

Steven M. Shavell^(*)

¿Es inmoral el incumplimiento contractual?^(**)



La pregunta que aquí nos planteamos se centra en cuándo y porqué puede considerarse como inmoral el incumplimiento de un contrato. La perspectiva de que existe algo malo en la persona que se aparta de un contrato o bien, equivalentemente, de que una persona debe cumplir sus obligaciones contractuales, se encuentra extensamente reconocida. El *Restatement of Contracts*, por ejemplo, hace alusión a la “santidad del contrato y a la obligación moral resultante de honrar nuestras promesas”⁽¹⁾ y, por su parte, un reconocido comentarista aseveró -en una declaración propia de esta perspectiva- que un “contrato debe ser respetado porque se debe respetar una promesa”⁽²⁾.

Con todo, resulta evidente que los contratos son a menudo transgredidos y que el derecho permite ello, sin la imposición de sanciones rigurosas: quien incumple un contrato es generalmente obligado solo al pago de los daños ocasionados a la víctima del incumplimiento. Usualmente, la parte incumplidora no es castigada o compelida a la ejecución del contrato. La capacidad de incumplir y de pagar un resarcimiento se eleva en aparente oposición a, o por lo menos plantea dudas sobre, el deber moral de ejecutar el contrato⁽³⁾.

(*) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Director del John M. Olin Center for Law, Economics, and Business, Profesor Samuel R. Rosenthal de Law and Economics de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. El autor desea agradecer a Ian Ayres, Oren Bar-Gill, Omri Ben-Shahar, Melvin Eisenberg, Charles Fried, Louis Kaplow y Eric Posner por los comentarios; David Katz, Gary Lee, Michael Simkovic y Jane van Lare por asistirlo en la investigación; y al John M. Olin Center for Law, Economics, and Business de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard por el apoyo en su investigación.

(**) Publicado originalmente en la *Emory Law Journal*, volumen 56, 2006. pp. 439-460, bajo el título *Is breach of contract immoral?*. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor y de la Emory Law Journal.

La traducción del inglés y la gestión de las autorizaciones estuvo a cargo de Renzo E. Saavedra Velazco, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Se han añadido notas del traductor para procurar esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del trabajo traducido o para incluir algunas referencias bibliográficas, las cuales serán identificadas con la abreviatura (NT).

(1) *Restatement (Second) of Contracts, Introductory*. Nota al capítulo 16, 1981. p. 100.

(2) FRIED, Charles. *Contract as promise: A theory of contractual obligation*. 1981. p. 17.

(3) *Restatement (Second) of Contracts, Introductory*. Nota al capítulo 16, 1981. p. 100.

El objetivo tradicional de los remedios en el derecho contractual no ha sido constreñir al promitente a ejecutar su promesa, sino a compensar al promisorio por las pérdidas resultantes del incumplimiento, no se ha concedido un resarcimiento punitivo por el incumplimiento contractual, la ejecución forzada no se ha concedido cuando la compensación pecuniaria de daños sea un adecuado sustituto para la parte afectada.

Véase también, CALAMARI, John D. y Joseph PERILLO. *The law of contracts*, 4ta. edición, 1998. § 16.1, “el principal remedio que el sistema jurídico anglo-americano ofrece como remedio sustituto, es normalmente la reparación de daños (...) la ejecución forzada es un remedio extraordinario (...)”.

¿Es inmoral el incumplimiento contractual?

El *Restatement*^(NT1) y los comentaristas parecen ser de la opinión que el incumplimiento y el pago de un resarcimiento por daños son tolerables, o en algunas ocasiones incluso deseables, por razones prácticas o económicas⁽⁴⁾. Algunas autoridades parecen casi haber celebrado la opción de incumplir un contrato, ello a pesar de su aspecto moral negativo. Holmes, notablemente, escribió que “el deber de cumplir un contrato (...) significa (...) que uno debe pagar daños si es que no lo cumple, y nada más” inclusive aunque “tal modo de observar la materia repugna a aquellos que piensen que resulta ventajoso mantener tanta ética en el derecho como sea posible”⁽⁵⁾.

Frente al contexto descrito, en la primera parte del presente ensayo nos preguntamos si es inmoral transgredir un contrato. Para considerar bien la cuestión, uno debe, desde luego, enunciar qué constituye un comportamiento moral dentro del contexto contractual y para ello empleamos una definición simple y natural: el cumplimiento es moralmente requerido si y solo si las partes contractuales especificaron o habrían especificado, la ejecución del contrato en caso se verifique el evento que motiva el incumplimiento. Dada esta definición, el primer punto que discutimos es por qué, regularmente, un incumplimiento no puede ser catalogado automáticamente como inmoral. Sostendremos que la razón de ello radica en que cuando ocurre un incumplimiento del particular evento que se ha suscitado, lo cual resulta por lo general cierto, no ha sido desarrollado explícitamente en el contrato⁽⁶⁾. Ello significa que uno no podrá saber directamente del contrato si es que las partes habrían querido la ejecución del contrato en la específica situación que

se ha suscitado en la realidad y de allí calificar de ilícito el incumplimiento. Cuando, por ejemplo, un locador incumple un contrato de recojo de nieve ante la contingencia de que su equipo sea robado, o ante el hecho que la nieve sea tan profunda que le resulte difícil transportar su equipo de trabajo al lugar designado por el comitente, y estas circunstancias no fueron tratadas explícitamente en el contrato, uno no sabrá si el incumplimiento debe ser considerado inmoral. Con todo, si la parte incumplidora debe pagar un resarcimiento, podemos hacer una inferencia importante: dicha parte no habría estado dispuesta a incumplir a menos que el costo de ejecución (o bien la ventaja de la ejecución) ante tal circunstancia excediera el nivel del resarcimiento. Particularmente, tomando en cuenta la medida de los daños a la expectativa, podemos razonar que el costo de ejecución debe haber excedido a la expectativa generada en la contraparte. Empero, si el costo de ejecución fuese así de alto, se evidenciaría que, si las partes hubiesen tratado explícitamente la circunstancia en cuestión, ellos habrían racionalmente convenido que no habría la obligación de ejecutar el contrato frente a su ocurrencia. En suma, podremos deducir del hecho de que la parte incumplidora estaba dispuesta a pagar un resarcimiento calculado en base a los daños a la expectativa que el incumplimiento verosímelmente no resulta

(NT1) Un *Restatement* es una exposición pormenorizada y sistemática del estado de la jurisprudencia en una determinada área del Derecho. Sin embargo, no sólo se limita a ello, pues en cada sección o párrafo se expone también la opinión de un autor o comentarista a fin de aclarar los alcances de determinada regla. En el caso del sistema norteamericano tal labor es llevada a cabo por *The American Law Institute*.

(4) *Restatement (Second) of Contracts, Introductory*. Nota al capítulo 16, 1981. p. 100; en donde se observa que el cambio de circunstancias puede llevar a que una parte del contrato desee incumplir con la intención de evitar pérdidas y que esta razón económica para el incumplimiento contractual resulta consistente con las decisiones tradicionales del *common law*; véase también E. Allan FARNSWORTH. *Contracts*. 3ra. edición, 1999, §§ 12.1-3.

(5) HOLMES, Oliver Wendell Junior. *The path of the law*, en *Harvard Law Review*. Volumen X, 1897. pp. 457-462. Aunque este muy citado pasaje sugiere que HOLMES encontraba tanto al incumplimiento contractual cuanto al pago por los daños ocasionados como moralmente irreprochables, más adelante señalamos que esta no es una interpretación apropiada de su significado. Véase *infra* § 4.

(6) Es probable que la razón por la que un lector observe con recelo esta declaración es porque interpreta que es una explícita disposición contractual frente a una contingencia de modo distinto a la que nosotros lo hacemos, y sugerimos que tal lector reserve cualquier juicio hasta que él o ella haya considerado el desarrollo expuesto en la primera parte del ensayo, especialmente el acápite 1.3. *La ausencia de completitud que se observa en los contratos*.

Steven M. Shavell

inmoral, en la medida que las partes probablemente no habrían estipulado la ejecución bajo la situación suscitada.

Esta inferencia, la que califica a un incumplimiento contractual suscitado en base a la medida del resarcimiento por daños a la expectativa probablemente no es inmoral, no puede ser hecha, sin embargo, si es que la medida del resarcimiento es menor que la de los daños a la expectativa. Si eso sucede, el hecho del incumplimiento no implica que las partes racionalmente habrían convenido el incumplimiento en tal situación. Puede ser que lo acuerden o puede ser que no.

En la segunda parte del ensayo, me pregunto si el incumplimiento en la realidad pueda ser factiblemente calificado de inmoral, dado el análisis de la primera parte y mi definición de incumplimiento inmoral. La conclusión principal alcanzada fluye de la observación de que, en la práctica, el resarcimiento por incumplimiento es probablemente menor que el verdaderamente compensatorio, y quizás en sustancia lo sea. Por lo tanto, la intención de incumplir de una de las partes no implica que la inejecución habría sido acordada por ellas frente al evento que se ha suscitado, y al estar así las cosas el incumplimiento podría ser inmoral. Es necesario considerar cuan fuerte resulta la razón del incumplimiento del contrato para conocer si el incumplimiento es inmoral.

En la tercera parte, informamos sobre las actitudes que asumen los individuos en torno al incumplimiento contractual, ello en base a un estudio que efectuamos. El estudio demuestra que si los individuos son consultados, en general, sobre si el incumplimiento resulta poco ético, ellos responderán por lo general que sí lo es. Si, a pesar de ello, se les dice a los individuos que el incumplimiento ocurrió en una circunstancia que no fue regulada explícitamente por el contrato y que, si la situación hubiese sido tratada, las partes contratantes saben que la ejecución no habría sido estipulada para tal evento, los individuos no tienden más a percibir el incumplimiento como ilícito.

En la cuarta parte, hacemos un recuento de la literatura que aborda la moralidad del incumplimiento contractual y también

la literatura que analiza el así denominado incumplimiento eficiente, en la medida que ello se relaciona con cuan deseable puede resultar un incumplimiento desde el punto de vista económico. Dicha literatura no toma en cuenta el punto sobre el cual se coloca el acento en el presente ensayo: los contratos a menudo no mencionan explícitamente aquellas circunstancias que pueden acaecer, y cuando lo hacen, los contratos no ilustran el tipo de promesa a la cual necesariamente se vincula el deber moral de ejecución⁽⁷⁾. En relación a ello, la literatura que aborda la moralidad del incumplimiento no reconoce la inferencia que se ha mencionado respecto de que se puede extraer tal calificación de la intención de una de las partes de incumplir el contrato y pagar un resarcimiento calculado en base a los daños a la expectativa. Debido a estas omisiones, tal literatura asigna un peso al deber moral de obedecer un contrato que resulta del todo diverso al peso que es sugerido por la lógica de este ensayo.

Concluiremos efectuando algunas observaciones acerca de las implicancias del presente ensayo para las recomendaciones morales y jurídicas que suelen ofrecer los comentaristas del derecho contractual.

1. La moralidad del incumplimiento: en principio

Aquí desarrollamos el argumento analítico central que ha sido subrayado en las páginas anteriores. A saber, definimos el comportamiento moral en vinculación a las disposiciones contractuales frente a específicas situaciones, a tal efecto explicaremos por qué

(7) Sin embargo, dos de mis propios escritos enfatizan que bajo el cálculo del resarcimiento en base a los daños a la expectativa el incumplimiento ocurre frente a eventos que las partes no habrían acordado su ejecución de una manera completamente detallada. Véase SHAVELL, Steven. *Damages measures for breach of contract*. En: *Bell Journal of Economics*. Volumen XI, 1980. pp. 466 y 467-469; véase también, KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. *Fairness versus welfare*. 2002. pp. 155-221.

¿Es inmoral el incumplimiento contractual?

los contratos tienden a omitir referencias expresas a múltiples circunstancias y analizaremos el incumplimiento ante eventos no previstos, todo ello en función al resarcimiento por daños a la expectativa o bien el menor monto que deba ser pagado.

1.1. La definición de comportamiento moral ante una eventualidad

Asumimos que si un contrato provee explícitamente una regulación frente a un evento particular, entonces no resulta ambigua la existencia del deber moral de la parte deudora en caso suceda dicho evento: tal parte se encontrará obligada a ejecutar el acto adeudado si y sólo si la disposición contractual relacionada con el evento indica que el acto deba ser ejecutado. Asumamos luego un contrato según el cual se supone que el locador deberá limpiar la calzada de una persona si es que nieva y la situación imprevista es el robo del equipo de limpieza de nieve del locador. Si el contrato menciona esta posibilidad e indica que si ello ocurre, el locador todavía se encuentra obligado a limpiar la calzada (quizás porque el locador puede alquilar el equipo de limpieza), entonces éste ha asumido el deber moral de recoger la nieve incluso si su equipo es robado⁽⁸⁾. Sin embargo, si el contrato indica que se excusará al locador de limpiar la calzada de nieve en el supuesto que su equipo sea robado, luego entonces el locador no tendría un deber moral de ejecutar dicha conducta si es que su equipo es robado.

Asimismo, asumamos que el contrato no determina dicha situación, entonces el deber moral del deudor, en caso la eventualidad surja, es determinado por lo que el contrato

habría señalado explícitamente frente a la ocurrencia del evento aludido, suponiendo siempre que aquello indicado por el contrato es conocido por las partes⁽⁹⁾. Así, en caso el contrato para la limpieza de la calzada no regulara la eventualidad de que el equipo de limpieza sea robado, pero sin embargo el contrato si incluía una cláusula que cubría el hurto del equipo, entonces las partes del contrato sabrían que de existir tal cláusula la misma habría señalado que el locador aún tenía la obligación de efectuar la limpieza de la calzada, por lo que el vendedor tendría un deber moral de realizar el recojo de la nieve aún si su equipo hubiese sido robado y así por el estilo.

La asunción que estamos efectuando -respecto de que una persona tiene un deber moral de realizar un acto dada la ocurrencia de un imprevisto si y sólo si el contrato indicó explícitamente, o la habría indicado en una disposición explícita, que el deudor debía cumplir tal acto en dicha situación- deriva de la visión de que un contrato es una especie de promesa por la cual existen fundamentos muy conocidos sobre los cuales encontrar obligaciones morales⁽¹⁰⁾. Para nuestros propósitos, sin embargo, no resulta necesario discutir los argumentos que racionalizan

- (8) Por un evento particular entiendo a una contingencia totalmente descrita o al menos a una eventualidad que no deje ningún aspecto de posible relevancia a las partes contratantes. Por tanto, la afirmación de que el equipo para el recojo de nieve es robado puede no ser considerado como un evento totalmente descrito, ello en atención a que no menciona si es que el locador podría, por ejemplo, rentar otro equipo de recojo de nieve. Sin embargo, a fin de mantener la simplicidad en la exposición, asumiremos que la afirmación de que el equipo para el recojo de nieve es robado resulta una descripción completa de la contingencia. Acerca de la noción de una completamente detallada eventualidad (o, "estado del mundo"), una noción que es básica para la teoría de la probabilidad y para la utilidad esperada puede ser consultada en Leonard J. SAVAGE. *The foundations of statistics*, 2da. edición revisada, 1972. pp. 8-17.
- (9) En realidad, lo que un contrato podría haber dicho acerca de un evento particular podría no haber sido conocido con seguridad por las partes, lo cual implicaría que las partes podrían no saber con seguridad acerca de sus deberes morales.
- (10) Véase, por ejemplo, HUME, David. *A treatise of human nature*, bk. 3, pt. 2, § 5, 331 (edición al cuidado de David Fate Norton y Mary J. Norton, Oxford University Press, 2000); KANT, Immanuel. *Groundwork of the metaphysics of morals*, pp. 15, 32-38 (edición y traducción a cargo de Mary J. Gregor, Cambridge University Press, 1998); ROSS, W. D. *The right and the good*. 1930. pp. 16-46; RAWLS, John. *Two Concepts of rules*. Philosophy Review: Volumen LXIV, 1955. p. 3; SCANLON, Tomas. *Promises and practices*. Phil. & Pub. Aff.: Volumen XIX, 1990. p. 199; SEARLE, John. *How to derive "ought" from "is"*. Phil. Rev.: Volumen LXXIII, 1964. p. 43. Una diferente y tal vez más atractiva definición de un comportamiento contractual moral

Steven M. Shavell

la moralidad del cumplimiento de una promesa. Resultará suficiente suponer sencillamente que si una persona asume una promesa de realizar algo en una situación dada, entonces dicha persona ha impuesto sobre sí una obligación moral de efectuar tal conducta si es que se presenta el evento descrito.

1.2. La naturaleza de las obligaciones de ejecución en los contratos totalmente detallados

Dada la asunción de que el deber moral de una persona de realizar un acto ante una particular contingencia descansa en el hecho de si en el contrato se estipuló, o si en él se habría estipulado, la ejecución del acto frente a tal eventualidad. Por lo que resulta de interés identificar el carácter de las contingencias bajo las cuales las partes contratantes probablemente habrían especificado que un acto debe ser realizado.

Centrémonos en un contrato para producir cierto objeto o bien para proporcionar un determinado servicio⁽¹¹⁾. Ahora sostendremos que el comprador y el vendedor estipularan una disposición contractual para emprender una determinada tarea una vez verificada una contingencia particular, si y sólo si, su coste resultase ser menor que el valor de la ejecución para el comprador. De modo particular, si el coste excediera el valor de la ejecución para el comprador ante tal contingencia, esperamos que la disposición contractual excuse al vendedor de tener que ejecutar el encargo. Supongamos, por ejemplo, que el valor que asigna una persona al hecho de tener su

calzada libre de nieve es de \$200 (en términos de tiempo ahorrado y conveniencia) y que, en una circunstancia normal, el coste de despejar la calzada sea de \$50, mientras que en una circunstancia inusual en la cual el equipo de recojo de nieve del vendedor es robado, el coste de despejar la calzada asciende a \$500 (el coste asumido por el vendedor para alquilar el equipo). Podemos predecir que el resultado de la negociación sería una cláusula dirigida a tratar el costo que requiere el locador para despejar la calzada en una circunstancia normal y una cláusula que tratará el coste que excusa al vendedor de tener que despejar la calzada frente a una circunstancia inusual. Esta consecuencia resultará evidente si nos imaginamos que las partes estipulan acerca de un precio diferenciado para cada contingencia. Claramente, para la circunstancia en la que el servicio cuesta \$50, cualquier precio para despejar la calzada entre \$50 y \$200, como podría ser \$100, sería satisfactorio para ambas partes. Tanto el locador como el comitente preferirían una disposición que exija que la calzada sea despejada por un precio de \$100, en lugar de una disposición que no exija que la calzada sea despejada y sin que ningún pago sea hecho (si el precio es de \$100, el

es que será moral si es que es previsto por ambas partes, por lo que sería moral el incumplimiento ante una eventualidad siempre que ante su ocurrencia las partes esperarían que éste se verificase (incluso si la ejecución hubiese sido acordada explícitamente por las partes). Si uno emplea esta definición acerca de lo que es un comportamiento contractual moral, el objetivo del presente ensayo no se vería alterado, que *prima facie* un incumplimiento no puede ser calificado de inmoral. Ello es así porque, como hemos discutido, las eventualidades usualmente no son explícitamente previstas en el contrato, lo cual significa que previamente la contingencia no podrá ser leída de manera directa en el contrato.

- (11) Existen otros importantes tipos de contratos, tales como aquellos dirigidos a la transferencia de la propiedad. El análisis de los otros tipos de contratos será similar en cuanto a su estructura general: (i) uno deberá analizar la naturaleza de un contrato totalmente detallado, determinar cuando serán solicitadas la ejecución o la inejecución; y, (ii) uno comparará las contingencias en las que un contrato incompleto será incumplido con las contingencias en las que la inejecución será permitida en un contrato completamente detallada. Si este análisis es efectuado para contratos que transfieren la propiedad, las conclusiones que se alcanzarán serán diferentes a las que se obtienen aquí. La razón fundamental es que las partes no tendrán una fuerte razón afirmativa para permitir la inejecución. Véase, al respecto, SHAVELL, Steven. *The design of contracts and remedies for breach*. Q. J. Econ: Volumen XCIX, 1984. p. 121; y SHAVELL, Steven. *Specific performance versus damages for breach of contract: An economic analysis*. En: *Texas Law Review*: Volumen LXXXIV, 2006, pp. 881, 883-835, 846-853, para el análisis de la naturaleza de los contratos completamente detallados referidos a la transferencia de la propiedad. Un completo debate en torno a la moralidad del incumplimiento en contratos referidos a la transferencia de la propiedad nos distraería de los propósitos del presente ensayo.

¿Es inmoral el incumplimiento contractual?

comitente obtendría un aumento neto de \$100 mientras que el locador obtendría un beneficio de \$50). Sin embargo, para la circunstancia en la que el servicio cuesta \$500, no existe un precio por la limpieza de la calzada que resulte satisfactorio para ambas partes. El comitente estaría dispuesto a pagar a lo sumo \$200 por la estipulación contractual que exige que la calzada sea despejada, sin embargo, por otro lado, el locador exigiría por lo menos \$500 por tal estipulación. Consecuentemente, la estipulación contractual no exigiría que el vendedor despeje de nieve la calzada⁽¹²⁾.

Luego entonces, el punto cualitativo general reside en que, en una disposición contractual dedicada a una contingencia particular, el locador tendría un deber de ejecutar su compromiso si es que tal ejecución no resulta demasiado complicada. Sin embargo, el comitente no tendría un deber de ejecutar su compromiso si es que la ejecución fuese lo bastante complicada, en la medida de que el comitente no estaría dispuesto a pagar lo suficiente como para lograr inducir al locador a que acuerde la ejecución del contrato en una contingencia tan problemática.

1.3. La ausencia de completitud que se observa en los contratos

En realidad, los contratos están lejos de encontrarse totalmente detallados. Es evidente que los mismos mencionan, en términos relativos, pocas circunstancias de un modo explícito, en especial si se atiende a la multiplicidad de eventos que pueden ser relevantes⁽¹³⁾. Un contrato para despejar de nieve la calzada de una persona puede mencionar varias condiciones, por ejemplo, si la limpieza deber ser hecha si es que nieva en un día de fiesta, pero no en el número prácticamente interminable de sucesos que podrían importarle al locador: el hurto de su equipo de recojo de nieve, la enfermedad de su equipo de trabajo, que nieve tan profundamente que torne infranqueables los caminos para los vehículos que transportan su equipo⁽¹⁴⁾. Asimismo, un contrato puede no mencionar aquellos acontecimientos

(12) Similar, pero un tanto más complicada, es la lógica que nos lleva a la misma conclusión -que la estipulación por el costo de \$50 por la eventualidad que se especifique la limpieza de la calzada pero la estipulación de un costo de \$500 si es que no se hace- si asumimos que existe un único precio para el contrato en lugar de diversos precios en función de cada uno de estos eventos (como en el texto). Supongamos, por ejemplo, que las partes están considerando un contrato en el que el precio se pagará primero, y ellas están negociando en base a este precio y la inclusión de dos particulares contingencias. Imaginemos ahora que inicialmente se discute sobre un precio de \$100 y las estipulaciones requieren que la limpieza de la calzada será efectuada si el precio se encuentra entre \$50 y \$500. Asumamos que las probabilidades de que el costo sea de \$50 es de 90% y que las probabilidades de que el costo sea de \$500 es de 10% (para los propósitos de la presente nota necesitamos ser explícitos en torno a las probabilidades). Luego el valor del contrato para el comitente será de \$200 - \$100 = \$100, en tanto que para el comitente estaría garantizada la ejecución. El valor esperado del contrato para el locador sería de \$100 - (90% x \$50 + 10% x \$500) = \$5. Supongamos que el locador le propone al comitente que la estipulación que requiere la ejecución de la prestación en una contingencia de costos elevados sea alterada para excusarlo de la ejecución y por contrapartida el locador ofrecerá una reducción del precio de \$100 a \$70 para inducir al comitente a aceptar el cambio. El valor esperado de la nueva propuesta contractual para el comitente será de 90% x \$200 - \$70 = \$110, entonces el comitente se encontrará en una mejor posición (gana \$10). El valor esperado de la nueva propuesta contractual para el locador será de \$70 - 90% x \$50 = \$25, entonces el locador también se encontrará en una mejor posición (gana \$20). En tanto que ambos estarían mejor bajo esta nueva propuesta contractual en la que el locador no deberá ejecutar su prestación en el contexto de una contingencia de costos elevados, ellos probablemente decidirán a cambiar la propuesta del contrato. Más en general, se demuestra que en cualquier contrato el locador no ejecutará su prestación si y solo si sus costos son inferiores al valor de la ejecución, existe un contrato de reemplazo (generalmente con un precio distinto) en el que el locador es exigido a ejecutar si y solo si el costo es inferior que el valor de la ejecución, de manera tal que ambas partes prefieran el contrato sustituto. Es por ello que decimos que las partes contratantes tienden a incluir estipulaciones contractuales de esta naturaleza tal y como lo harían en un contrato totalmente detallado. Prueba de ello se observa en SHAVELL, *supra* nota al pie 7, pp. 475-476.

(13) Desde luego si el contrato es verbal, el número de contingencias que pueden ser incluidas es realmente pequeño dada la habilidad limitada de los individuos para recordar que es lo que se ha dicho y las dificultades probatorias.

(14) Todos estos son ejemplos de contingencias que afectan el costo de ejecución para el locador. También son de importancia las contingencias en las que al locador podría ofrecérsele un monto más elevado para recoger la nieve para un tercero

Steven M. Shavell

que podrían importarle al comitente, tales como: un viaje inesperado fuera de la ciudad durante el invierno, la venta de la casa y la sucesión en la titularidad del equipo de recojo de nieve⁽¹⁵⁾. Sin embargo, aunque los contratos son el producto de un esfuerzo legal sustancial, por lo que tratan numerosas circunstancias de potencial significación, no preverán de manera expresa muchos sucesos que podrían tener consecuencias sobre ellos⁽¹⁶⁾.

Es muy importante mencionar, para mayor claridad, una cuestión en torno a la definición de un contrato incompleto. Supongamos que un contrato indica que “la nieve debe ser recogida de la calzada del comprador en caso que la nieve se encuentre por encima de las cinco pulgadas de profundidad” y, luego de ello, el contrato no regula ninguna otra condición. Tal contrato no estipula “explícitamente” nada para el evento en el que el equipo de recojo de nieve del vendedor sea robado. Sin embargo, el contrato “implícitamente” cubre tal contingencia, ello porque en un sentido formal el contrato cubre *todas* las contingencias. Las divide en dos categorías generales: aquellas en las cuales la nieve se encuentra hasta las cinco pulgadas de profundidad (pase lo que pase) y aquellas en las cuales la nieve se encuentra por encima de las cinco pulgadas de profundidad (pase lo que pase).

Para nuestros propósitos, entonces, uno debe tener presente lo que significa que un contrato se encuentre incompleto en orden a una contingencia. Un contrato está incompleto no cuando no cubra la contingencia de una manera implícita a través del uso de cláusulas que hagan referencia a acontecimientos generales, sino más bien que el contrato no puede tratar la contingencia de una manera explícita. La razón por la que resalta este punto reside en que en la realidad muchas de las

(y diríamos, en perspectiva, la mayoría de) condiciones mencionadas en los contratos no son particulares contingencias; son acontecimientos, aglomeraciones de sucesos individuales. Por lo tanto, cuando ocurre un evento particular, bien puede no haber sido tratada explícitamente en el contrato, lo cual significará que no sabremos a ciencia cierta lo que habrían estipulado las partes en una disposición contractual para la particular circunstancia que se ha verificado.

1.4. Explicación para la ausencia de completitud de los contratos

Numerosas explicaciones se han ofrecido para los vacíos que se observan en las disposiciones contractuales⁽¹⁷⁾. La más obvia se centra en que toma tiempo discutir e incluir estipulaciones contractuales para específicas circunstancias. Si una situación es inverosímil, tal esfuerzo puede no ser valioso debido a la baja probabilidad de que una disposición de este tipo pruebe su utilidad⁽¹⁸⁾.

En segundo lugar, muchas de las circunstancias serían complicadas de verificar por parte de una corte. Consideremos una estipulación que excusa al vendedor de tener que despejar la nieve de la calzada si es que sufre de dolor de espalda. Si fuera poco factible o costoso que una corte verifique que un individuo experimenta dolor de espalda, entonces la estipulación resultaría problemática en tanto

(15) Son ejemplos de contingencias que reducen el valor de la ejecución para el comitente y así podría llevarlo a no desear la ejecución.

(16) Véase, por ejemplo, los casos mencionados por FARNSWORTH, *supra* nota al pie 4, § 17.6.

(17) Sobre el porque los contratos son incompletos, véase, por ejemplo, SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. 2004. pp. 299-301; HART, Oliver. *Incomplete contracts*. The new Palgrave: A dictionary of economics, edición de John Eatwell, Murray Milgate y Peter Newman, 1987. pp. 752, 752-758; SCHWARTZ, Alan. *Incomplete contracts*. The new Palgrave: A dictionary of economics, edición de Peter Newman, 1998. pp. 277, 277-279.

(18) Supongamos que incluir una estipulación frente a una contingencia tomará 15 minutos para cada uno de los abogados que vienen negociando el contrato y que cada uno de ellos cobra \$ 250 la hora. Los costos legales de la estipulación sería de \$125. Supongamos también que la inclusión de la estipulación ahorrará a las partes un ahorro de \$1000 si la contingencia ocurre. Luego, si la probabilidad de la contingencia es inferior a 12.5%, el valor esperado de la estipulación sería inferior de \$125, entonces podría no justificarse su inclusión. Más en general, si C es el costo de la estipulación y B es el beneficio de su inclusión, la estipulación no será valiosa cuando la probabilidad de su ocurrencia es menor C/B.

que podría permitir que el locador pretenda excusarse, de manera oportunista, de ejecutar su compromiso en base a que sufre un dolor de espalda. Por lo tanto, podría no ser ventajoso incluir estipulaciones contractuales para aquellas circunstancias en que las cortes encuentran dificultades para confirmar su ocurrencia.

Una tercera razón por la que esperaríamos una regulación limitada de eventos de este tipo, podría centrarse en que nuestro régimen legal, bajo el cual las partes pueden generalmente incumplir y pagar un resarcimiento por los daños generados en la contraparte, sirve como sustituto implícito para la estipulación de eventualidades que afecten el cumplimiento. Como será discutido más adelante, bajo este régimen, una parte se encontrará motivada a ejecutar el contrato si el coste de hacerlo es lo suficientemente bajo como para evitar pagar un resarcimiento; en tal sentido, el deudor incumplirá si el coste de ejecución es alto en la medida que pagar el resarcimiento por los daños le resultará menos costoso que ejecutar el contrato. Este comportamiento, ejecutar cuando el coste se encuentre por debajo de un umbral e inexecutar cuando el coste exceda dicho umbral, se encuentra, por lo menos, alineado cualitativamente con la obligación de ejecutar que se encontraría prevista en un contrato totalmente detallado acerca del coste de tales contingencias, reduciendo la necesidad de tener tal contrato.

Por otro lado, todavía existe otra razón por la que puede ser racional para las partes no asumir las molestias para incluir muchas disposiciones contractuales en relación a tales contingencias, debido a la posibilidad general de renegociar el contrato. Las partes pueden anticipar que si no prevén una contingencia problemática y ésta ocurre a menudo serán capaces de renegociar y resolver su problema. Si, por ejemplo, el vendedor encuentra que sería inesperadamente costoso cumplir el contrato en el momento en el que éste lo exige, él podría obtener la liberación de su obligación al pagarle al comprador una suma negociada. Por supuesto, el resultado de tal renegociación puede ser incierto y puede introducir un riesgo adicional a los contratos, sin embargo, la posibilidad de éxito en la renegociación disminuye las consecuencias de la falta de estipulación de provisiones contractuales expresas.

En virtud a lo anterior, vemos que hay razones importantes y plausibles que explican que los contratos se encuentren sustancialmente incompletos.

1.5. La moralidad del incumplimiento cuando los contratos están incompletos

Para comprobar, bajo nuestra definición, si un incumplimiento ante una eventual circunstancia que no fue explícitamente prevista en el contrato es moral o inmoral, uno necesita determinar si la ejecución hubiera sido exigida en la hipótesis de que tal circunstancia hubiera sido expresamente tratada y si las partes del contrato incompleto están conscientes de ello. Cuando un observador califica un incumplimiento como inmoral cuando el propio contrato no afronta la específica contingencia que ha acaecido es porque el espectador falla al reconocer ello, como podrían ser las razones prácticas que justifican la falta de completitud contractual antes discutidas, el contrato habría incluido una estipulación expresa y que bien podría ser el hecho de que no haya prohibido el incumplimiento. Ahora, consideremos la cuestión de cuál habría sido el contenido de una disposición contractual, que en los hechos no ha sido pactada, en el supuesto de que se hubiese sido estipulada y de si las partes tuvieron razones para conocerla. Estas preguntas son resueltas, primero, bajo la asunción de que el resarcimiento por el incumplimiento es igual a los daños a la expectativa y, luego, bajo la asunción de que el resarcimiento no iguala los daños a la expectativa.

1.6. La moralidad del incumplimiento cuando los contratos están incompletos y el resarcimiento es igual a los daños a la expectativa

Cuando los vendedores tienen que pagar un resarcimiento por incumplimiento, ellos están motivados a obedecer el contrato si el coste de cumplimiento es menor que el monto del resarcimiento que tendrían que pagar por el incumplimiento. Si el coste de cumplimiento excede el monto del resarcimiento a pagar frente al incumplimiento, tendrán una razón financiera para incumplir. Por lo tanto, tenderán

Steven M. Shavell

a incumplir si y sólo si el coste del cumplimiento excede el monto del resarcimiento⁽¹⁹⁾.

De ello se deriva que cuando el monto de la reparación iguala la medida de los daños a la expectativa, los vendedores serán incitados a incumplir si y sólo si el coste de cumplimiento excede el valor del cumplimiento para los compradores. Empero, esto sucede cuando un vendedor habría sido excusado de la ejecución en un contrato que tenía explícitamente una regulación al respecto, tal y como fue explicado en los puntos precedentes. Es decir, bajo el cálculo del resarcimiento por el incumplimiento en base a los daños a la expectativa, el vendedor no ejecutará el contrato ante las mismas contingencias en las que se le permitiría incumplir en un contrato completo. Por consiguiente, el incumplimiento no debe ser calificado como inmoral bajo nuestras asunciones⁽²⁰⁾. Nótese también que, por lo menos en principio, el vendedor sabe esto. Es decir, el vendedor sabe ante qué contingencias incumplirá y en cuáles no se le exigiría el cumplimiento en un contrato completo, presumiendo que el vendedor sabe la medida de los daños a la expectativa, porque el vendedor compara sus costes de cumplimiento con la medida de los daños a la expectativa⁽²¹⁾. Además, nosotros como espectadores sabemos que cuando ocurre un incumplimiento, debe ser moral, porque podemos deducir que el coste de cumplimiento debe haber sido más alto que el valor del cumplimiento y de allí la intención de incumplir de parte del vendedor.

En el contrato referido al retiro de nieve, si el locador incumple después de que es robado su equipo y paga un resarcimiento por daños a la expectativa equivalente a \$200, el coste de cumplimiento para él debió haber excedido de \$200. Esto significa que si las

partes hubieran discutido la contingencia del hurto, el locador sabe (y sabemos) que habrían convenido que no existía el deber de ejecutar el contrato frente a tal contingencia. Así, el no-recojo de la nieve no es inmoral.

1.7. La moralidad del incumplimiento cuando los contratos están incompletos y el resarcimiento es subcompensatorio

Ahora asumamos que el resarcimiento es menor que la cantidad necesaria para reparar a la víctima por todo el incumplimiento. Puesto que el incumplimiento tenderá a ocurrir siempre que el coste de la ejecución exceda el nivel del resarcimiento, el incumplimiento ocurrirá más a menudo de lo que la inejecución del compromiso habría sido permitida dentro de un contrato totalmente especificado, así el incumplimiento podría ser inmoral. En nuestro ejemplo, si la medida del resarcimiento asciende a \$125, en lugar de los daños a la expectativa que ascienden a \$200, el incumplimiento ocurrirá siempre que el coste de ejecución exceda la suma de \$125. Por lo tanto, si el incumplimiento ocurre cuando el coste se encuentra entre \$125 y \$200, por ejemplo cuando es de \$150, en un contrato completo se habría insistido en la ejecución. Si el vendedor descubre que la verdadera medida de los daños a la expectativa es de \$200 tal incumplimiento sería inmoral.

(19) Por simplicidad, hacemos a un los gastos del litigio, preocupaciones en cuanto a la reputación y otros factores distintos a los desembolsos efectuados por los daños ocasionados que pudiesen afectar la decisión de incumplir el contrato.

(20) Esta conclusión genera una interrogante, ¿qué sucede si una parte incumple una explícita estipulación que recoge una contingencia y paga un resarcimiento calculado en base a los daños a la expectativa? Tal incumplimiento será inmoral en tanto que la estipulación es expresa; sin embargo, la conclusión que he sugerido es que el pago de un resarcimiento en base a los daños a la expectativa es moral. La resolución de la aparente contradicción es que no puede suceder que una parte desee pagar un resarcimiento en base a los daños a la expectativa frente a una explícita estipulación contractual. Recuérdese que hemos demostrado que una explícita estipulación que exige la ejecución importa que el costo de la ejecución es menor que el valor de la expectativa. Por lo tanto, en tal contingencia, el locador no encontrará valioso el incumplimiento. Las razones por las que en la realidad podría suceder el incumplimiento de una previsión contractual expresa descansaría en dos factores: que los daños son realmente menores a la expectativa (véase la discusión de la tercera parte) o que la aparente previsión explícita no lo es en realidad (véase la discusión del numeral 1.3.).

(21) Que el locador conozca la medida de los daños es una natural asunción analítica. Si el locador no conoce la medida de los daños, entonces, la conclusión obvia cambia: el vendedor incumplirá en base a su perspectiva personal sobre la probabilidad de producción de daños, y en tal sentido el incumplimiento será, en su opinión, un tema de probabilidades.

2. La moralidad del incumplimiento: en la práctica

Dadas las conclusiones alcanzadas en la sección anterior, ¿qué podemos decir acerca de si un incumplimiento que vemos en la práctica resulta moral o inmoral? Si el monto de la reparación tiende a ser completamente compensatoria, podríamos decir que el incumplimiento tiende a ser moral, puesto que el incumplimiento ocurrirá si y sólo si las partes contratantes habrían permitido el incumplimiento en caso se hubiese estipulado respecto de la contingencia que motivo el incumplimiento. Empero, si el monto del resarcimiento no es verdaderamente compensatorio, el incumplimiento podría ser inmoral.

¿Realmente es el resarcimiento totalmente compensatorio? El cálculo del monto resarcitorio en base a los daños a la expectativa es, desde luego, el remedio general frente a los daños generados por el incumplimiento contractual, entendiendo por daños a la expectativa el monto que repone a la víctima del incumplimiento a aquella posición en la que se encontraría si es que hubiese disfrutado de la ejecución del contrato⁽²²⁾.

Con todo, como muchos investigadores han señalado, el cálculo de daños en base a los daños a la expectativa como actualmente es aplicado tiende a no ser totalmente compensatorio y puede dejar sustancialmente a la víctima del incumplimiento en una peor posición de aquella en la que se encontraría de haberse ejecutado el contrato⁽²³⁾. Las razones que se suelen dar para considerar que el cálculo de daños en base a los daños a la expectativa es a menudo subcompensatorio incluyen: primero, que las cortes son renuentes a considerar resarcibles las pérdidas que sean difícilmente calculables⁽²⁴⁾.

Por lo tanto, la pérdida de utilidades y las pérdidas idiosincráticas generadas por un incumplimiento contractual resultan inadecuadamente compensadas o bien tales solicitudes son rechazadas⁽²⁵⁾. Segundo, las cortes están inclinadas a limitar los daños resarcibles a aquellos que puedan ser razonablemente previstos al momento de la celebración del contrato; las cortes frecuentemente no dan reparación a las pérdidas reflejas (*consequential damages*) o a otras pérdidas que son difícilmente susceptibles de anticipar⁽²⁶⁾. Tercero, el resarcimiento tiende a no reflejar los considerables retrasos que la víctima de un incumplimiento puede sufrir. Cuarto, los costos legales no son compensados⁽²⁷⁾.

Sin embargo, no sólo los daños a la expectativa parecen ser significativamente subcompensatorios en un sentido general⁽²⁸⁾, sino que la reparación de daños resulta probablemente inefectiva a menos que las pérdidas de la víctima del incumplimiento excedan los costos de presentar una demanda, los cuales, para ser sinceros, pueden alcanzar varios miles de dólares. Las pérdidas deben ser más grandes que los costos de plantear la demanda a fin de que la víctima del incumplimiento tenga un incentivo para litigar y los mínimos costos de interponer una demanda son razonablemente de al menos algunos miles de dólares⁽²⁹⁾.

(22) *Restatement (Second) of Contracts*, 1981, §§ 346 y 347. CALAMARI y PERILLO, *supra* nota al pie 3, § 14.4

(23) Una buena exposición de las razones por las que el resarcimiento es sub compensatorio es dada en Melvin A. EISENBERG, *Actual and virtual specific performance*. *California Law Review*: Volumen XCIII, 2005. pp. 975, 989-996; véase también SCHWARTZ, Alan. *The case for specific performance*. En: *Yale Law Journal*: Volumen LXXXIX, 1979. p. 276. Lo que sigue a continuación es un resumen de las razones expuestas por dichos autores.

(24) Véase EISENBERG, *supra* nota al pie 23, pp. 991 y 992; véase también SCHWARTZ, *supra* nota al pie 23, p. 275.

(25) Véase EISENBERG, *supra* nota al pie 23, p. 993.

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.* p. 989.

(28) *Ibid.*

(29) Si, por ejemplo, el honorario por hora de un abogado es de \$250 y solo veinte horas de su tiempo es requerido para litigar, los costos legales del litigio serían de \$5000, lo cual implicaría que la ganancia esperada de la demanda debiera exceder dicho monto a fin de que la amenaza resulte creíble. De aquí extraemos varios asuntos complicados, tales como preocupaciones

Steven M. Shavell

En vista de lo anterior, la realidad es que el incumplimiento puede ser inmoral o moral. Para conocer cual es el caso, debemos inspeccionar las razones para incumplir y el conocimiento de la parte que incumple. En un sentido lato, la probabilidad de que el incumplimiento sea inmoral es mayor en relación a que tan baja sea la reparación que se imponga con respecto a la verdadera expectativa. Por tanto, las posibilidades de que un incumplimiento sea inmoral son superiores cuando el monto resarcitorio sea efectivamente cero, vale decir, cuando el incumplimiento genera pérdidas inferiores al umbral que justifica la interposición de una demanda. Si el monto del resarcimiento sobrepasa dicho umbral, pero se encuentra significativamente por debajo del valor del cumplimiento, la parte incumplidora obtiene un relativamente amplio beneficio del incumplimiento -uno que supera significativamente el resarcimiento que deberá de pagar- por lo que el incumplimiento será moral⁽³⁰⁾. Si, a pesar de ello, los daños a la expectativa se encuentran cercanos al valor de ejecución, el incumplimiento resultará muy probablemente moral y la razón para incumplir no requerirá ser examinada para inferir que ello es así.

3. La moralidad de incumplimiento: en la opinión de las personas

Llegados a este punto, hemos empleado la definición de incumplimiento que asumimos, cuya característica saltante es que la inejecución ante una circunstancia resultará moralmente permisible si es que las partes sabían que habrían acordado la inejecución si es que hubiesen discutido tal eventualidad. ¿Es esta definición de la moralidad del

incumplimiento contractual consistente con la actual expresión de las opiniones morales que tienen las personas respecto del incumplimiento? ¿O los individuos tienden a despreciar la pregunta acerca de los hipotéticos términos contractuales y, en su lugar, describen a un incumplimiento como inmoral en función a que este es a primera vista la violación de una promesa? Si se aclara a las personas que el incumplimiento se encontrará acompañado del pago de un monto resarcitorio compensatorio, ¿sus actitudes frente al incumplimiento cambian? A fin de obtener una mejor comprensión de estos asuntos, realicé una encuesta a pequeña escala⁽³¹⁾.

La encuesta consistía en cuatro preguntas, cada una de ellas consultaba acerca de la moralidad de la decisión de incumplir y podía ser contestada como sigue: (i) definitivamente contrario a la ética; (ii) un tanto contrario a la ética; (iii) ni ética ni contraria a ella; (iv) un tanto ética; y, (v) definitivamente ética. Le asigne un puntaje de uno a la respuesta de que la decisión de incumplir era definitivamente contraria a la ética, un puntaje de dos a un tanto contraria a la ética y así en adelante. Por lo tanto, el puntaje inferior será otorgado mientras mayor sea el sentimiento de contravención a la ética.

en cuanto a la reputación de la parte que incumple (tornando la amenaza de demanda más creíble) y el valor del tiempo de la víctima del incumplimiento (que torna la amenaza de demanda menos creíble).

(30) Consideremos un contrato para pintar una casa que es puesta a la venta y que tiene como intención obtener un mayor precio de venta. Asumamos también que el propietario encuentra muy costoso el retraso dado que suscribe un contrato de compraventa sobre otro inmueble estableciendo una fecha de cierre, por lo que debe vender su anterior casa pronto a fin de obtener fondos seguros para cerrar el acuerdo de su nueva casa. En particular, asumamos que el costo esperado del propietario frente al retraso en el pintado será de \$25000 debido a que necesita vender la casa en la fecha prevista para la culminación de la pintura y el pintor sabe de ello. Pero supongamos que el resarcimiento que el propietario podría obtener del retraso fuese sólo de \$3000, debido a la naturaleza especulativa del precio que el propietario podría haber obtenido si es que el trabajo de pintura hubiese sido terminado. Luego el pintor podría ser motivado a incumplir si es que obtiene mas de \$3000 de beneficio por realizar un trabajo distinto, sin embargo dado que el beneficio que obtendría el pintor será inferior a \$25000, el incumplimiento será inmoral. Sólo en caso que la razón que lo motiva a incumplir fuese superior a \$25000 podrá su incumplimiento ser calificado como moral.

(31) El número de interrogados fue de cuarenta y uno. La encuesta fue diseñada conjuntamente con Michael Simkovic (los resultados de la encuesta se encuentran archivados).

¿Es inmoral el incumplimiento contractual?

La primera pregunta fue diseñada para determinar si los interrogados creían que el incumplimiento en general era contrario a la ética. La pregunta fue la siguiente:

Supongamos que un restaurador celebró un contrato con el propietario de una casa para efectuar la renovación de su cocina. El restaurador descubre luego que el trabajo le costará mucho más de lo que había anticipado debido a que el precio del equipo de cocina se ha elevado fuertemente, entonces el restaurador perdería dinero si es que realiza el trabajo. ¿Resulta contrario a la ética que el restaurador rompa su contrato con el propietario?⁽³²⁾

Nótese que la primera pregunta no menciona si el resarcimiento será pagado. El puntaje promedio de las respuestas fue de 2.41, esto significa que la decisión de incumplir se encuentra a mitad de camino de ser considerada como un tanto contraria a la ética y ni ética ni contra la ética⁽³³⁾. Vale decir, de los 41 interrogados 38 de ellos encontraron al incumplimiento como contrario a la ética o éticamente neutral; sólo 3 de los interrogados contestaron que el incumplimiento sería un tanto contrario a la ética y ninguno de los interrogados contestó que el incumplimiento sería definitivamente ético⁽³⁴⁾.

La segunda pregunta difería de la primera en que a los interrogados se les dijo que las partes contratantes no discutieron del incremento de los precios y que la ejecución no habría sido exigida:

Supongamos que un restaurador de cocinas celebró un contrato con el propietario de una casa y encuentra que sus costos se han elevado fuertemente debido al incremento en el precio de los equipos de cocina. Supongamos también que el restaurador y el propietario no discutieron esta remota posibilidad cuando redactaron el contrato. Empero, el restaurador sabe lo que ellos habrían acordado si es que hubieran discutido este posible gran incremento en los costos: Ellos habrían acordado que el contrato habría sido cancelado si es que acontecía un gran incremento

en los costos, por lo que el restaurador habría sido excusado del cumplimiento. Bajo estas asunciones, ¿resulta contrario a la ética que el restaurador rompa su contrato con el propietario?⁽³⁵⁾

El puntaje promedio de los resultados fue 3, esto significa éticamente neutral⁽³⁶⁾. A su vez, 17 de los interrogados encontró al incumplimiento más ético en esta pregunta de lo que había sucedido en la primera pregunta; ninguno de los interrogados encontró al incumplimiento menos ético de lo que lo habían calificado en la primera pregunta⁽³⁷⁾.

En la tercera pregunta, la asunción que se les brindó a los interrogados cambió. Se les indicó que las partes contratantes sí discutieron acerca de la contingencia relacionada con el incremento en los precios y que las partes todavía deseaban que el contrato se ejecutase:

Supongamos que un restaurador de cocinas celebró un contrato con el propietario de una casa y encontró que sus costos se habían elevado fuertemente debido al incremento en el precio de los equipos de cocina, Supongamos también que el restaurador y el propietario no discutieron esta remota posibilidad cuando redactaron el contrato. Empero, el restaurador sabe lo que ellos habrían acordado si es que hubieran discutido este posible gran incremento en los costos: Ellos habrían acordado que el contrato habría mantenido su vigor a pesar del gran incremento en los costos, por lo que el restaurador habría debido ejecutar el trabajo⁽³⁸⁾.

(32) *Ibid.*

(33) *Ibid.*

(34) *Ibid.*

(35) *Ibid.*

(36) *Ibid.*

(37) *Ibid.*

(38) *Ibid.*

Steven M. Shavell

El puntaje promedio de los resultados para esta pregunta fue de 1.56, lo cual equivale a decir a mitad de camino entre considerar la decisión de incumplir como definitivamente contraria a la ética y un tanto contraria a la ética⁽³⁹⁾. Todos a excepción de 3 de los interrogados encontraron al incumplimiento como un tanto contraria a la ética o definitivamente contraria a la ética y otras 3 lo consideraron como éticamente neutral⁽⁴⁰⁾. Además, 31 de los interrogados encontraron que el incumplimiento era menos ético de lo que lo habían calificado en la pregunta precedente en la que la hipótesis fue que las partes habrían acordado su ejecución⁽⁴¹⁾.

La cuarta pregunta fue como la primera a excepción de que a los interrogados se les dijo que se pagaría un resarcimiento compensatorio:

Supongamos que un restaurador de cocinas celebró un contrato con el propietario de una casa y encuentra que sus costos se han elevado fuertemente debido al incremento en el precio del equipo de cocina. Si el restaurador de cocinas rompe el contrato con el propietario asuman que (como el derecho contractual estipula) “éste compensará al propietario por sus pérdidas”; esto es, por el retraso, inconveniencias, por tener que contratar a otro restaurador, etcétera. ¿Resulta contrario a la ética que el restaurador incumpla el contrato?⁽⁴²⁾

El puntaje promedio de las respuestas a esta pregunta fue de 3.56, lo cual significa que la decisión de incumplir se encuentra a mitad de camino entre éticamente neutral y un tanto ética⁽⁴³⁾.

En síntesis, los individuos que participaron en la encuesta encontraron, en promedio, el simple y no calificado hecho del incumplimiento como contrario a la ética (2.41 fue el promedio de la primera pregunta)⁽⁴⁴⁾. En otras palabras, la reacción ante el incumplimiento fue que es un acto contrario a la ética⁽⁴⁵⁾. Sin embargo, cuando a los individuos se les indica que las partes contratantes habrían acordado en caso hubiesen discutido la particular contingencia que se suscita, los individuos tienden a cambiar su evaluación acerca de la moralidad del incumplimiento, encontrándolo mejor o peor dependiendo del caso⁽⁴⁶⁾. Cuando se les informa que si la contingencia hubiese sido discutida las partes contratantes habrían acordado que no existía el deber de cumplir, los individuos encuentran al incumplimiento como éticamente neutral (3 fue el promedio para la segunda pregunta)⁽⁴⁷⁾. Cuando informamos que si la contingencia hubiese sido discutida y que las partes contratantes habrían dicho que aún existía el deber de ejecutar, los individuos encuentran al incumplimiento muy poco ético (1.56 fue el puntaje promedio para la tercera pregunta)⁽⁴⁸⁾. Y cuando les decimos que el incumplimiento habría estado acompañado por pagos plenamente compensatorios, los individuos nuevamente cambian su opinión respecto del incumplimiento, encontrándolo un tanto ético (3.56 fue el puntaje promedio para la cuarta pregunta)⁽⁴⁹⁾.

(39) *Ibid.*

(40) *Ibid.*

(41) *Ibid.*

(42) *Ibid.*

(43) *Ibid.*

(44) Véase *supra* el texto que acompaña a las notas al pie 33 y 34.

(45) Nótese que ello será así aunque en el ejemplo planteado la circunstancia de que el restaurador pueda evocar alguna simpatía desde que la razón del incumplimiento fue el incremento de los costos (y no el hecho de que tomara otro trabajo). Véase *supra* el texto que acompaña la nota al pie 32.

(46) Véase *supra* el texto que acompaña a las notas al pie 35 al 43.

(47) Véase *supra* el texto que acompaña a la nota al pie 36.

(48) Véase *supra* el texto que acompaña a la nota al pie 39.

(49) Véase *supra* el texto que acompaña a la nota al pie 43.

4. La moralidad del incumplimiento: en la perspectiva de los comentaristas

Como señalamos inicialmente, la mayoría de las fuentes del derecho contractual y los comentaristas que han abordado la cuestión de la moralidad del incumplimiento lo han considerado desde una dimensión general de contravención a la ética, o por lo menos lo describen como si poseyese tal carácter en la opinión de terceros. Estas fuentes incluyen al *Restatement of Contracts*, a los autores de manuales tales como Farnsworth, y prominentes académicos especialistas en contratos tales como Atiyah, Barnett, Craswell, Eisenberg y Fried⁽⁵⁰⁾. La afirmación de Eisenberg en un reciente artículo es representativa: “El significado moral de hacer una promesa [contractual] es el comprometerse a uno mismo a efectuar determinada acción en un futuro incluso si, cuando la acción debe ser realizada, todas las cosas que consideraste en su momento ya no las deseas más”⁽⁵¹⁾. Vale decir, él cree que una promesa contractual tiene un valor moral, entonces el incumplimiento será inmoral.

Estos escritos no prestan atención al punto medular que es desarrollado aquí: debido a que los contratos frecuentemente no prevén regulación para específicas contingencias que pueden llevarnos al incumplimiento, uno usualmente no puede verdaderamente decir que un explícito deber ha sido violado cuando el incumplimiento ocurre. Es evidente que la perspectiva de los comentaristas acerca de la moralidad del incumplimiento es similar a la opinión de los individuos

en general, tal y como ella es representada por los resultados de la encuesta revisada precedentemente⁽⁵²⁾. A saber, el incumplimiento contractual es visto como lo que parece ser: una violación de una promesa y así tienen un aspecto moralmente inapropiado. Tal vez, sin embargo, los comentaristas desearían cambiar sus opiniones si es que considerasen la naturaleza incompleta de los contratos y que el incumplimiento tiende a ocurrir cuando una expresa promesa contractual habría permitido la inejecución, tal y como los sujetos interrogados cambiaron su opinión cuando ellos son consultados acerca de la moralidad del incumplimiento en este contexto⁽⁵³⁾.

En cualquier caso, ahora comentaré la perspectiva acerca del incumplimiento planteada por Holmes y por los académicos del análisis económico del derecho con respecto al “incumplimiento eficiente”. Las ideas de Holmes acerca del incumplimiento a menudo son caracterizadas como un bosquejo de aquellas de los seguidores del análisis económico⁽⁵⁴⁾ porque enfatiza el punto de que cuando una persona sin moral, un mal hombre, contempla incumplir, su decisión será determinada principalmente por su proyección de que tendrá que pagar un resarcimiento frente a tal acto⁽⁵⁵⁾.

(50) Véase ATIYAH, P. S. *Promises, morals and law*. 1981. p. 137; FARNSWORTH, *supra* nota al pie 4, § 12.3 (donde se discute el análisis económico de los remedios y se comenta que “no deja lugar para nociones de santidad del contrato y el deber moral de honrar las promesas”); FRIED, *supra* nota al pie 2, p. 17; BARNETT, Randy. *A consent theory of contract*. En: *Columbia Law Review*: Volumen LXXXVI, 1986. pp. 269-296. CRASWELL, Richard. *Contract law, default rules and the philosophy of promising*. En: *Michigan Law Review*: Volumen LXXXVIII, 1989. pp. 489-491; EISENBERG, *supra* nota al pie 23, pp. 1011-1013.

(51) EISENBERG, *supra* nota al pie 23, p. 1012.

(52) Comparar *supra* el texto que acompaña a las notas al pie 44-49 (que resume los resultados de la encuesta), con *supra* el texto que acompaña a las notas al pie 50 y 51 (explicando las perspectivas de la moralidad y del incumplimiento de varios de los comentaristas).

(53) Véase *supra* el texto que acompaña a las notas al pie 44-49 (que resume los resultados de la encuesta).

(54) Véase, por ejemplo, ALSCHULER, Albert W. *The descending trail: Holme's path of the law one hundred years later*. Fla. L. Rev: Volumen XLIX, 1997. pp. 353 y 419.

(55) HOLMES, *supra* nota al pie 5, pp. 459-460. En particular: “Si deseas conocer el derecho y nada más, lo debes ver como lo hace un malvado, quien se preocupa solo por las consecuencias materiales cuyo conocimiento le permite predecirlas, no como un hombre bondadoso, quien encuentra las razones de su conducta, sea dentro del derecho o fuera de este, en las vagas sanciones de su consciencia”.

Steven M. Shavell

Sin embargo, Holmes difícilmente consideraba que los individuos generalmente actúan sin moral y aunque no abordaba directamente si el incumplimiento podría ser inmoral, no tenemos razón para pensar que no consideraba que ello fuese así⁽⁵⁶⁾. Que Holmes aseverara que el derecho brinda a los individuos la opción de cumplir o de pagar un resarcimiento no implica que él pensara que el incumplimiento fuese un acto éticamente neutral; él trató de describir el derecho⁽⁵⁷⁾ no se preocupó de evaluar el comportamiento.

Múltiples escritores con orientación económica han centrado su atención frente al incumplimiento contractual en la así denominada teoría del incumplimiento eficiente⁽⁵⁸⁾. Un incumplimiento eficiente es un incumplimiento que fomenta una utilitaria medida agregada de bienestar social en la medida que el incumplimiento nos lleva a evitar una indebidamente costosa ejecución o a permitir la venta de un bien a un tercero

que se encuentra dispuesto a pagar más que el promisorio⁽⁵⁹⁾. Los autores que han abordado el incumplimiento eficiente han observado que el incumplimiento tenderá a ser eficiente bajo el cálculo de daños en base a los daños a la expectativa (desde que la parte que contempla el incumplimiento cometerá ello si y solo si su beneficio exceda el valor de la ejecución para su contraparte)⁽⁶⁰⁾. Estos autores a menudo van más allá al recomendar que como política actual, el incumplimiento debe ser alentado cuando resulta ser eficiente, incluso aunque el rol de la moralidad no es analizado por ellos⁽⁶¹⁾.

¿Cómo la teoría del incumplimiento eficiente se refiere a lo que se ha dicho en el presente

- (56) Es claro que Holmes discute el interés del malvado en conocer los efectos de las sanciones legales respecto de su comportamiento. Como se observa al culminar la frase citada en la nota al pie precedente, Holmes no hace ello porque considere que no existan los bondadosos. Además, él declara que no desea que se tome un equívoco significado de lo que dijo: "Tomo como seguro que ningún oyente malinterpretará lo que he dicho con lenguaje cínico. El derecho es el testigo y depósito externo de nuestra vida moral (...) la práctica de ella (...) tiende a hacer buenos ciudadanos y buenos hombres".
- (57) Aunque la caracterización de Holmes del derecho puede sonarnos conocido ha sido criticado por algunos. Un interesante ejemplo es Sir Frederick Pollock, quien sugiere en una carta dirigida a Holmes que el derecho no es indiferente entre el cumplimiento y el incumplimiento. La carta de Pollock a Holmes es del 17 de setiembre de 1897. HOLMES-POLLOCK Letters, edición de Mark de Wolfe Howe, 1941, pp. 79-80. A los ojos de Pollock, ¿por qué alguien desearía la sanción legal por inducir a otro sujeto a incumplir un contrato? Pollock también señala de que en el Código Civil alemán la ejecución forzada, y no el resarcimiento, es en general el remedio favorito frente al incumplimiento, tal y como lo es hoy. Id., véase *infra* nota al pie 67.
- (58) BIRMINGHAM, Robert L. introdujo esta teoría en *Breach of contract, damages measures, and economic efficiency*. Rutgers Law Review: Volumen XXIV, 1970. pp. 284-285. La teoría fue desarrollada y expuesta, entre otros, por Charles J. GOETZ y Robert E. SCOTT. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. En: *Columbia Law Review*: Volumen LXXVII, 1977. p. 554; y por Richard Posner en las varias ediciones de su libro, cuya última edición (la sexta) es del año 2003 (pp. 118-126). La teoría es hoy ampliamente reconocida (pero usualmente parcialmente aprobada) dentro de la comunidad jurídica, como prueba de ello, por ejemplo, se menciona en el *Restatement (Second) of Contracts*, Nota introductoria al capítulo 16, 1981. Uno debe notar, sin embargo, que la mayoría de los análisis económicos efectuados en material contractual publicados en revistas económicas no abordan si el resarcimiento de daños resulta deseable desde un punto de vista social, sino únicamente desde la perspectiva de las partes. Véase, por ejemplo, SHAVELL, *supra* nota al pie 7, y mucha de la literatura que es discutida en BOLTON, Patrick y DEWATRIPONT, Mathias. *Contract theory*, capítulos 11-13, 2005. (Adenda del traductor). En la actualidad venimos desarrollando un trabajo que aborda el desarrollo de la teoría del incumplimiento eficiente, la cual será publicada en los próximos meses.
- (59) Véase, por ejemplo, POSNER *supra* nota al pie 58, pp. 118-126.
- (60) *Ibid.*
- (61) Véase, por ejemplo, BIRMINGHAM, *supra* nota al pie 58, p. 284 ("el apartamento de obligaciones debe ser alentado cuando el propietario esta en capacidad de beneficiarse de su incumplimiento después de poner al promisorio en una posición tan buena a la que habría ocupado si la ejecución hubiese tenido lugar"); véase también POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 1972. p. 57 ("si el beneficio del incumplimiento excediese la utilidad esperada de la ejecución del contrato para la contraparte, debe existir un incentivo para incumplir. Debe ser así").

¿Es inmoral el incumplimiento contractual?

ensayo? Dos acotaciones deben ser hechas: Primero, en la medida que el resarcimiento es probable que sea inferior a la verdadera medida de la expectativa, tal y como se ha subrayado aquí, no es claro que el incumplimiento tienda en los hechos a ser eficiente. Así, no es evidente que las partes contratantes deban ser alentadas a incumplir cuando ellas se encuentren dispuestas a pagar un resarcimiento, de acuerdo con el criterio de beneficio social de la teoría del incumplimiento eficiente.

Segundo, cuando el incumplimiento eficiente ocurre, este coincide con los términos de una completamente detallada promesa contractual y por ello no debe ser visto como inmoral (dada nuestra definición de comportamiento moral). Tal conclusión no tiene directamente nada que ver con promover una utilitaria medida de bienestar social y, por lo tanto, podría considerarse como una especie de coincidencia. Como el lector recuerda, la conclusión fluye de la lógica explicada sobre la naturaleza del contrato que las propias partes desean (ellas podrían no dar ni medio centavo por el bienestar social)⁽⁶²⁾. Sin embargo, subrayaremos en esta conclusión que las recomendaciones normativas de los teóricos del incumplimiento eficiente acerca del comportamiento incumplidor asume que la medida del resarcimiento es igual a los daños a la expectativa. Nuestro análisis no nos permite efectuar ello, en la medida que no hemos discutido el bienestar social⁽⁶³⁾.

5. Conclusión

Nos gustaría comentar las implicancias del presente ensayo para la orientación normativa general de los escritos tantos de los teóricos del incumplimiento eficiente como de los comentaristas tradicionales respecto de la moralidad del incumplimiento. Asumiremos que el objetivo social es la promoción de una medida de bienestar social basada en las utilidades individuales. Luego, y e particular, nuestros sentimientos morales tendrán un efecto directo en el bienestar

social en la medida que ellos son a su vez componentes de las utilidades individuales⁽⁶⁴⁾ y ellos también ejercerán una influencia indirecta en el bienestar social en la medida que proveen de incentivos hacia comportamiento socialmente deseable.

Un importante aspecto normativo de los escritos de muchos comentaristas sobre el incumplimiento es su proposición de consejos morales. En sus escritos a menudo sugieren que los individuos deben sentir un deber ético general de obedecer los contratos, esto es, un deseo de obedecer los contratos por encima y más allá que el de tener que pagar un resarcimiento frente al incumplimiento. Si nosotros pudiésemos influir en los sentimientos morales, ¿desearíamos colocar un dedo en la balanza para que los individuos ejecuten sus contratos? La respuesta sugerida por el análisis aquí realizado es que no desearíamos que los individuos “siempre” cumplan sino que desearíamos que lo hagan “cuando es necesario” para de esta manera compensar la amplitud de supuestos de reparación inadecuada. En otras palabras, de acuerdo con un perfectamente calibrado y flexible sistema moral, los sentimientos morales entrarán en juego sí y solo sí son necesarios para corregir incentivos muy elevados para que el “mal hombre” cometa un incumplimiento cuando el beneficio personal de este exceda el monto del resarcimiento pero no el verdadero valor de la expectativa. Nótese que este sistema moral ideal es consistente con el espíritu de los consejos de los comentaristas tradicionales, considerando que es inconsistente con el espíritu de la teoría del incumplimiento eficiente,

(62) El argumento de la primera parte nos llevó a la conclusión de que la ejecución será solicitada en una contingencia si y solo si el costo de ejecución es inferior al valor de ejecución, lo cual descansa en cuanto el comitente desea pagar y cuanto el locador solicitará por una estipulación contractual que ordene la ejecución.

(63) Aunque el tema del presente ensayo ha sido la moralidad del incumplimiento, lo cual atiene a afirmaciones normativas (tales como “tu no debes incumplir porque eso está mal”), por lo que he mencionado como defino y considero como comportamiento moral. No he desarrollado como el comportamiento moral ingresa en el bienestar social, lo cual es por definición el criterio a ser empleado para la evaluación social.

(64) Por ejemplo, la utilidad individual decrecerá si experimenta culpa por el incumplimiento de un deber moral.

Steven M. Shavell

respecto de que la moralidad tiene un útil rol que desempeñar. Aún, en el sentido de que las ideales fuerzas morales no desalienten el incumplimiento cuando este resulte eficiente, el sistema moral ideal es inconsistente con el consejo de los comentaristas tradicionales y consistentes con la teoría del incumplimiento eficiente.

El sistema moral actual, sin embargo, no es flexible como lo es el sistema ideal. Los impulsos morales probablemente no pueden ser adaptados libremente para activar este tipo de incumplimientos contractuales o para impedirlos⁽⁶⁵⁾. Si ello es así, el precio que deberemos pagar, por una generalmente justa y socialmente valiosa idea moral de que romper los contratos es indeseable, es que esta perspectiva será aplicada por nosotros en algunas circunstancias en las que el incumplimiento resulta eficiente. Esto a su vez significa que algunos incumplimientos deseables no serán realizados debido a la incomodidad moral que implicarían (esta incomodidad será, desafortunadamente, inferior al bienestar social). Además, las implicancias del consejo de carácter moral acerca del incumplimiento resultan complicadas, en la medida que cuando damos un consejo moral tenemos que considerar el grado de comprensión que se tendrá de nuestro consejo en atención a las circunstancias del incumplimiento o si tiene un efecto general adicional, y así comprendan las implícitas desventajas que se han mencionado.

Estrechamente vinculadas a los consejos que brindan los comentaristas a las partes contratantes también se encuentran sus consejos acerca del derecho, a saber, que la conveniencia moral de satisfacer las promesas contractuales es un argumento a favor de la política legislativa que promueve el cumplimiento. Algunos sostienen, por ejemplo, que el objetivo de la ejecución forzada debe ser ampliado entre otras razones por una perspectiva moral⁽⁶⁶⁾. Un ejemplo notable de tal pensamiento es que en la base aproximativa del Código Civil alemán hacia el cumplimiento contractual, el cual erigiría como remedio general frente al incumplimiento a la ejecución forzada⁽⁶⁷⁾. Desde luego, el tema del presente ensayo ha sido que los contratos tienen un margen muy amplio de vacíos en las promesas que contienen y que la moralidad de mantener una promesa no implica que la ejecución deba ocurrir siempre. Con todo, hemos sostenido que el monto de la reparación de daños parece ser sistemáticamente inferior a la verdadera medida de la expectativa. La importancia de estas observaciones para las políticas legales no resulta clara. La reparación de daños resulta inadecuada en la medida que el tiempo que consume y los gastos que asume el sistema jurídico para resolver la situación por lo general a través de un proceso en el que se discuta sobre los elementos subjetivos de las pérdidas que ha generado el incumplimiento. Puede suceder que nuestro sistema judicial funcione mejor evitando los costos de determinar estos componentes de pérdidas que resultan problemáticos, confiando en las fuerzas morales, tal y como son, llenando los vacíos para inducir un cumplimiento apropiado. En cualquier caso, la creencia de que existe una clara y general razón moral alterar el derecho contractual a fin de fortalecer que se cumplan los contratos parece ser el producto de una sobre simplificada perspectiva de los sentimientos morales y con un error vinculado al tomar en consideración la importancia del carácter incompleto de los contratos.

(65) Muchos han argumentado ello, así como que las perspectivas morales no se encuentran bien calificadas (y menos para perturbar la interpretación oportunista). Véase, por ejemplo, BRANDT, Richard B. *A theory of the good and the right*. Capítulos 9 y 11. 1979; BARON, Jonathan. *Normative, descriptive and prescriptive responses*. Behav. & Brain Sci.: Volumen XVII, 1994. pp. 32-33; HARE, R. M. *Principles*. Proc. of the Aristotelian Soc'y: volumen LXXIII, 1973. p. 10.

(66) Véase, por ejemplo, BARNETT, Randy E. Contract remedies and inalienable rights. Soc. Phil & Pol'y: Volumen IV, 1986. pp. 179, 195-201.

(67) Véase, por ejemplo, ZWEITGERT, Konrad y Hein KÓTZ. *An introduction to comparative law*, traducción de Tony Weir, 3ra. edición revisada, 1998. pp. 472-474 y 483-485. Como esta referencia deja en claro, sin embargo, que la ejecución forzada es más una aspiración que algo real en Alemania desde que, en los hechos, las víctimas del incumplimiento pueden elegir un resarcimiento y es esto lo que usualmente hacen.