORES CONTRATUALES

Las definiciones abstractas que hemos dado a los tres "valores" del contrato; parecería en una lectura ocasional ser mutuamente exclusiva. Sin embargo, como siempre en derecho, estamos plagados de casos límite. Tal como lo mostramos la sección pasada, no sólo existe la ambigüedad concerniente a estos valores desde un punto de vista psicológico o de motivación, de modo que sea difícil decir cuál de ellos pueden "realmente" querer justificar los jueces; pero hay también una ambigüedad en ellos incluso desde un punto de vista analítico o de definición.

El valor de la confianza es, como hemos precisado ya, generalmente lo suficientemente amplio como para cubrir todos los casos que vienen bajo el valor de la restitución²⁶. Es también lo suficientemente amplio como para incluir algunos casos no cubiertos por ese valor. El problema de la relación entre estas dos bisagras de valores, por lo tanto, resulta en el problema de definir esta área extra del valor de la confianza. En tanto esta área comprende los casos donde el acreedor ha sido perjudicado por confiar en una obligación sin haber beneficiado al deudor, es obvio que la extensión de esta área dependerá del alcance dado al concepto "beneficio". Si definimos el beneficio específicamente, insistiendo en un aumento "real" de "activos" del deudor, entonces el campo de los casos cubiertos por el valor de la confianza, pero excluidos del valor de la restitución será relativamente grande. Así, si A fue empleada por B para probar hechizos, podemos, asumiendo que A se dedicó arduamente al cumplimiento de su tarea, encontrar daño a la confianza de A sin ningún "beneficio" correspondiente a B. En el otro extremo se encuentra la concepción que ve al "beneficio" como cualquier cosa que el deudor estipuló y por la que estaba dispuesto a pagar un precio²⁷. Si este concepto de "beneficio" es aceptado en su forma extrema, solamente un campo relativamente estrecho sería dejado al valor de la confianza. Cualquier acuerdo comercial basado en la confianza entraría automáticamente dentro del valor de la restitución. Fuera

²⁵ Éste es de hecho el acercamiento realizado por HARRIMAN. "Law of Contracts". Segunda Edición. 1901. § 133. "... Con algunas excepciones a ser resaltadas de ahora en adelante, el móvil de contratación debe ser uno dado confiando en la obligación". En la § 135 "Cuando un contrato consiste en obligaciones recíprocas, cada una de las obligaciones es el móvil de contratación de la otra. Decir que cada obligación está dada confiando en la otra no parecería estirar la teoría jurídica demasiado lejos; sin embargo, parece más simple mirar el caso de las obligaciones recíprocas como una excepción a la regla general".

"Podría discutirse que la base fundamental de los contratos simples históricamente fue efectuada en una justificada confianza en la obligación...". WILLISTON, Samuel. "Contracts 1". Segunda Edición. 1936. § 139.

²⁶ Sin embargo, vea los apuntes hechas *supra*. p. 54; y en la nota 2 *supra*.

²⁷ El "Restatement of Contracts" llega casi a esta afirmación, pero agrega que la ejecución esperada debe haber sido "recibida" por el demandado. "Restatement of Contracts". 1932. § 348. Al término "recibir", sin embargo, se le da una definición muy amplia. Ver el comentario a al § 348.

del valor de la restitución podemos encontrar solamente dos clases de confianza: (1) la confianza en las obligaciones que no son comerciales (como bajo el § 90 del "Restatement of Contracts"), y (2) la confianza no comercial en las obligaciones de negocio (la confianza "fuera del contrato", como, por ejemplo, en "alcanzar" otras ofertas). El campo ocupado por estos dos tipos de confianza puede, en cuanto se refiere al efecto legal, ser incluso más estrecho por la aplicación de nociones tales como "causalidad" y "previsibilidad". Por lo tanto, está claro que cualquier concepto que hiciera al "beneficio" equivalente al "acto comercial" dejaría solamente un campo extremadamente limitado para la exclusiva hegemonía del valor de la confianza.

La flexibilidad ineludible del concepto "beneficio" significa que dibujar la línea entre los valores de la confianza y de la restitución es finalmente un asunto algo arbitrario. Al sustituir "beneficio" por un término más terminante como "enriquecimiento" cambiamos la línea a una sola dirección; al sustituir un término más flojo como la "prestación recibida por el deudor" la cambiamos al otro sentido. En vista del hecho que la línea es fijada en última instancia por una especie de mandato conceptual, se debe notar que debe haber sido usual pensar en la restitución como un remedio totalmente distinto de la demanda común por un contrato. Donde "el contrato" es observado como habilitador de una especie de conducto para la demanda ordinaria, se convierte en una obstrucción para la forma de restitución y debe ser eliminado por "rescisión". No puede ocasionar asombro alguno el que, en esta hidromecánica legal, la visión deba perderse de los propósitos subyacentes a los remedios implicados.

El concepto (o quizá debamos decir la "visualización") de la restitución como algo enteramente diferente de una demanda "por el contrato" ha tenido un número de desafortunadas consecuencias. Entre ellas podemos

enumerar: (1) la entrada en el problema de la noción de "elección" (el demandante tiene que elegir por adelantado, a lo largo de qué ruta funcionará su acción) con la consecuencia que la restitución y la acción "sobre el contrato", no pueden ser, salvo provisionalmente, acumuladas en un solo proceso²⁸; (2) el requisito de que el demandante debe, como condición previa a un proceso por restitución, devolver cualquier beneficio recibido²⁹, y (3) la necesidad de siempre dar primero aviso sobre su intención de resolver el contrato³⁰. En ciertos casos es posible que el demandante evite las inconveniencias y los peligros implicados en la restitución iniciando una demanda por el valor de sus "gastos de ejecución", una demanda que protege el valor de la confianza (y por lo tanto, por implicancia necesaria, el valor de la restitución), pero que ha sido formulada como una demanda "sobre el contrato"³¹.

En un aspecto es quizás afortunado que el valor de la confianza, aunque extensivamente reconocido en nuestra ley, haya recibido reconocimiento de una forma cubierta —uno está tentado a decir, clandestina. De haber sido medido abiertamente como una base distintiva de la demanda, sería probable que los jueces hubieran obligado al demandante de un contrato a que "elijan" entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa. Afortunadamente, parece no haber sugerencia en los casos de la necesidad de esta elección, y la demanda que busca reembolso por la confianza por consiguiente ha permanecido libre de las trampas que rodean la acción para la restitución³².

Al distinguir entre los valores de la confianza y de la expectativa encontramos no tanto una línea divisoria cambiante como sí un grupo misceláneo de casos que parecen igual de felices en cualquiera de ambas categorías. Estos dos valores parecerán medidas idénticas, o casi idénticas, de reparación, en al menos tres tipos de casos.

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

²⁸ WOODWARD, Frederic Campbell. "Law of Quasi Contracts". 1913. § 266; WILLISTON, Samuel. "Contracts 3". 1920. § 1469. La doctrina de la elección se reduce a su aspecto más insignificante en el "Restatement of Contracts". 1932. § 381. Sin embargo, aun bajo el "Restatement of Contracts" sigue siendo imposible, aparentemente, combinar la restitución y la demanda por "daños" en una sola acción.

²⁹ "Restatement of Contracts". 1932. § 349; WOODWARD, Frederic Campbell. "Law of Quasi Contracts". 1913. § 265; WILLISTON. "Contracts". 1920. § 1460.

³⁰ WOODWARD, Frederic Campbell. "Law of Quasi Contracts". 1913. § 267. Al listar estas restricciones a la restitución como consecuencias desafortunadas de la idea de que la restitución está fundada en una destrucción del contrato, no queremos decir que todas son establecidas como ley. El último requisito mencionado es particularmente dudoso, como señala Woodward en la sección citada.

³¹ WILLISTON, Samuel. "Contracts". 1920. § 1341; "Restatement of Contracts". 1932. § 333.

³² En *Rabinowitz v. Markus*, 100 Conn. 86, 123 Atl. 21 (1923), sin embargo, aparentemente la única visión asumida es que una demanda de compensación por daños a la confianza (una porción importante de que aquello que no benefició al demandado) está basada en la resolución del contrato. Existe uniformidad de lenguaje en la decisión que puede ser interpretada como implicancia de que debe haber una elección entre una demanda por "daños" o una demanda para obtener reembolso por los gastos incurridos.

Se debe atender también a aquellos casos donde el demandante ha confiado en un contrato basándose en el *Statute of Frauds*, y donde las cortes se han sentido constreñidas (con la finalidad de evitar la apariencia de permitir una demanda "sobre el contrato") para tratar la demanda de compensación por daños a la confianza como una demanda por restitución. El que en estos casos ciertos aspectos de la confianza son usualmente compensados, los cuales no son propiamente cubiertos ni por la más generosa definición de reparación, será mostrado en la segunda parte de este artículo. En este tipo de casos, donde la demanda para obtener reparación por daños a la confianza tiene que ser disfrazada como una demanda para la restitución, es obvio que hay un peligro que el disfraz pueda ser tomado seriamente, y que la demanda esté sujeta a todas las limitaciones impuestas en una "verdadera" demanda de restitución.

Puede haber una señal de la idea de una elección entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa en las declaraciones ocasionales acerca de que el demandante no puede ser reparado por su desempeño efectuado y a la vez por el lucro cesante en una sola demanda. Ver la nota 44 *infra*. La base ostensible para esta visión es, sin embargo, el hecho de que permitir ambos aspectos daría lugar a una "doble reparación".

En primer lugar, donde la confianza del demandante toma la forma de actos esenciales para la exigencia del contrato por él (tal como ejecución parcial del contrato o preparaciones necesarias de ejecución) y el demandado incumple o rechaza el contrato antes de que la completa ejecución haya tenido lugar, es posible clasificar la demanda del demandante como apoyada solamente ya sea sobre el valor de la expectativa, o en la combinación de los valores de la expectativa y de la confianza. Si un constructor ha terminado la mitad de la estructura cuando el dueño de la propiedad pone fin al contrato, la solicitud del constructor incluirá dos tipos de daño: (1) gastos efectivamente realizados en la ejecución o preparación de su ejecución, y (2) la ganancia que hubiera obtenido con el cumplimiento total del contrato. Esto parece una combinación de los valores de la confianza y de la expectativa, y necesariamente será analizado si podemos restringir el alcance del valor de la expectativa a lo que se puede llamar la expectativa neta, en otras palabras, si hacemos de "el valor de la expectativa" y de "el lucro cesante" sinónimos. Sin embargo, en casos donde el demandante ha emprendido la ejecución o preparación para ejecutar un contrato rentable antes del incumplimiento del demandado, eso implica que no hay ninguna distorsión para decir que la expectativa del demandante es realmente doble e incluye (1) reembolso por lo que ha sido ejecutado, y (2) una ganancia adicional. A esta expectativa más amplia podemos llamarla el *valor bruto de la expectativa*. Usando este concepto más amplio la demanda del constructor en el caso supuesto parecerá estar enteramente fundada en el valor de la expectativa³³. La posibilidad de incluir un reembolso por el valor de la parte ejecutada bajo el valor de la expectativa es indicada por el hecho de que es posible establecer, enteramente en términos de expectativa, las medidas de reparación que, si toda la información relevante estuviera disponible, produciría la misma suma que la fórmula que medía la reparación por el valor razonable de lo que ha sido ejecutado más la ganancia. Ejemplos de estas medidas serían: (a) el pago por el trabajo ejecutado de acuerdo al contrato, más la ganancia perdida por la porción no ejecutada del contrato, (b) el precio total del contrato menos el costo de su finalización.

En segundo lugar, donde se concibe que el valor de la confianza trae consigo la pérdida de la oportunidad de celebrar contratos similares con otras personas, los valores de la confianza y de la expectativa tendrán una tendencia a acercarse el uno al otro, el grado exacto

de sus respectivas correspondencias dependerá del grado en que otras oportunidades de una naturaleza similar hayan estado disponibles para el demandante cuando éste suscribió el contrato objeto de demanda. El médico que al concertar una cita se priva a sí mismo de la oportunidad de concertar una cita similar con otro paciente presenta un caso de completa correspondencia entre el valor de la confianza y el valor de la expectativa. La tendencia de los valores de la expectativa y de la confianza a unirse en casos de este tipo tiene como consecuencia que el mismo aspecto del daño se puede clasificar a menudo bajo cualquiera de los dos títulos. Así, donde el incumplimiento del contrato del demandado resulte en la inutilidad de la propiedad del demandante por un período, los jueces al conceder al demandante el valor de la renta del predio ha considerado a veces que concedían el reembolso por la pérdida de la oportunidad de emplear la propiedad para otros propósitos (el valor de la confianza)³⁴, y a veces que concedían la compensación por la pérdida de las ganancias que habrían sido obtenidas si el demandado hubiera cumplido con su obligación (valor de la expectativa)³⁵.

En tercer lugar, los valores de la confianza y de la expectativa coincidirán en esos casos donde el incumplimiento del contrato dé lugar no simplemente a la pérdida del valor prometido sino también en un daño directo. Un granjero compra una vaca con la garantía de que esté libre de enfermedades. En efecto, la vaca está enferma y contagia a toda la manada del comprador. En lo que se refiere al aspecto de la pérdida directa (la contaminación de la manada) no es posible establecer una distinción entre los valores de la confianza y de la expectativa. Esta pérdida no habría ocurrido tanto si el demandado no hubiera incumplido su contrato, como si el demandante no hubiera suscrito y confiado en el contrato.

¿DEBE EL VALOR DE LA EXPECTATIVA FIJAR EL LÍMITE DE LA REPARACIÓN?

En los contratos por los que se entabla una demanda, el valor de la expectativa normalmente excede el valor de la confianza. Es posible, sin embargo, que el valor de la confianza pueda ofrecer al demandante una medida más generosa de reparación que la que ofrece el valor de la expectativa. En tales casos, ¿debería el valor de la expectativa ser considerado como un límite de reparación? Las secciones del Código Civil Alemán que consideran la protección del valor de la confianza establecen que la reparación bajo ninguna circunstancia

³³ Esto es así analizado en el "Restatement of Contracts", comentario a. 1932. § 333.

³⁴ Esta es, aparentemente, la forma en que la cuestión fue vista en *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896).

³⁵ Como en *Griffin v. Colver*, 16 N.Y. 489 (1858).

debe exceder el valor de la expectativa³⁶. El tratamiento de cobertura establecido con relación al valor de la confianza en nuestra ley hace imposible esperar una solución tan explícita y general al problema como se da en el *common law*. No faltan, sin embargo, insinuaciones de una perspectiva similar a la del Código Alemán³⁷. ¿Existe algún sustento para que a esta noción de reparación basada en la confianza nunca se le permita exceder el valor de expectativa?

Antes de intentar dar una respuesta es necesario destacar que existen al menos dos ambigüedades en nuestra pregunta, ambas tienen que ver con el significado de la expresión “valor de la expectativa”. En primer lugar, ¿se refiere este término al “valor neto de la expectativa” (“el lucro cesante”) o al “valor bruto de la expectativa”, la expectativa en el caso de una completa ejecución? Es bastante claro que la respuesta es esta última definición, en tanto un límite a la reparación en términos de “valor neto de la expectativa” sería un absurdo³⁸. El hecho de que el constructor de un edificio haya esperado ganar solamente 200 dólares por un contrato en su totalidad no debería impedirle recuperar, digamos, 5,000 dólares como reembolso por gastos hechos ante el incumplimiento del demandado. La segunda ambigüedad es más difícil de tratar. ¿Debe ser medido el valor en la expectativa “objetivamente” de acuerdo al precio del mercado o “valor razonable”, o debe ser medido en términos de su utilidad para el demandante en su particular situación? La importancia para un acreedor de una obligación de entregar una pieza de maquinaria por un “valor razonable” de 100 dólares podría sobrepasar el valor “objetivo”. Con esta pieza de maquinaria el demandante podría estar habilitado para operar su fábrica para ganar millones de dólares; sin eso, podría sufrir grandes pérdidas. Asumamos por el momento—en tanto el lenguaje usualmente empleado en la formulación de la limitación (“el precio completo del contrato”) justifica nuestra asunción— que el “valor de la expectativa” es medido “objetivamente” y descubra qué justificación puede haber para una regla que declare que la reparación por la confianza en un contrato nunca deba exceder el valor “objetivo” de la expectativa.

Para culminar con la anterior pregunta, es necesario investigar qué consecuencias puede originar el que el valor de la confianza exceda el “valor razonable” de la

prestación a la que se obligó el demandado. La opción más probable es que el demandante haya entrado en un contrato de pérdida. Un fabricante ha emprendido la construcción de una máquina por 1,000 dólares, previendo que será necesario destruir y reemplazar una pared de su planta por un costo de 1,500 dólares, con la finalidad de sacar la máquina cuando sea completada. Si el fabricante debe buscar recobrar el completo valor de la confianza (1,500 dólares adicionales al costo de materiales y labor en la construcción de la máquina), la objeción obvia podría ser que está intentando que la otra parte asuma lo ocasionado por su propio descuido. En respuesta, se podría indicar que él no tendrá oportunidad de hacer eso, salvo que la otra parte haya incumplido previamente el contrato. Si el comprador paga los 1,000 dólares acordados como precio de compra, ningún reclamo podrá ser hecho por el fabricante; para que el fabricante esté habilitado a reclamar por el todo, será porque el comprador ha incumplido. La verdadera pregunta entonces sería, ¿el incumplimiento del demandado debería tener la consecuencia de habilitar al demandante a tener derecho de reclamar la pérdida que él hubiera sufrido si el demandado hubiese cumplido el contrato? ¿Es ésta la penalidad apropiada que se impone por un incumplimiento de contrato? Probablemente en muchos casos no lo sea. Debería notarse, sin embargo, que en demandas de restitución, hay muchos casos que permiten al demandante recuperar el valor de los beneficios recibidos por el demandado, a pesar que este valor excede aquel valor de la contraprestación a la que se obligó el demandado³⁹. En estos casos no cabe duda que el incumplimiento del demandado debe ocasionar una pérdida de su derecho a retener los beneficios de un negocio ventajoso. Se estaría dando un paso más (particularmente cuando se dice que los “beneficios” que el demandado “retiene” en caso de restitución son usualmente algo más que ficciones legales) en poner una regla amplia cuyo incumplimiento debería privar al infractor del poder de limitar la reparación de la otra parte por la afectación de la confianza. Nuevamente, en un proceso por engaño, la reparación ha sido concedida al demandante por su confianza a pesar que ésta excedía el valor real de la prestación a la que se obligó el demandado, en otras palabras, el demandante habría efectuado un mal negocio incluso si las declaraciones del demandado hubieran sido ciertas⁴⁰. Casos de este tipo pueden distinguirse de los casos que

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

³⁶ §§ 122, 179, 307. El lenguaje de la limitación utilizado es en cada sección sustancialmente igual, “... jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit [o “Wirksamkeit”] des Vertrags hat”.

³⁷ Ver el “Restatement of Contracts”. 1932. § 333 (a). (“tales gastos no son recuperables en lo que excede el precio total del contrato”); GARDNER, George. “An Inquiry into the Principles of the Law of Contracts”. 1932. Harvard Law Review 46. pp. 1, 22. (“sin exceder el valor del poder afirmado”); *Glaspie v. Glasgow*, 28 Minn. 158, 9 N.W. 669 (1881).

³⁸ La limitación prescrita por Gardner (loc. Cit. *supra*, nota 37) parece ser expresada en términos del valor neto de la expectativa, aunque esta no fue probablemente la intención.

³⁹ WILLISTON, Samuel. “Contracts 3”. 1920. § 1485; WOODWARD, Frederic Campbell. “Law of Quasi Contracts”. 1913. § 268.

⁴⁰ *Wallace v. Hollowell*, 56 Minn. 501, 58 N.W. 292 (1894).

estamos discutiendo sólo en relación con la base incierta de que la política a favor del desincentivo del fraude es más fuerte que a favor del desincentivo del incumplimiento de contrato. Al comparar procesos por fraude y por indemnización, no queremos sugerir que el “valor total del contrato” (esto es, el valor “objetivo” de la expectativa) no deba limitar la indemnización del tipo de caso ordinario en discusión. Sólo sugerimos que quizá sea poco sabio dejar una regla categórica sobre la materia, y que es poco probable en caso de un particular incumplimiento inexcusable que los jueces puedan sentir que no hubo penalidad muy gravosa para el demandado para afectarlo con la pérdida en la que el demandante habría incurrido aun si el demandado hubiera cumplido su contrato.

Sin embargo, ¿implica necesariamente un exceso de confianza sobre el valor de la expectativa que el demandante haya incurrido en un negocio de pérdida? En el viejo caso de *Nurse v. Barns*⁴¹ el demandado “en retribución a 10£” se obligó a dar al demandante el uso de cierto predio por un periodo de seis meses. Confiando en esta obligación el demandante guardó un *stock* de bienes. El demandado, posteriormente, incumplió su obligación. En tanto sus gastos en los bienes devinieron inútiles, el demandante perdió £500, los que se le permitieron recuperar del demandado. Aquí, entonces, no había nada que indicara que el demandante habría entrado en un negocio de pérdida; por el contrario se encontró que el arrendamiento valía justamente lo que el demandante acordó pagar por él.

Es obvio que necesitamos una distinción entre las dos clases de confianza. Ciertos actos de confianza se dan en un sentido amplio por el “precio” de cualquier beneficio que el contrato pueda implicar para el demandante. A este tipo de confianza llamaremos “confianza esencial”. Bajo este título será incluido el cumplimiento de condiciones expresas e implícitas en contratos bilaterales, el cumplimiento del acto requerido por una oferta para un contrato unilateral, preparaciones para cumplir en los dos casos mencionados, y las pérdidas implicadas en celebrar el contrato en sí mismo, como, por ejemplo, perder la oportunidad de celebrar otros contratos rentables. En cuanto a esta clase de confianza (“confianza esencial”) si no limitamos la reparación por el “precio del contrato”, estamos permitiendo que el demandante traslade al demandado sus propias pérdidas

contractuales, cuando el demandado sólo es culpable por el incumplimiento del contrato.

En contraste con la “confianza esencial” se encuentra la clase de confianza implicada en el caso *Nurse v. Barns*, la cual llamaremos “confianza incidental”. La confianza del demandante allí (depositada en un *stock* de bienes) devino naturalmente, y podemos asumir, previsiblemente, del contrato. Sin embargo, no consistió en actos necesarios para el perfeccionamiento de los derechos del demandante en el contrato; no puede ser observado como el “precio” de la prestación del demandado. Cambiar la carga de tal confianza al demandado en una cantidad que exceda “el precio total del contrato” no significa atribuir al demandado las pérdidas contractuales del demandante. En tal caso no hay razón válida para limitar la reparación del demandante por el valor de la expectativa medida “objetivamente”. Si hay algún límite en todo esto, debería ser un estándar más generoso que el “precio del contrato”.

¿Debería haber algún límite de reparación en casos como *Nurse v. Barns*? Suponga que se ha demostrado en ese caso que el negocio contemplado por el demandante habría sido operado como una pérdida y que esta pérdida habría excedido el monto que el demandante haya intentado recobrar como reembolso por su confianza. Si el demandante está en tal situación permitida de ser reparada, es obvio que en efecto estamos trasladando al demandado la pérdida en que el demandante habría incurrido por el riesgo tomado en confianza del contrato. Para prevenir esto debemos limitar la reparación del demandante por el valor de la expectativa medida “subjetivamente”, esto es, en referencia a la ganancia o a la pérdida que razonablemente pueda ser anticipada por el negocio contemplado⁴². En la práctica esta limitación será de una significación leve, desde que en casos como *Nurse v. Barns* será poco posible juzgar con algo de precisión la suerte que hubiera corrido el riesgo tomado de no haber sido interrumpido por el incumplimiento de contrato del demandado.

Podemos resumir las conclusiones alcanzadas hasta ahora en los términos siguientes. Una demanda basada en la “confianza esencial”, debería normalmente estar limitada por el valor de la expectativa medida “objetivamente”, porque un exceso del valor de la

⁴¹ T. Raym. 77 (1664).

⁴² Una sugerencia de dicha limitación se encuentra en *Crutcher & Co. v. Elliott*, 13 Ky. Law. Rep. 592 (1892), donde la Corte dijo, “Mientras el demandante en este caso demanda para, y fue permitido de, recuperar el monto pagado por la semilla, el valor de alquiler de la tierra en la cual fue sembrada y el costo de preparar la tierra y de sembrar la semilla, aun así, en ausencia de cualquier alegación del demandado sobre hechos especiales, el valor de la cosecha es presumiblemente menor que el que hubiera tenido si la semilla hubiera sido de la calidad esperada, el demandado no ha sido perjudicado” (las cursivas son nuestras). Por otra parte, el hecho de que el demandante sólo haya sido “perjudicado a la par” en la empresa dependiente no significa negar o reducir la reparación por el daño a la confianza incidental. *Harrow Spring Co. v. Whipple Harrow Co.*, 90 Mich. 147, 51 N.W. 197 (1892).

confianza sobre el valor razonable de la obligación asumida por el demandado indicaría que el demandante habría entrado en un negocio de pérdida. Permitir una reparación más allá del "precio total del contrato" significaría permitir al demandante trasladar sus pérdidas contractuales al demandado. Donde la "confianza incidental" esté implicada no hay razón de limitar la reparación por el "precio total del contrato", es decir, la expectativa "objetiva". Por otro lado, no se le debe permitir al demandante trasladar al demandado las pérdidas incurridas por un riesgo asumido en confianza del contrato que se le hubiera permitido exigir al demandado por las pérdidas incurridas por celebrar un contrato en sí. Por consiguiente, en los casos donde el reembolso por la "confianza incidental" es la reparación considerada, se debe limitar por el valor de la expectativa medida "subjetivamente". En la práctica esta limitación será muy indefinida, sin embargo, de gran significación. Todos estos puntos están contenidos implícitamente en una fórmula bastante simple: *No debemos colocar al demandante en una mejor posición mediante un proceso de reembolso por las pérdidas incurridas en confianza de un contrato que en la que hubiera estado de haberse cumplido el contrato plenamente.*

Hemos hablado hasta ahora solamente de una amplia limitación en la indemnización del demandante. Sin embargo, la propuesta de evitar conferir al demandante ventajas mayores a aquellas que hubiera implicado el cumplimiento del contrato, lleva la carga posterior de tener que deducir de la reparación del demandante cualquier pérdida que habría sufrido de haberse cumplido el contrato. Si un contratista demanda una indemnización de 5,000 dólares gastados en un parcial cumplimiento de un contrato en el cual él hubiera perdido 1,000 dólares, probablemente muchos jueces hubieran concedido al demandante sólo 4,000 dólares⁴³. En casos de confianza incidental, la deducción de pérdidas previsibles pueden ser duplicadas, y abrazar ambas pérdidas contractuales (el demandante entró en un mal negocio con el demandado) y las pérdidas que él habría sufrido en la empresa dependiente incluso si esa empresa no hubiera sido frustrada por el incumplimiento del demandante.

La fórmula que nos lleva a no otorgar indemnización al demandante que busca ventajas en la confianza más extensas que las que le habría dado el cumplimiento del contrato, es útil como regla general, pero solamente como regla general. Como hemos sugerido ya, es poco posible que esta fórmula pueda, en algunos casos, ser vista de manera tan estricta en el demandante. Donde

el incumplimiento del demandado sea tal que provoque indignación, los jueces podrían desviarse de la ejecución maliciosa de un contrato para beneficio del incumplido al que esta fórmula parece implicar. Por otro lado, esta fórmula podría ser rechazada en algunos casos por ser demasiado generosa con el demandante. Un ejemplo quizás sería un contrato que cae bajo § 90 del "Restatement of Contracts". Un tío promete a su sobrino 1,000 dólares como regalo. El sobrino decide hacer un negocio, y, reservando la suma prometida para el pago de su alquiler, gasta una gran suma de dinero invirtiendo en acciones de mercancías. El tío declina en cumplir su promesa; el sobrino es forzado a abandonar sus planes, y vende sus acciones de mercancías sacrificando 2,000 dólares. No habría violación aquí de la fórmula sugerida si concediéramos al sobrino 2.000 dólares, al menos no si asumimos que la empresa del sobrino hubiera sido exitosa. El caso se diferencia, sin embargo, de casos como *Nurse v. Barns*, en que el contrato involucrado, si es un "contrato", es uno atípico. Su exigibilidad incluso por los 1,000 dólares prometidos se concibe para una flexibilización considerable de la doctrina legal. Puede, por lo tanto, hacer sentido que si la reparación aquí va a ser concedida, ésta deba ser limitada por el valor objetivo de la promesa del tío. Tal análisis racional parece ser la base de las limitaciones en las secciones del Código Civil Alemán antes mencionado. Estas secciones proveen de una reparación del valor de la confianza en situaciones donde, debido a una cierta circunstancia obstaculizante, un contrato perfecto (que rendirá el valor de la expectativa) no se llega a dar. En tanto el valor de la confianza es una especie de consuelo por no conseguir un contrato perfecto, sería ir más allá de la base subyacente de la reparación imponer al demandado una carga mayor que lo que la ejecución del contrato habría implicado.

EL PROBLEMA DE SUPERPONER ASPECTOS DEL DAÑO

Una cuestión cercana a los problemas que acabamos de discutir es la pregunta planteada por aquellos casos en los cuales los elementos de los valores en la confianza y en la expectativa se combinan en una demanda y se afirme que el demandante ha enumerado la misma lesión dos veces bajo diferentes rúbricas. Al ocuparnos de este problema de "doble reparación", es necesario recurrir a la distinción ya hecha entre las dos clases de confianza.

En lo que se refiere a la "confianza esencial" el problema de la doble reparación es controlada por el

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁴³ "Restatement of Contracts". 1932. § 333 (d); *Reynolds v. Levi*, 122 Mich. 115, 80 N.W. 999 (1899). Por otra parte, la deducción probablemente no sería hecha en una demanda por restitución. *Bush v. Canfield*, 2 Conn. 485 (1818).

mismo principio que subyace a los problemas discutidos en la última sección. Este principio, aunque vagamente establecido, supone que un hombre no puede demandar beneficios comerciales sin incurrir en sus costos. En tanto la “confianza esencial” consiste en esos actos que deben darse antes que el demandante tenga derecho a los beneficios del contrato y sea, por lo tanto, en un sentido, el “precio” de esos beneficios, es incorrecto que el demandante recupere esos beneficios y al mismo tiempo cambie el costo de ellos para el demandado –al menos, claro, si el incumplimiento del contrato es observado como una ofensa bastante seria para justificar el permitir una especie de acción *qui tam*. Si un demandante realizara su parte del contrato y después demandara compensación por la confianza implicada en su prestación, y al mismo tiempo el valor total de la ejecución del demandado, sería obvio que estaría pidiendo demasiado. El caso sería el mismo si ejecuta la mitad de su contrato y después, ante la negativa del demandado, busque la compensación en la tarifa del contrato por lo que él había hecho y al mismo tiempo compensación por su ejecución parcial.

Este principio contrario a comer la propia torta y tenerla aparte se aplica, sin embargo, sólo en esos casos donde el demandante busque lo que hemos llamado “el valor bruto en la expectativa”. Si un demandante busca en una demanda de indemnización la “confianza esencial” y el lucro cesante (“el valor neto en la expectativa”) no hay reparación doble implicada si ambos conceptos son permitidos⁴⁴. Aquí que el demandante ha, para estar seguro, comido su torta, pero pregunta solamente por la cubierta de la torta que le fue negada. De una manera menos metafórica, la razón por la que no hay aquí ninguna reparación doble recae en el hecho de que el lucro cesante está basado en una deducción del pasado del demandante o perspectiva de la “confianza esencial” (o su confianza real en la ejecución del contrato si esto ha excedido la “confianza esencial”) del valor de ejecución al que se obligó el demandado. Lo que sea agregado bajo el título de “confianza esencial” debe servir para reducir *pro tanto* el residuo que es el lucro cesante. Por lo tanto, si el lucro cesante

es correctamente calculado no hay peligro de una doble reparación en una demanda que combine la confianza esencial y el lucro cesante⁴⁵. (Una excepción sería si el demandante solicitara una compensación por su confianza en rechazar la oportunidad de celebrar otros contratos provechosos. Esto es, propiamente la “confianza esencial” y debe ser considerada así, por ejemplo, en la conexión con la regla de limitar la reparación por el precio total del contrato. Sin embargo, asumiendo que tal pérdida es compensable, no puede ser combinada con una demanda por el “lucro cesante”, porque a diferencia de otras formas de confianza esencial, este tipo de confianza no se deduce en calcular el monto de “el lucro cesante”).

A primera vista no parecería haber problema en la doble reparación por la conexión con la “confianza incidental”. En tanto la “confianza incidental” se da, como ocurrió, “fuera del contrato” parecería que no podría haber duplicación entre los aspectos comprendidos bajo ella y los comprendidos bajo el valor de la expectativa. Sin embargo, esto sería pasar por alto el hecho de que mientras la confianza incidental es *ex vi termini*, no esencial para el derecho del demandante de hacer cumplir el contrato, puede ser esencial para una realización concreta de los valores asumidos el medir el valor de la expectativa. El demandado incumple un contrato para proveer una película principal al demandante, el propietario de un cine. El demandante demanda intentando recuperar (1) la diferencia entre el ingreso bruto derivado de una película sustituta y lo que habría sido derivado de la película ofrecida, y (2) el reembolso por las sumas gastadas en la publicidad de la película ofrecida⁴⁶. Aquí, la confianza en el gasto del dinero para anunciar no era “confianza esencial”; el demandante habría podido mantener al demandado bajo contrato sin gastar un centavo en ese propósito. La publicidad no era por lo tanto el “precio” de la prestación del demandado. Sin embargo, era el “precio” de ese valor particular lo que el demandante busca atribuir a esa prestación. De haber cumplido el demandado su contrato, ¿se habrían deducido los gastos de publicidad de los ingresos brutos del demandante por el cuadro?; por lo tanto, sería

⁴⁴ “Restatement of Contracts”. 1932. § 333, comentario c, e ilustración 1; MCCORMICK, C. “Damages”. 1935. §142; ver *Estados Unidos v. Behan*, 110 U.S. 338, 345 (1883). Hay un número asombrosamente grande de casos en los cuales una opinión contraria es emitida. *Worthington v. Given*, 119 Ala. 24 So. 739 (1898); *Fontaine v. Baxley*, 90 Ga. 416, 17 S.E. 1015 (1892); *Noble v. Ames Mfg. Co.*, 112 Mass. 492 (1873); *Mount Pleasant Stable Co. v. Steinberg*, 238 Mass. 567, 131 N.E. 295 (1921); *Irwin v. Worcester Paper Box Co.*, 246 Mass. 453, 141 N.E. 286 (1923); *Otis v. Kootz*, 70 Mo. 183 (1879); *Holt v. United States Security Life Ins. Co.*, 76 N.J. Law 585, 72 Atl. 301 (1909).

⁴⁵ La calificación, “si el lucro cesante se computa correctamente” sirve para explicar las resoluciones judiciales, mencionadas en la nota anterior, de manera que una demanda por gastos en la ejecución del contrato es incompatible con una demanda por el lucro cesante. Existe una razón para suponer que en cada uno de los casos citados el lucro cesante era computado según un método que no implicaba la deducción de un gasto particular para el cual el demandante buscaba el reembolso. Así, en *Noble v. Ames Mfg. Co.*, 112 Mass. 492 (1873), el demandante hizo un viaje costoso con la finalidad de asumir sus deberes bajo un contrato de trabajo por un año. Él buscó ambos, reembolso por sus gastos de viaje y compensación por el salario perdido. Al negársele el reembolso por gastos de viaje, el juez omitió la posibilidad de computar el lucro cesante deduciendo estos gastos del salario anual, y asumió que el lucro cesante debe consistir en el salario prometido menos lo que el demandante podría ganar en otra parte después que se le negó el empleo. El que el problema de superposición en estos casos articula en última instancia el método por el cual el lucro cesante es computado se reconoce en: *American-Hungarian Pub. Co. v. Miles Bros.*, 68 Misc. Rep. 334, 123 N.Y. Supp. 879 (App. Term 1910).

⁴⁶ *Vitagraph-Lubin-Selig-Essanay v. Billings*, 87 Okla. 192, 209 Pac. 773 (1922).

incorrecto permitir que el demandante recupere la diferencia entre el ingreso bruto y los gastos de publicidad al mismo tiempo.

La superposición de aspectos del daño implicada en el caso apenas discutido es bastante obvia porque el valor de la prestación del demandado fue medido con especial referencia a la situación del demandante; los daños eran "especiales" más que "generales" y podemos observar qué factores se han considerado en la determinación de ellos. Sin embargo, donde los daños son "generales" (la diferencia entre el precio de mercado o el "valor razonable", y el precio del contrato), el problema de la superposición se vuelve más confuso. La dificultad aquí se presenta porque la figura que representa el precio del mercado o el "valor razonable" no es computado especialmente por los jueces sino representa un dato aceptado de fuentes no curiales. Es por lo tanto imposible saber exactamente qué factores entraron en su determinación. El juez Holmes expresó una vez la opinión de que el comprador bajo un contrato por la venta de aceite no podría recuperar la diferencia entre el precio de mercado (precio considerando recojo del comprador en la fábrica del vendedor) y el precio del contrato, y al mismo tiempo el reembolso por gastos incurridos en el arreglo para el envío del aceite. "Si ésta [la corporación del demandante] hubiera recibido el aceite, serían deducciones de cualquier beneficio que el demandante hubiera tenido. Sin embargo, si consigue la diferencia entre el precio del contrato y el precio de mercado, obtiene el valor que representa el aceite en sus manos, y permitir estos aspectos adicionales sería hacer que el demandado pague dos veces por lo mismo"⁴⁷. Se puede comparar con esta adquisición un número de casos que conceden al arrendatario que se le negó la posesión del predio, tanto el reembolso por gastos de mudanza pagados realizados antes del incumplimiento del demandado, como la diferencia entre el "valor razonable" del arrendamiento y la renta pactada en el contrato⁴⁸. Parece difícil distinguir estos casos del discutido por el juez Holmes, salvo que una corte o un jurado puedan en los casos que implican el "valor razonable" evadir la superposición de aspectos del daño mediante un ajuste (quizás intuitivo) en la estimación del "valor razonable", un ajuste que sería imposible de realizar en el caso de un precio de mercado.

El problema más confuso de todos es quizás el que se presenta por la combinación de una expectativa medida por el precio de mercado o el "valor razonable", y una

demanda por desembolsos publicitarios. El demandado incumple un contrato para asignar una patente. El demandante pide en su demanda: (1) la diferencia entre el "valor razonable" de la patente y el precio del contrato, y (2) el reembolso por las sumas gastadas en la publicidad de los artículos que debían haber sido fabricados bajo la patente. Para pasar al problema de superposición de aspectos del daño debemos considerar las siguientes preguntas: (1) ¿En qué medida la publicidad ha reflejado ya un aumento en el "valor razonable"? En este extremo habría superposición. (2) Asumiendo que la publicidad aún no tenía un efecto completo, o que fue gastado de una manera que no afectó el valor de la patente en sí, ¿en qué medida se permitió que los gastos de esta clase sean computados dentro del "valor razonable" de la patente? En este extremo, nuevamente, existe superposición. (3) Asumiendo nuevamente que la publicidad no ha aumentado el "valor razonable" de la patente, ¿en qué medida se puede observar la publicidad como un factor productivo independiente que se paga por sí mismo y que produce su propio retorno? En este extremo no habría superposición, en tanto el gasto por anunciar estaría en este aspecto bajo una empresa separada ocasionada por el contrato, y no simplemente un precio pagado para "adquirir" a un valor establecido en el contrato. Esta última pregunta implica un problema del tipo que los economistas tratan bajo el título de "*imputational economics*", a pesar que las condiciones para una aplicación efectiva de sus métodos estarán sin embargo apenas presentes en los casos probables a ser litigados⁴⁹.

Estas ilustraciones deben ser suficiente para sugerir las dificultades implicadas en el problema de la "doble reparación", dificultades que no pretendemos haber resuelto aquí. Como máximo, nuestra contribución ha sido localizar las fuentes de problema y tomar algunas de las necesarias distinciones preliminares.

EL VALOR DE LA CONFIANZA Y *HADLEY V. BAXENDALE*

Antes de discutir la relación entre el valor de la confianza y *Hadley v. Baxendale*⁵⁰ será necesario indicar brevemente qué nos parece que implica ese famoso caso, considerándolo no tanto como un acontecimiento en la historia jurídica sino como el símbolo aceptado para una serie de problemas. Puede decirse que el caso sustenta dos proposiciones: (1) que no es siempre sabio

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁴⁷ *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*, 190 U.S. 540, 546 (1903).

⁴⁸ *Koneman v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Driggs v. Dwight*, 17 Wend. 71 (N.Y. 1837); *Giles v. O'Toole*, 4 Barb. 261 (N.Y. 1848).

⁴⁹ Ver en VON WIESER, Friedrich. "The Problem of Attribution of Yields". En: *Social Economics*. Nueva York: Adelphi. Traducción de Hinrichs en 1927. § 20. Las dificultades en medir los efectos exactos de los gastos de publicidad en el volumen de ventas y en los precios se tratan en: SMITH. "The Imputation of Advertising Costs". En: *Economic Journal* 45. 1935. p. 682.

⁵⁰ 9 *Exch.* 341 (1854). Los problemas implicados en el caso son detalladamente analizados en MCCORMICK, C. "Damages". 1935. §§ 138-141.

hacer que el deudor incumplido pague por todo daño ocasionado como consecuencia de su incumplimiento, y (2) que específicamente la evaluación apropiada para determinar si aspectos particulares del daño deben ser compensables implica investigar si debían haber sido previstos por el deudor a la hora de contratar. El primer aspecto del caso es mucho más importante que el segundo. En su primer aspecto, el caso lleva una relación integral a las bases mismas de la responsabilidad contractual. Se declara en efecto que en tanto es sabio rechazar la ejecución conjunta de algunas promesas (desconsideraciones, promesas no aceptadas, promesa "social", etc.) es sabio no ir demasiado lejos en hacer cumplir esas promesas que se juzguen dignas de sanción legal. La respuesta al caso *Hadley v. Baxendale* (¿dónde debemos parar?) debe, inevitablemente, ser tan compleja como la respuesta a la pregunta (¿dónde debemos comenzar?), la cual está implícita en la ley del asentimiento mutuo, de la consideración, y en las reglas que gobiernan la formación de contratos generalmente.

En su segundo aspecto, *Hadley v. Baxendale* puede ser visto como una respuesta simplificada a la pregunta que su primer aspecto presenta. A la pregunta, ¿qué tan lejos debemos ir en cobrar al deudor incumplido las consecuencias de su incumplimiento?, se responde con lo que pretende ser una única evaluación, la de la previsibilidad. La simplicidad y comprensión de esta evaluación son en gran parte una cuestión de ilusión. En primer lugar, se califica abiertamente como inapropiada en ciertas situaciones donde la línea es dibujada mucho más cerca en favor del deudor incumplido que lo que la prueba de previsibilidad, como es entendida normalmente, dibujaría⁵¹. Existen, por lo tanto, excepciones a la evaluación, por no mencionar las autoridades que la rechazan en conjunto por ser demasiado gravosa para el incumplido⁵². En segundo lugar, es claro que la evaluación de previsibilidad es una evaluación menos definida en sí misma que una cubierta para una serie desarrollada de pruebas. Como en el caso de todos los estándares de "hombre razonable", existe un elemento de circularidad sobre la evaluación de previsibilidad. "¿Para qué aspectos del daño deben los jueces hacer responsable al deudor incumplido? Los que él, como hombre razonable, debió haber previsto. Pero, ¿qué debió haber previsto como hombre razonable? Aquellos aspectos del daño que el juez siente que debe pagar". La evaluación de previsibilidad está entonces sujeta a la manipulación del simple recurso de definir las características del

hombre hipotético que está haciendo la previsión. Por un proceso gradual de inclusión y exclusión judiciales, este "hombre" adquiere una personalidad compleja; comenzamos a saber apenas lo que "él" ha podido "prever" en una u otra situación, y terminamos, no con una única evaluación sino con una serie de evaluaciones. Esto ha sucedido evidentemente con la regulación de la negligencia, y está sucediendo, aunque de manera menos evidente, con el hombre razonable postulado por *Hadley v. Baxendale*.

Incluso si el hombre razonable que hace la previsión es una construcción jurídica, dotada justamente con las cualidades que la corte considera debe tener para el propósito actual, no parece que haya un *petitio principii* completo en la evaluación de previsibilidad. Cuando usamos en un tema de responsabilidad el estándar del "hombre razonable" hacemos por lo menos dos cosas. En primer lugar, aumentamos la posibilidad de que el caso sea determinado en última instancia por un jurado. A pesar que el juez pueda definir al hombre razonable, es seguro que su definición sea observada por el jurado, y cualquier evaluación que considere al hombre razonable disminuye la oportunidad de la corte de quitarle el caso al jurado. En segundo lugar, tanto si el caso es decidido en última instancia por el juez o por el jurado, establecer el problema en términos del hombre razonable crea una predisposición en favor de eximir la conducta *normal* o *promedio* de sanciones legales. El hombre razonable no es necesariamente el hombre promedio, pero pretende serlo, y la noción de lo que es normal y promedio pone freno al poder judicial de definir la razonabilidad. Sin embargo, la limitación está lejos de ser completa. Se torna ilusoria en aquellas situaciones donde los conceptos "normal" y "promedio" no tienen contenido definido; donde el "hombre promedio" es una construcción jurídica tanto como el "hombre razonable". La limitación se da a menudo incluso en aquellos campos donde, por formas establecidas de pensamiento y de actuación están algo definidas y son descubribles en ellos, la noción de lo "normal" y lo "promedio" tiene cierta realidad objetiva. Los jueces no han vacilado en investir al hombre razonable con capacidades mayores o menores que el hombre promedio. Como ejemplo de esta autonomía judicial, dentro del reinado de hechos, uno no necesita mirar más allá del caso que originó la evaluación de previsibilidad, *Hadley v. Baxendale* en sí⁵³.

Hasta aquí las implicancias generales de *Hadley v. Baxendale*. Nuestra discusión sobre la relación entre

⁵¹ MCCORMICK, C. Op. Cit. § 139.

⁵² *Ibid.* § 141.

⁵³ "Sin embargo, en *Hadley v. Baxendale* en sí, el portador fue advertido del uso al que el eje quebrado debía ser sometido y que la fábrica estaba cerrada, pero fue sostenido que esto no era suficiente, puesto que no le fue dicho que no había otro eje disponible!" MCCORMICK, Charles. "Damages". 1935. § 140.

este caso y el valor de la confianza tiene que ver con dos problemas distintos. Primero, asumiendo que es sabio evitar poner una sanción demasiado gravosa al incumplimiento del contrato, ¿existen casos donde el valor de la confianza puede ser sustituido por el valor de la expectativa formulada como medida de daños para reducir la reparación? En este sentido, la pregunta es si el valor de la confianza no podría servir como una especie de sustituto para la evaluación de *Hadley v. Baxendale*. En segundo lugar, ¿qué problemas para el valor de la confianza se presentan en *Hadley v. Baxendale*? ¿Debemos rechazar el conceder compensación por actos de confianza donde no son "causados directamente" por el contrato, o no eran "razonablemente previsibles" por el deudor? Discutiremos estos problemas en el orden dado.

En su artículo pionero sobre *culpa in contrahendo* Ihering sugirió que el valor de la confianza (en su terminología, el valor negativo) debía ser la medida apropiada de reparación en una serie de situaciones que podemos llamar contratos "*not-quite*"⁵⁴. Por ejemplo, en los casos donde existe un malentendido referente a los términos del contrato y donde, por consiguiente, aplicando una teoría "subjetiva" del asentimiento mutuo, llegaríamos a la conclusión de que nunca existió un contrato perfecto o completo, sin embargo, podríamos encontrar que el malentendido se debía predominantemente al incumplimiento de una de las partes, o que el riesgo del malentendido fue creado por la actuación de una de las partes. En esta situación puede ser justo imponer a la parte que estuvo en falta, o cuya actuación creó el riesgo del malentendido, la responsabilidad de compensar a la parte "inocente" de cualquier cambio de posición real por la confianza en la aparente contratación perfecta⁵⁵. Aquí paramos a medio camino, entre la responsabilidad completa del contrato (valor de la expectativa) y una negación de la responsabilidad en conjunto. En este aspecto, el valor de la confianza se asemeja a *Hadley v. Baxendale*, como un compromiso entre la no ejecución forzosa, y la completa pero muy onerosa ejecución de la obligación.

Discutiremos en la segunda parte de este artículo un número de casos en donde jueces americanos han restringido la reparación al valor de la confianza quizá principalmente porque sentían que imponer la responsabilidad por el valor de la expectativa sería ir demasiado lejos. Estos casos representan una especie de estación situada a mitad de camino entre ningún contrato y un contrato "completo". No se considera que casos de este tipo ordinariamente tengan ninguna relación especial con la problemática de *Hadley v. Baxendale*. Sin embargo, esto se da porque los dos aspectos de ese caso que hemos distinguido arriba son confundidos, y la evaluación de previsibilidad es permitida para oscurecer la implicancia más fundamental del caso, el hecho de que no es sabio imponer consecuencias demasiado onerosas ante el incumplimiento del contrato.

Al ocuparnos del problema *Hadley v. Baxendale* en su relación con el valor de la confianza en sí, es necesario recordar otra vez la distinción tomada entre la confianza esencial y la confianza incidental. En lo que se refiere a la confianza esencial, no hay generalmente ocasión para negar el reembolso de aspectos "remotos", y el problema de *Hadley v. Baxendale* no da normalmente ninguna dificultad. Aplicando la evaluación de previsibilidad, uno no vacilará en decir que el incumplido debió haber previsto que el demandante emprendería esos actos necesarios para hacer valer sus derechos sobre el contrato. Además, la limitación a la reparación por el precio completo del contrato es una limitación suficientemente drástica para dispensar con la necesidad de cualquier otro recurso de reducción de la reparación⁵⁶.

En relación a la confianza incidental, el caso es totalmente diferente. Aquí la limitación de la reparación por el precio total del contrato es generalmente inapropiada. La definición de este tipo de confianza es puramente negativa (consiste de aquellos actos de confianza que no son "esenciales"), existe la necesidad de otra limitación en la reparación. Sería imposible tratar aquí adecuadamente las maneras en que los jueces han solucionado este problema. Aquí, como en

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁵⁴ *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* (1860), publicado en IHERING, Rudolf von. "Gesammelte Aufsätze 1". 1881. pp. 327-425. La declaración de WILLISTON, Samuel. "Contracts 1". 1920. § 60a, y la insinuación a ser deducida de combinar el § 60AA y el § 63A de WILLISTON, Samuel. "Contracts 1". Segunda Edición. 1936., es que Ihering veía que fundar esta responsabilidad en un agravio es incorrecto. De hecho, Ihering dedicó una porción considerable de su artículo a demostrar que la responsabilidad se debe ser vista como contractual.

⁵⁵ La sugerencia de Ihering en cuanto a esta situación fue adoptada por el Código Civil Alemán, § 122, y el Código suizo de las Obligaciones, § 26. El Código suizo, sin embargo, da al juez la discreción para aumentar los daños más allá del valor de la confianza (presumiblemente valor de la expectativa) si hacerlo "correspondería a lo justo".

⁵⁶ En esos casos donde la expectativa es demasiado especulativa para servir como limitación significativa en la reparación, el problema de *Hadley v. Baxendale* puede presentarse como de confianza esencial. En *Williams v. Barton, 13 La. 404 (1838)*, el demandante rechazó un trabajo legal rentable para entrar en una empresa de negocio con el demandado. El juez negó el reembolso por la pérdida del trabajo del demandante sobre la base de que no era una pérdida causada por el incumplimiento del demandado—una objeción lo suficientemente amplia como para excluir la consideración del valor de la confianza en cualquier caso. Sin embargo, desde que el valor de la expectativa era demasiado conjetural como para ofrecer una limitación significativa en la reparación, es probable que un juez que quiere conceder generalmente el reembolso por la confianza afectada descubra que aquí carecía de una conexión "causal" entre la pérdida y el contrato, y niegue el reembolso sobre esta base. *Woodbury v. Jones, 44 N.H. 206 (1862)*, es un caso similar en sus hechos y sustentos.

cualquier otra parte, la discusión principal se da sobre la previsibilidad y la información⁵⁷. Aquí, como en cualquier otra parte, hay mucha razón para sospechar que los jueces están influenciados por factores que no tienen nada que hacer con la previsibilidad. Particularmente aparente es el impulso de preservar cierta proporción entre la responsabilidad impuesta al demandado y la prestación que le fue pagada bajo el contrato⁵⁸. Uno también nota que los aspectos comúnmente rechazados tienden a caer dentro de clases bastante definidas. Así, cuando un incumplimiento del contrato por parte del demandado convierte en imposible de sobrellevar un negocio previsto por el demandante, se distingue una tendencia a negar compensación por las sumas pagadas por el demandante a los empleados⁵⁹, mientras que los costos de movilidad y las pérdidas de mercancías son permitidas regularmente⁶⁰.

EL VALOR DE LA CONFIANZA EN EL "RESTATEMENT OF CONTRACTS"

La distinción que hemos hecho entre tres "valores contractuales" –el valor de la restitución, de la confianza, y de la expectativa– no se encuentra en el "Restatement of Contracts". La clasificación de ese trabajo sólo admite dos procedimientos para lidiar con el incumplimiento del contrato. Un juez podría escoger entre conferir al demandante el valor de la expectativa en la forma de daños o de la prestación específica, o podría conceder la restitución del demandante. No hay *tertium quid*. Esta simplificación del problema sería recomendable si realmente "funcionara". Desafortunadamente, no es así. Por el contrario, no sólo causa que el Restatement genere una impresión engañosa de la ley existente, sino que genera confusión dentro del sistema del "Restatement" en sí,

particularmente en conexión con el tema de la restitución.

En el comentario a la sección 347 se dice: "Al conceder la restitución como un remedio para el incumplimiento... el propósito buscado es la restauración de la parte afectada a una posición tan buena como la que ocupaba antes de que el contrato fuera hecho". Este pasaje hace parecer extrañamente a la restitución como reembolso por la confianza afectada, en especial porque en el mismo contexto la restitución se contrasta con otro propósito de la ley contractual, el cual es: "poner a la parte afectada en tan buena posición como habría estado de haber sido completamente ejecutado el contrato por el demandado". Cualquier esperanza, sin embargo, de que la "restitución" del "Restatement" sea lo suficientemente amplia como para cubrir el valor de la confianza debe frustrarse por lo expresamente provisto en la sección 348 y por la anterior y mucho más exacta descripción del remedio dado en el comentario a la sección 326, el cual lo describe en términos de un esfuerzo "para traer la restitución al valor de la prestación rendida por el demandante y recibida por el demandado". La discrepancia en estas descripciones de restitución y particularmente en la identificación (sin duda involuntaria) del valor de la restitución y de la confianza, en el pasaje citado inicialmente, es sintomática de una asunción subyacente al tratamiento integral de los daños contractuales en el Restatement, ese reembolso por la afectación de la confianza en una obligación no puede en sí misma ser un objeto propio de protección judicial⁶¹.

No obstante, sin comprometer el que esta asunción pueda ser adherida a los pasajes teóricos de los

⁵⁷ *Overstreet v. Merritt*, 186 Cal. 494, 200 Pac. 11 (1921); *Bernhard v. Curtis*, 75 Conn. 476, 54 Atl. 213 (1903); *Security Store & Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 51 S.W. (2d) 572 (1932); *Price v. Risen*, 31 Misc. Rep. 547-64 N.Y. Supp. 405 (1900); *Schatzinger Realty Co. v. Stonehill*, 19 Ohio C. C. (N.S.) 403 (1912); *Shaboub v. De Lacie*, 59 S.W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N.W. 952 (1904).

⁵⁸ El hecho de que los máximos beneficios derivados del contrato por el demandado eran muy pequeños en comparación con la responsabilidad que pretendió ser impuesta sobre él fue expresamente la base para negar la compensación solicitada en *Rochester Lanteren Co. v. Stiles & Parker press Co.*, 135 N.Y. 209, 31 N.E. 1018 (1892), y ninguna duda importante fue un factor latente en *Price v. Eisen*, 31 Misc. Rep. 457. 64 N.Y. Supp. 405 (App. Term 1900), y *Konemann v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913).

⁵⁹ *Kohemann v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Davis & Major v. Cincinnati, Hamilton & Dayton R.R. Co.*, 12 Ohio Dec. Rep. 463 (1855); *Sinclair Refining Co. v. Hamilton & Dotson*, 164 Va. 203, 178 S.E. 777 (1935); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N.W. 952 (1904). El reembolso por las sumas pagadas a los empleados fue, sin embargo, concedido en *Douglas v. Guardian Holding Corp.*, 132 Cal. App. 585, 23 Pac. (2d) 80 (1933); *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.* 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896); *Walter Box Co. v. Blackburn*, 157 S.W. 220 (Tex. Civ. App. 1913).

Parece existir también una aversión de conceder reembolso por la pérdida implicada en renunciar a un negocio por confianza en el contrato. *Schnierow v. Boutagy*, 33 Cal. App. 336, 164 Pac. 1132 (1917); *Williams v. Barton*, 13 La. 404 (1838) ("confianza esencial"); *Woodbury v. Jones*, 44 N.H. 206 (1862) ("confianza esencial"); *Greer v. Varnell*, 27 Tex. Civ. App. 255, 65 S.W. 196 (1901). El reembolso por tales pérdidas fue, sin embargo, concedido en *Overstreet v. Merritt*, 186 Cal. 494, 200 Pac. 11 (1921); y en *Shaboub v. De Lacie*, 59 S.W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933) se le permitió al demandante ser reparado por la pérdida implicada en rechazar un trabajo confiando en un contrato con el demandado, de arrendar una estación de servicio que el demandante planeó operar.

⁶⁰ Ver la nota 65 *infra*.

⁶¹ Al hacer esta asunción el "Restatement" por supuesto sigue el análisis de la mayoría de textos legales, que preservan vigorosamente, sin duda de las conveniencias pedagógicas, una nítida distinción entre el contrato y el agravio. El Profesor Williston es particularmente impaciente con cualquier intento de importar a la ley contractual lo que el Profesor Gardner (nota 37 *supra*, en 22) llama "el principio del agravio", es decir, el principio de que la compensación se debe conceder por la confianza afectada. Incluso los casos que conceden el reembolso por la confianza, cuando consiste en la ejecución del contrato, él lo ve en un lugar (WILLISTON, Samuel. "Contracts 3". 1920. § 1341) como "difícil de explicar... satisfactoriamente", en otro (§ 1455) como "erróneo", y en cualquier caso (§ 1340) como una "excepción" al "principio general". (Debe ser observado, sin embargo, que fue el Profesor Corbin, más que el Profesor Williston, quien delineó las secciones del Restatement en relación a los daños).

“Comments”, puede parecer que las provisiones de la sección 333 marcan un alejamiento de ella. Esta sección prevé para el reembolso del demandante sus gastos “razonablemente hechos en la ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”. Para alguien no iniciado en la sistemática del “Restatement” esto puede parecer un reconocimiento algo arrebatador del valor de la confianza. Sin embargo, incluso aquí la reparación, aunque confesamente excepcional, es considerada dentro de la cobertura del valor de la expectativa. “El juicio para tal gasto, por lo tanto, es un juicio por una porción del valor prometido por el demandado, cuyo recibo por el demandante se previene por el incumplimiento”⁶². No hay razón para discutir sobre esta inobjetable aunque ciertamente tendenciosa interpretación. Hay, sin embargo, mucha razón de ser perturbado por sus implicaciones negativas. Parece reforzarse la inferencia (justificada ya en el principio *expressio unius est exclusio alterius*) de que la sección 333 busca excluir todas esas clases de confianza en un contrato que no tome la forma de gastos “hechos en la ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”.

Si tratamos la sección 333, como parece debemos hacer, no como simplemente ilustrativa sino como una enumeración exclusiva de las clases de confianza que son compensables, ¿cuál es la base de la limitación

que contiene? ¿Por qué los “gastos” sobre la fe en el contrato a ser compensados deben consistir en la ejecución del contrato o en las preparaciones para ejecutarlo? Ciertamente, esta limitación no debe ser derivada de los casos. Es verdad que hay muchos casos que “sustentan” la sección 333 en el sentido que conceden el reembolso por los gastos hechos en la ejecución de un contrato o en la preparación para realizarlo. Sin embargo, ellos son inocentes de todas las insinuaciones, salvo de las más vagas, que son solamente los gastos que son compensables. Por otro lado, los casos son la legión sobre los que los jueces han concedido el reembolso por la confianza, lo que no consistió en la “ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”. Aparte de un grupo misceláneo y extenso de casos⁶³, podemos observar especialmente dos situaciones comúnmente recurrentes donde este tipo de reparación parece tan firmemente establecida como el remedio que el largo uso judicial le ha dado: (1) los numerosos casos de garantía de semillas que aseguran al comprador decepcionado sus gastos de plantación y cultivo⁶⁴; y (2) los casos que implican contratos para arrendar establecimientos/locales con propósitos del negocio, donde al arrendatario se le niega la posesión, recibe el reembolso por las pérdidas generadas en almacenar sus mercancías, por sus gastos de movilidad, y generalmente por gastos que “salieran de su

⁶² “Restatement of Contracts”, § 333, comentario a.

⁶³ Casos que concedieron el reembolso por los gastos hechos con anticipación a la llegada de bienes entregados al demandado para ser despachados: *Gray v. Wabash Ry. Co.*, 220 Mo. App. 773, 277 S.W. 64 (1925); *Security Stove & Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 51 S.W. (2d) 572 (1932); **Davis & Major v. Cincinnati, Hamilton & Dayton R. R. Co.*, 12 Ohio Dec. Rep. 463 (1855).

Casos que concedieron el reembolso por gastos hechos en la preparación de recibir y usar bienes que el demandado contrató para provisionarse: *Sperry and Hutchinson Co. v. O'Neill-Adams Co.*, 185 Fed. 231 (C.C.A. 2d, 1911); **Grosse v. Petersen*, 30 Cal. App. 482, 158 Pac. 511 (1916); *Harrow Spring Co. v. Whipple Harrow Co.*, 90 Mich. 147, 51 N.W. 197 (1892).

Casos Misceláneos: *Cohn v. Bessemer Gas Engine Co.*, 44 Cal. App. 85, 186 Pac. 200 (1919) (el demandante, que había comprado un motor del demandado para operar una bomba de irrigación, recuperó, *inter alia*, reembolso por el costo de la plantación de semillas de alfalfa cuando el motor falló en operar satisfactoriamente y la cosecha se perdió); *Dean v. White & Haight*, 5 Iowa 266 (1857) (el demandado incumplió un contrato para instalar un aserradero para el demandante; el demandante fue permitido de recuperar los costos incurridos en procurar un motor y una caldera para operar la fábrica); *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896) (el demandado incumplió un contrato para proveer gas a una fábrica de cristal; se le concedió al demandante, *inter alia*, el reembolso por el costo de transportar a trabajadores expertos para funcionar la fábrica); *American-Hungarian Pub. Co. v. Miles Bros.*, 68 Misc. Rep. 334, 123 N.Y. Supp. 879 (1910) (al demandante se le concedió el reembolso por los gastos incurridos en la preparación de participar en una exhibición que el demandado se había obligado a equipar); *Schatzinger Realty Co. v. Stonehill*, 19 Ohio C.C. (n.s.) 403 (1912) (al vendedor se le permitió recuperar los montos pagados a un arquitecto y a un contratista por anticipado por la construcción de un edificio sobre el terreno que el demandado se había obligado a transferir); *Martin v. Seaboard Air Line Ry.*, 70 S.C. 8, 48 S.E. 616 (1904) (el juez sostuvo que en el caso de un “incumplimiento final y completo” por el demandado de su contrato para construir un ramal corto para el demandante, el demandante tendría derecho de recuperar el reembolso por los gastos de mover su serrería al lugar del ramal prometido). En *People ex rel Burnham v. Flynn*, 189 N.Y. 180, 186, 82 N.E. 169, 171 (1907), se dictó una sentencia que determinó que el comprador de un boleto a quien se le negó la entrada al teatro pueda recuperar el reembolso por los gastos incurridos para asistir a la función (¿precio del taxi?).

En la mayoría de casos citados aquí y en las dos notas siguientes, la objeción que los daños contractuales se pueden medir solamente por la expectativa fue rechazada por los jueces de una manera muy sumaria. Quizá la discusión más extendida sobre este punto puede ser encontrada en *Security Stove & Mfg. Co. v. American Ry. Express Co.*, 227 Mo. App. 175, 182, 51 S.W. (2d) 572, 576 (1932). “El demandado afirma que el demandante ‘se está esforzando en conseguir en recuperar un *status quo* con una demanda basada en un incumplimiento de contrato. En lugar de intentar recuperar lo que él habría tenido si el contrato no se hubiera resuelto, el demandante está intentando recuperar lo que él habría tenido de nunca haber existido el contrato de envío... Sin duda, la regla general es que donde hay incumplimiento del contrato la parte que sufre la pérdida puede recuperar solamente lo que habría tenido de no incumplirse el contrato... Sin embargo, ésta es una simple declaración general de la regla y no es inconsistente con la afirmación de que, en algunos casos, la parte dañada pueda recuperar los costos incurridos en confiar en el contrato, incluso aunque tales costos hubieran sido incurridos si el contrato no hubiera sido incumplido”.

(Estamos endeudados a las varias anotaciones condicionantes del “Restatement” para ayudarnos a encontrar los casos indicados por un asterisco en esta nota y en la nota 65 *infra*, los cuales fueron citados, sin comentarios, como soporte del § 333).

⁶⁴ *Ferris v. Comstock, Ferre & Co.*, 33 Conn. 513 (1866); *Vaughan's Seed Store v. Stringfellow*, 56 Fla. 708, 48 So. 410 (1909); *Butler v. Moore*, 68 Ga. 780. (1882); *Crutcher & Co. v. Elliott*, 13 Ky. Law Rep. 592 (1892); *Moorhead v. Minneapolis Seed Co.*, 139 Minn. 11, 165 N.W. 484 (1917); *Lundquist v. Jennison*, 66 Mont. 516, 214 Pac. 67 (1923); *Reiger v. Worth Co.*, 127 N.C. 230, 37 S.E. 217 (1900). La única referencia a los casos de provisión de semillas en el Restatement está en la cuarta ilustración al § 331, la cual indica que el comprador puede recuperar el “lucro cesante” “si su evidencia da una suficiente base para estimarla”. Nada está dicho sobre qué sucede cuando la evidencia no es suficiente para este propósito.

bolsillo”⁶⁵. Ciertamente, sería difícil (aunque aparentemente en Georgia no sería imposible) identificar los aspectos de la confianza implicados en estos casos dentro de la noción de “ejecución del contrato o en la preparación necesaria de éste”⁶⁶.

¿Alguna otra sección del “Restatement” ofrece a estos casos de “confianza incidental” el amparo que la sección 333 le niega? (Será observado que el efecto práctico de la limitación en la sección 333 es excluir lo que hemos llamado “confianza incidental” y limitar el reembolso a la “confianza esencial”). La esperanza de tal amparo pudo haberse derivado inicialmente del lenguaje amplio utilizado en la sección 329, que indica que los daños del contrato serán dados para “la cantidad neta de las pérdidas causadas y los aumentos previstos por el incumplimiento del demandado”. El término “las pérdidas causadas por el incumplimiento del demandado” puede parecer lo suficientemente amplio como para incluir cualquier clase de daño a la confianza, cualquiera sea su naturaleza. Sin embargo, la esperanza de que este término pueda servir como una cubierta general para el valor de la confianza debe tener corta vida. El comentario a la sección 333 declara que los gastos hechos por el demandante en la ejecución de su contrato no se pueden considerar como “pérdidas causadas por el incumplimiento del demandado”⁶⁷. Si tales gastos no son pérdidas causadas por el incumplimiento, entonces ciertamente otras clases de daño a la confianza tampoco lo son. Al parecer, el término “pérdidas causadas” según lo utilizado en la sección 329, lejos de ser idéntico al daño a la confianza, intenta simplemente incluir esos casos donde el incumplimiento de un contrato genera un cierto daño directo, como en el caso en que se garantiza que una vaca estará libre de enfermedad y ésta infecta la manada del comprador. Las ilustraciones a la sección 329 implican esto.

La conclusión entonces será que el reembolso por daños a la confianza que no consista en la ejecución del contrato o en las preparaciones para ejecutarlo se excluyen del “Restatement”. Se excluye de su teoría, de sus previsiones expresas, y de sus ilustraciones⁶⁸. No sólo se excluye en el sentido que no recibe ningún reconocimiento explícito. Eso sería comprensible; el abandono de matices en el tratamiento judicial es inevitable en un intento de reducir a veinte secciones la ley entera de daños contractuales. Se excluye en el sentido que la sistemática del “Restatement” no deja ningún espacio por el cual pueda efectuar una entrada. No sólo no fue invitado al banquete, sino que las puertas han sido reforzadas contra su intrusión.

Hemos dicho que el reembolso por daños a la confianza “incidental” ha sido excluido de las ilustraciones del “Restatement”. Esto es casi, pero no absolutamente cierto. No hay quizá demostración más evidente de lo artificial de la restricción impuesta en la sección 333 que el hecho de que parece haber sido obviado en dos de las ilustraciones dadas bajo esa sección. En la quinta ilustración, A transfiere lotes a B bajo el compromiso de B de construir un hotel en ellos. A luego paga \$5,000 a un arquitecto por los planos del hotel. Ante el incumplimiento del contrato por B este aspecto del gasto es visto como reembolsable. ¿Fue este un acto de A que constituyó “ejecución del contrato o... preparación necesaria de éste”? Si es así, no hay nada en la ilustración que lo indique.

La séptima ilustración está basada en el caso *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*⁶⁹. En este caso el demandado estuvo bajo contrato para vender aceite al demandante, el cual debía ser entregado en la fábrica del vendedor. El demandante envió sus tanques para recoger el aceite. Ante el incumplimiento del demandado el demandante buscó el reembolso por el flete pagado

⁶⁵ *Schnierow v. Boutagy*, 33 Cal. App. 336, 164 Pac. 1132 (1917); *Douglas v. Guardian Holding Corp.*, 132 Cal. App. 585, 23 Pac. (2d) 80 (1933); **Bernhard v. Curtis*, 75 Conn. 476, 54 Atl. 213 (1903); **Musial v. Kudlick*, 87 Conn. 164, 87 Atl. 551 (1913); *Koneman v. Seymour*, 176 Ill. App. 629 (1913); *Tidwell v. Meyer Bros.*, 160 La. 778, 107 So. 571 (1926); *Narragansett Amusement Co. v. Riverside Park Amusement Co.*, 260 Mass. 265, 157 N.E. 532 (1927); **Driggs v. Dwight*, 17 Wend. 71 (N.Y. 1837); *Giles v. O'Toole*, 4 Barb. 261 (N.Y. 1848); *Walter Box Co. v. Blackburn*, 157 S.W. 220 (Tex. Civ. App. 1913); *Texas Power & Light Co. v. Roberts*, 187 S.W. 245 (Tex. Civ. App. 1916); *Shaboub v. De Lacie*, 59 S.W. (2d) 954 (Tex. Civ. App. 1933); *Gross v. Heckert*, 120 Wis. 314, 97 N.W. 952 (1904); *Nurse v. Barns*, T. Raym. 77 (1664); see *Hodges v. Fries*, 34 Fla. 63, 74, 15 So. 682, 685 (1894). But cf. *Rhodes v. Baird*, 16 Ohio St. 573 (1866).

⁶⁶ Casi idéntico en sus efectos con la principal provisión del § 333 del “Restatement” es § 20-1414 del Código de Georgia (1933) que dice: “Cualquier gasto necesario en que una de las dos partes contratantes incurra para cumplir con el contrato puede ser recuperado como daño”. En *Butler v. Moore*, 68 Ga. 780, 783 (1882), un caso en el que el demandante compró semillas para su propio uso, el juez ha dicho, “... si la semilla carecía de valor, la medición de los daños será el valor de la compra más los intereses y cualquier gasto incurrido con la finalidad de cumplir el contrato después de suscrito, así como la transportación de la semilla, la preparación de la tierra para plantación, la siembra, y el balanceo de dicha semilla...” (las cursivas son nuestras). ¡Ciertamente aquí había un objeto de lección para quienes esgrimieron el § 333! Si la Corte desarrolla hacia el Restatement la misma condescendencia traicionera que exhibe hacia los códigos, podremos quizás esperar ver al § 333 torturado en una manera similar. La sección 333, sin embargo, presenta un obstáculo para la ingeniosidad judicial que falta en el Código de Georgia, en la forma de limitación de la reparación por el “costo total del contrato”. Es difícil imaginar cómo el auxilio concedido en *Butler v. Moore* haya sido posible con tal limitación.

⁶⁷ Ver comentario a. Ver también los casos citados en la nota 56 supra.

⁶⁸ *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 Pac. 621 (1896), un caso en el cual el demandado al no poder ejecutar su contrato de provisión de gas ocasionó grandes e inútiles gastos al demandante para ser una fábrica de cristal, sirve dos veces como ilustración en el “Restatement”. Ver la sexta ilustración del § 329, y la sexta ilustración a la subdivisión (1) del § 331. En ambas ilustraciones la discusión se concentra enteramente en el problema de probar los beneficios esperados a ser derivados de las operaciones de la fábrica, mientras que en el caso real, los beneficios previstos fueron rechazados como demasiado conjeturales y el reembolso fue concedido por los gastos implicados en implementar la fábrica. Es innecesario decir que el caso *Gas v. Glass* no reaparece como ilustración al § 333.

⁶⁹ 190 U.S. 540 (1903), discutido supra en p. 83.

por estos tanques. No hay insinuación en la discusión de la ilustración sobre que esto no se podría mirar como acto compensable por daños a la confianza dentro de la sección 333. Sin embargo, ¿fue parte de la ejecución del contrato por el demandante el que envíe los tanques desde una distancia? Como el juez Holmes dijo en el caso real, "... es obvio que el demandante era libre de traer sus tanques de donde quisiera—desde una distancia de mil millas o desde la yarda colindante— por lo que concierne al contrato"⁷⁰. Por supuesto, uno podría decir que en enviar sus tanques el demandante se preparaba para ejecutar "el contrato para recibir el aceite" y que bajo las circunstancias, puesto que los tanques no se encontraban en una "yarda colindante", enviar los tanques desde una distancia era un acto necesario de preparación. Sin embargo, ¿dónde se dibuja la línea? ¿Estaba el demandante en el caso *Nurse v. Barns*⁷¹ preparándose para ejecutar su contrato de arrendamiento de los establecimientos/locales cuando compró un *stock* de bienes, bajo la teoría de que sólo con este acto podría ganar el dinero para pagar su renta?

Las preguntas recién planteadas revelan el hecho de que la limitación en la sección 333 no sólo no refleja con exactitud la ley, sino que sufre de una ambigüedad, o mejor dicho, de una serie de ambigüedades. La dificultad de decidir simplemente qué tan cerca debe estar conectado un acto con la "ejecución del contrato" antes de poder ser visto como "preparación necesaria de éste" acaba de ser mencionada. Asimismo, hay otras dificultades tan desconcertantes como ésta. ¿El término "ejecución del contrato" implica que el demandante deba haber estado bajo el cumplimiento de un deber? Si es así, entonces la sección 333 está limitada a los contratos bilaterales, y los gastos hechos confiando en la oferta de un contrato unilateral se excluyen. ¿La sección 333 evita medir los daños por la confianza afectada en el caso de obligaciones hechas bajo la ejecución de la sección 90? Para tales obligaciones el término "ejecución" es ciertamente inapropiado. El sobrino en *Devecmon v. Shaw*⁷² no estaba "ejecutando" nada; él simplemente confiaba en una promesa. Sin embargo, para tales promesas es a menudo sabio limitar la reparación al valor de la confianza.

En tanto parecen haber pocos argumentos para justificar una exclusión del daño a la confianza incidental en la reparación, nuestra pregunta final debe ser: ¿por qué estuvo la sección 333 expresada exclusivamente en términos de la "ejecución del

contrato" y la "preparación necesaria" para la ejecución? Hay probablemente un buen número de razones. En primer lugar, tal confianza, que es a grandes rasgos equivalente a lo que hemos llamado confianza "esencial", puede ser traída dentro de la cubierta conceptual de la expectativa. Puede encajar en un sistema que excluya el reembolso por la confianza afectada de los objetos legítimamente protegidos por ley contractual. No habría sido tan fácil ocuparse de la "confianza incidental" de la misma manera. En segundo lugar, los casos que implican reparación por gastos en la ejecución, o preparación para la ejecución, son los más fáciles de clasificar de los casos que conceden el reembolso por daños a la confianza. Por consiguiente, forman el tema de secciones especiales en los textos y digestos⁷³. Los casos que involucran otros tipos de confianza se han tratado menos sistemáticamente. Deben ser encontrados camuflados bajo títulos engañosos tales como: "Sin reparación por lucro cesante", habiendo obviado el anotador decir que hay reparación por los esfuerzos perdidos. En tercer lugar, dos de las limitaciones impuestas en la sección 333 serían inapropiadas de aplicar en relación a la confianza incidental, tal como ahora están planteadas. Éstas son la subsección (b), que se ocupa del problema de la doble reparación, y la subsección (a), que prevé que la reparación total no puede en ningún caso exceder el "precio total del contrato". (Debe ser observado que la limitación de la subsección (a) destruye cualquier esperanza que por una amplia interpretación de la "ejecución" o "preparación para la ejecución" los jueces puedan hacer provisión adecuada de la reparación por el daño a la confianza incidental, en el marco de la sección 333). Finalmente, puede haber habido una sensación de que si la reparación por daños a la confianza era extendida muy ampliamente, la dificultad de *Hadley v. Baxendale* llegaría a ser desconcertantemente aguda. Debe ser admitido que hay una verdadera dificultad aquí, pero la sección 333 parece una solución demasiado simple y drástica para ella.

Nuestra discusión del Restatement hasta el momento se ha relacionado enteramente a su falta en tomar en cuenta la "confianza incidental". Así como con la "confianza esencial", debe ser observado, sin embargo, que el "Restatement" transporta una impresión engañosa de la jurisprudencia. En nuestra discusión del problema de *Hadley v. Baxendale* nos referimos a casos donde los jueces han restringido

Lon L. Fuller
William R. Perdue, Jr.

⁷⁰ Ibid. p. 545.

⁷¹ *T. Raymond 77 (1664)*.

⁷² *69 Md. 199, 14 Atl. 464 (1888)*. Debe ser observado que en lo referido a la restitución, el Restatement hace expresa previsión para casos de este tipo. § 347 (1) (b).

⁷³ El título "Daños" en 17 C.J. § 126, y 8 R.C.L. § 56; WILLISTON, Samuel. "Contracts". 1920. § 1341; PÁGE. "Contracts". Segunda Edición. 1922. § 3208.

deliberadamente la reparación al valor de la confianza, incluso donde el valor de la expectativa podría ser probado fácilmente. Estos casos no encuentran ningún eco en el Restatement. La sección 333 se expresa en términos de una opción del demandante, y el único obstáculo para una reparación por el valor

de la expectativa que reconoce es la dificultad de la prueba. El que en algunas situaciones puede encontrarse otro obstáculo formidable en la forma de determinación judicial, para limitar la protección legal al valor de la confianza, será demostrado en la segunda parte de este artículo.