

# El caso para la ejecución forzada

Alan Schwartz<sup>(\*)</sup>(\*\*)

El propósito de los remedios contractuales es colocar al promisorio lesionado<sup>(i)</sup> en una posición similar a la que habría tenido si el promitente hubiese cumplido su promesa<sup>(1)</sup>. El Derecho Contractual tiene dos métodos para lograr esta “meta compensatoria”: (i) requerir a la parte que incumplió el resarcimiento de los daños ocasionados, de modo que el promisorio lesionado pueda adquirir una prestación sustituta o pueda obtener las ganancias netas que la prestación prometida hubiera generado; o, (ii) requerir a la parte que incumplió la ejecución de la prestación pactada. Bajo el Derecho vigente<sup>(ii)</sup>, el remedio indemnizatorio está siempre disponible para la parte lesionada, mientras que el remedio de la ejecución forzada está disponible solo cuando las cortes discrecionalmente consideran que debe aplicarse a un caso concreto. De hecho, muy rara vez las cortes hacen cumplir cláusulas contractuales que explícitamente establecen el remedio de la ejecución forzada en caso de incumplimiento contractual.

El presente artículo sostiene que el remedio de la ejecución forzada debe estar a disposición de las partes de la misma manera como lo está el remedio

de la indemnización por los daños ocasionados. La primera parte revisa la doctrina actual acerca de la ejecución forzada. La segunda parte sostiene que el remedio indemnizatorio otorga a menudo una indemnización menor a la supuesta y que los promisorios tienen incentivos económicos para no elegir la ejecución forzada a menos que el remedio indemnizatorio no brinde una protección adecuada. Por ende, aumentar la disponibilidad de la ejecución forzada no brindaría a los promisorios un incentivo para sacar provechos no deseados de los promitentes que incumplieron. La tercera parte demuestra que el hecho de establecer la disponibilidad general de la ejecución forzada no provocará pérdidas de eficiencia, tal como algunos han señalado<sup>(2)</sup>. La cuarta parte sostiene que incrementar la disponibilidad de la ejecución forzada no restringiría excesivamente los *liberty interests* de los promitentes. Finalmente, la quinta parte sostiene que las defensas que no están disponibles cuando se aplica el remedio indemnizatorio deben ser eliminadas o severamente restringidas cuando se aplica el remedio de la ejecución forzada<sup>(3)</sup>.

(\*) Al momento de la publicación de este artículo, Alan Schwartz era Professor of Law en University of Southern California Law Center. Actualmente es Sterling Professor of Law en Yale Law School.

(\*\*) Bajo el título *The Case for Specific Performance*, este artículo fue originalmente publicado en *The Yale Law Journal*. Volumen 89. Número 2. 1979. La traducción del inglés al castellano ha sido realizada por Laura Francia, bajo la supervisión de Freddy Escobar Rozas.

(i) Nota de los traductores: en el *Common Law* el contrato bilateral es entendido como un fenómeno jurídico que se sustenta en las promesas que recíprocamente las partes efectúan. Por tal razón, cada una de ellas es, respecto de la otra, “promitente” y “promisorio”.

(1) Véase, por ejemplo, *U.C.C. § 1-106(1)* (versión 1972). “Los remedios (...) han de estar libremente administrados hasta el punto en que se ponga a la parte agraviada en una situación tan buena como en la que habría estado si la otra parte hubiese cumplido(...)”; *RESTATEMENT OF CONTRACTS § 329* (1932). En adelante citado como *RESTATEMENT*.

(ii) Nota de los traductores: en el *Common Law* el remedio natural ante el incumplimiento de una promesa contractual es la indemnización. Solo cuando este remedio no puede operar (debido a que, por ejemplo, los daños son difíciles de cuantificar o de probar) u obtener su propósito (debido a que, por ejemplo, la indemnización no elimina el perjuicio), las cortes analizan la posibilidad de otorgar el remedio de la ejecución forzada.

(2) Véase, por ejemplo, POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 2da edición. 1977. pp. 88-89 (defendiendo la ley actual sobre las bases de eficiencia); KRONMAN, Anthony. *Specific Performance*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 45. 1978. p. 351 (igual); FARNSWORTH, Allan. *Damages and Specific Relief*. En: *American Journal of Comparative Law*. Número 27. 1979. p. 247. El único comentarista moderno que ha criticado seriamente la ley referente a la ejecución forzada (*specific performance*) es el profesor Dawson, quien ha abogado por la posibilidad de que la ejecución forzada opere en todos los contratos para entregar bienes muebles. Véase DAWSON, John P. *Specific Performance in France and Germany*. En: *Michigan Law Review*. Número 57. 1959. pp. 495, 532. Sin embargo, hay que indicar que el profesor Dawson no contestó las objeciones de ineficiencia que, según algunos, generaría la disponibilidad general de la ejecución forzada.

(3) Este artículo omite considerar varias facetas interesantes de la ejecución forzada. Primero, un contrato de servicios personales puede hacerse cumplir no a través de un mandato judicial que obligue al promitente a ejecutar lo prometido, sino más bien a través de un mandato judicial que impida al promitente prestar sus servicios a terceros. Véase *RESTATEMENT § 379*. Esta regla se basa en parte en la dificultad de supervisar la ejecución del promitente, pero primordialmente en el reconocimiento del interés que el promitente tiene en no ser forzado a trabajar en una labor particular. Véase pp. 296-97 infra. Segundo, los contratos celebrados en un contexto familiar, tales como los acuerdos de separación, a menudo se hacen cumplir específicamente. Tercero, un vendedor usualmente no puede obtener la ejecución forzada del precio si el comprador no ha aceptado los bienes muebles, mientras que los vendedores de tierras pueden demandar la ejecución forzada del pago del precio aun cuando las tierras no hayan sido aceptadas. Este artículo no analiza los remedios del vendedor; su preocupación está centrada en los casos en los cuales los compradores de bienes muebles, inmuebles o servicios

## 1. El Derecho vigente con relación a la ejecución forzada

Bajo el Derecho actual, las cortes otorgan la ejecución forzada cuando perciben que la indemnización por los daños ocasionados sería insuficiente. La ejecución forzada es vista como un remedio extraordinario, otorgado a discreción de la corte:

“Hay que recordar que la ejecución forzada no es un asunto de Derecho, aun cuando el demandante pruebe tener un contrato legalmente válido y suficiente para reclamar la reparación por daños. Ordenar el cumplimiento específico de un contrato es una cuestión que pertenece al ámbito de discrecionalidad judicial de la corte (...). Al demandante se le requería demostrar la buena fe y las equidades de su propia posición, y el Chancellor, al valorar las equidades, tenía derecho a considerar si la sentencia ejecución forzada le traería una ventaja excesiva al demandante o resultaría injusta”<sup>(4)</sup>.

Los casos paradigmáticos en los cuales el remedio de la ejecución forzada es de hecho otorgada incluyen las ventas de “bienes únicos”<sup>(5)</sup>, en las que los daños por incumplimiento son difíciles de computar; las ventas de tierra, porque la tierra se presume única<sup>(6)</sup>; y, más recientemente, los contratos a largo plazo, para los cuales es difícil calcular los daños por incumplimiento<sup>(7)</sup>.

Un promisorio lesionado capaz de demostrar que no tiene remedio adecuado por ley, no tiene, sin embargo, garantizada la posibilidad de actuar el remedio de la ejecución forzada. Los promitentes pueden emplear defensas contra la ejecución forzada que no están normalmente disponibles contra el remedio indemnizatorio: falta de adecuación de la *consideration*<sup>(8)</sup>, falta de garantías para el cumplimiento del promisorio<sup>(9)</sup>, error unilateral del promitente<sup>(10)</sup> y dificultad de la supervisión judicial del mandato de ejecución forzada<sup>(11)</sup>. Estas defensas sirven para restringir aun más la disponibilidad del remedio de la ejecución forzada.

Además, actualmente las cortes se rehusan a hacer cumplir contratos que llevan consigo remedios diferentes a los que ellas habrían de otorgar. Las cláusulas penales que ordenan el pago de indemnizaciones suficientemente altas garantizarían el cumplimiento de la promesa efectuada por el promitente debido a que los costos de su inexecución excederían siempre los costos de su ejecución. Sin embargo, las cortes rechazan este tipo de cláusulas. Las cláusulas penales solo son amparadas por las cortes cuando reflejan un pronóstico razonable de los daños reales, esto es, de los daños que las cortes reconocerían como indemnizables en caso de no existir cláusulas penales en los contratos<sup>(12)</sup>. Más aun, las cortes rara vez hacen cumplir cláusulas

demandan para obtener la ejecución forzada. Cuarto, expandir la ejecución forzada puede acrecentar las interrogantes referentes a la disponibilidad de juicios con jurado debido a que las demandas de ejecución forzada pueden ser consideradas como acciones *in equity*.

- (4) *Public Water Supply Dist. v. Fowlkes*, 407 S.W.2d 642, 647 (Mo. App. 1966); *accord, Green, Inc. v. Smith*, 40 Ohio App. 2d 30, 39, 317 N.E.2d 227, 233 (1974). El actual *Restatement* mantiene esta regla. Véase *RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS* § 371(1) (*Tenth Draft*, Número 14, 1979.) “La ejecución forzada de un deber contractual será otorgada a discrecionalidad de la corte contra la parte que ha incumplido o amenaza con incumplir su deber”. En adelante, *RESTATEMENT (SECOND)*.
- (5) Véase, por ejemplo, *Leasco Corp. v. Taussing*, 473 F.2d 777, 786 (2do. Cir. 1972) (específicamente haciendo cumplir un contrato para la venta de un negocio, desde que cada negocio se presume único); *U.C.C. § 2-716(1)* (“la ejecución forzada puede ser otorgada por sentencia cuando los bienes sean únicos o en otras circunstancias apropiadas”).
- (6) Véase, por ejemplo, *Henderson v. Fisher*, 236 Cal. App. 2d 468, 473, 46 Cal. Rptr. 173, 177 (1965); *Gethsemane Lutheran Church v. Zacho*, 258 Minn. 438, 443, 104 N.W.2d 645, 648 (1960).
- (7) Véase, por ejemplo, *Laclede Gas Co. v. Amoco Oil Co.*, 522 F.2d 33, 40 (8vo. Cir. 1975); *Eastern Air Lines, Inc. v. Gulf Oil Corp.*, 415 F. Supp. 429, 442-43 (S.D. Fla. 1975); *cf. U.C.C. § 2-716 (Comment 2)* (*requirement contracts* considerados como “bienes únicos”).
- (8) Véase, por ejemplo, *Loeb v. Wilson*, 253 Cal. App. 2d 383, 388, 61 Cal. Rptr. 377, 380 (1967); *Schlegel v. Moorhead*, 170 Mont. 391, 553 P.2d 1009 (1976); *RESTATEMENT (SECOND)* § 378(1)(c). Pero véase nota 78 infra (citando casos en los que la ejecución forzada es otorgada a pesar de *inadequacy of consideration*). En algunos estados, esta defensa solo se puede basar si la misma ha sido consagrada en las disposiciones legales vigentes. Véase, por ejemplo, *California Civil Code* § 3391.1 (West 1970). Algunas cortes estatales permiten la defensa solo si la *inadequacy* es tan grande que constituye fraude. Véase, por ejemplo, *Shepard v. Dick*, 203 Kan. 164, 169, 453 P.2d 134, 138 (1969); *Banner v. Elm*, 251 Md. 694, 697, 248 A.2d 452, 453 (1968). Para críticas de esta forma más severa de defensa, véase POMEROY, John Norton. *Treatise on the specific performance of contracts*. 3era edición. 1926. pp. 504-507 (una forma severa de defensa es de poca ayuda adicional para las cortes cuando estas deciden denegar el remedio).
- (9) Véase, por ejemplo, *Rego v. Decker*, 482 P.2d 834, 837-38 (Alaska 1971); *Handy v. Gordon*, 65 Cal. 2d 578, 422 P.2d 329, 55 Cal. Rptr. 769 (1967); *RESTATEMENT (SECOND)* § 377.
- (10) Véase, por ejemplo, *4500 Suitland Rd. Corp. v. Ciccarello*, 269 Md. 444, 452, 306 A.2d 512, 516 (1973); *Public Water Supply Dist. v. Fowlkes*, 407 S.W.2d 642, 649 (Mo. App. 1966).
- (11) Véase, por ejemplo, *Ryan v. Ocean Twelve, Inc.*, 316 A.2d 573, 575 (Del. Ch. 1973); *Yonan v. Oak Park Fed. Sav. & Loan Ass’n*, 27 Ill. App. 3d 967, 974, 326 N.E.2d 773, 779 (1975).
- (12) Véase, por ejemplo, *Wise v. United States*, 249 U.S. 361 (1919) (que hace cumplir la cláusula penal porque no es desproporcionada con respecto a la pérdida de propiedad sufrida); *J. Weinstein & Sons, Inc. v. City of New York*, 264 App. Div. 398, 35 N.Y.S.2d 530 *aff’d*, 289 N.Y. 741, 46 N.E.2d 351 (1942) (que rechaza la cláusula penal cuando es desproporcionada a la pérdida probable); *Uniform Commercial Code* § 2-718(1); McCORMICK C., *Law of Damages* § 149 (1935). Comentaristas recientes han criticado persuasivamente estas restricciones al uso de las cláusulas penales. Véase GOETZ, Charles 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*. Número 77. 1977. p. 554 (todas las cláusulas penales deberían hacerse cumplir); Nota. *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages*. En: *California Law Review*. Número 50. 1977. p. 1955.

contractuales que disponen explícitamente la ejecución forzada en caso de incumplimiento<sup>(13)</sup>.

## 2. Remedios contractuales y la meta compensatoria

La ejecución forzada es el método más preciso dentro de los remedios contractuales para lograr la meta compensatoria debido a que la misma le otorga al promisorio aquello que este último adquirió, tal cual lo hizo<sup>(14)</sup>. La pregunta natural entonces es por qué la ejecución forzada no se encuentra normalmente disponible<sup>(15)</sup>. Se puede encontrar tres explicaciones para la existencia de restricciones legales a la ejecución forzada. La primera consiste en considerar que el compromiso de la ley con la meta compensatoria puede no ser total, de manera que la restricción de la ejecución forzada refleje en parte la negativa de garantizar una reparación integral. La segunda consiste en considerar que los daños pueden ser completamente resarcidos con el pago de una indemnización. Por consiguiente, expandir la disponibilidad de la ejecución forzada crearía incentivos para que los promisorios exploten a los promitentes, amenazándolos con hacer cumplir la prestación, o de hecho haciéndola cumplir, sin favorecer la obtención de la meta compensatoria. La tercera consiste en considerar que por razones de eficiencia o de libertad es mejor restringir la disponibilidad de la ejecución forzada, ya que, a pesar de su gran precisión, podría generar costos de transacción mayores que los costos del remedio indemnizatorio o podría interferir más de la cuenta con el interés de actuar libremente que se le reconoce al promitente.

La primera justificación está más allá del alcance del presente análisis<sup>(16)</sup>. Las otras dos justificaciones serán examinadas en detalle a continuación.

Con respecto a la segunda justificación, la doctrina actual aboga por la ejecución forzada cuando las cortes no pueden calcular los daños ocasionados ni siquiera con un tosco grado de precisión<sup>(17)</sup>. Si el tipo de casos en los que hay dificultades para calcular los daños correspondiese muy de cerca al tipo de casos en los que ahora se otorga la ejecución forzada, expandir la disponibilidad de la misma sería obviamente innecesario. Más aun, semejante expansión crearía oportunidades para que los promisorios explotaran a los promitentes. El tipo de casos en los que el remedio indemnizatorio no cumple su propósito de compensar adecuadamente a los promisorios es, sin embargo, más amplio que el tipo de casos en los que la ejecución forzada es actualmente concedida. Por ende, el logro de la meta compensatoria implica remover antes que mantener las presentes restricciones a la disponibilidad de la ejecución forzada.

Es de gran ayuda empezar examinando el caso paradigmático en el que opera la ejecución forzada: el caso de los bienes (muebles) únicos<sup>(18)</sup>. Cuando el promitente incumple y el promisorio logra efectuar una transacción que le procura un sustituto de la prestación que el promitente no ejecutó, dicho promisorio quedará plenamente resarcido si recibe el monto adicional que demanda la adquisición del referido sustituto más el costo de realización de la segunda transacción. No obstante, en algunos casos como aquellos que involucran obras de arte, las cortes no pueden identificar qué transacciones son las que el promisorio habría de considerar con el fin de obtener algún sustituto de la prestación, debido a que esa información a menudo está en posesión del promisorio. Más aun, calcular con precisión la pretensión del promisorio es complicado para una corte. Por ejemplo, si el promitente incumple un

(13) Véase, por ejemplo, *Stokes v. Moore*, 262 Ala. 59, 77 So. 2d 331 (1955); *Snell v. Mitchell*, 65 Me. 48 (1876). Para críticas a esta regla, véase KRONMAN, Anthony. *Supra* nota 2, pp. 371-376; MACNEIL, Ian R. *Power of Contract and Agreed Remedies*. En: *Cornell Law Quarterly*. Número 47. 1962. pp. 495, 520-523.

(14) Se ha admitido que el remedio equitativo no indemniza por los costos de demora legal; sin embargo, dicha demora es también característica de las acciones por daños. Asimismo, la inflación compensa parcialmente los costos de la demora para los promisorios ya que ella les permite pagar con dólares mas baratos.

(15) Uno de los más antiguos *royal writs* ingleses disponibles para los promisorios en el contrato, el *writ of covenant*, rutinariamente otorgado en casos de ejecución forzada. Véase SIMPSON, A. *A history of the Common Law of contract*. Oxford: *Oxford University Press*, 1975 ("al igual que otras órdenes judiciales, el *writ of covenant* (...) parece estar diseñado no tanto como para iniciar procedimientos dirigidos a indemnizar al demandante por haber hecho mal, sino como para asegurar que lo que estuvo mal debe ser arreglado (...)"). Por el año 1260, sin embargo, los daños se han convertido en el remedio usual en transferencias. Consecuentemente, las Cortes de Derecho estuvieron autorizadas solo para otorgar reparaciones por daños. *Ibid*; p. 595; *Courts of Equity* emitieron sentencias de ejecución forzada, pero solo si no había remedio adecuado en la ley. *Ibid*; p. 596. Con la fusión de *law* y *equity courts* en un sistema judicial unificado, surge la pregunta sobre si restricciones continuas a la disponibilidad de la ejecución forzada son todavía justificadas.

(16) La conclusión de este artículo de que la ejecución forzada debería ser puesta normalmente a disposición presupone el deseo de la meta compensatoria. Para lidiar completamente con la demanda que las cortes no deberían buscar completamente la meta compensatoria, sería necesario formular tanto una teoría descriptiva de por qué los contratos se incumplen así como una teoría normativa que exponga las razones para el incumplimiento en términos de las metas subyacentes del Derecho Contractual. No existe actualmente teoría alguna, y elaborarla está más allá del alcance de este trabajo.

(17) Véase notas 5-7 *supra*.

(18) Véase, por ejemplo, *Copylease Corp. of America v. Memorex Corp.*, 408 F. Supp. 758, 759 (S.D.N.Y. 1976) (los contratos sobre bienes únicos son la excepción a la regla general que limita la disponibilidad de la ejecución forzada); *U.C.C. § 2-716(1)* (el comprador tiene derecho a la ejecución forzada en caso de bienes únicos).

contrato por el cual estaba obligado a transferir la propiedad de una esmeralda rara, el promisorio puede alegar que solo el diamante *Hope* habría de darle igual satisfacción y, por tanto, podría demandar por la diferencia de precio entre la esmeralda y el diamante en cuestión. Sería difícil para una corte saber si lo que el promisorio está alegando es cierto. Si la corte busca indemnizar daños monetarios, tiene tres opciones: (i) otorgar la diferencia de precio entre la prestación prometida y la prestación sustituta, lo cual podría indemnizar excesivamente al promisorio; (ii) otorgar el valor de la expectativa insatisfecha del promisorio, según la estimación que la propia corte realice respecto de tal valor, lo cual podría indemnizar excesiva o insuficientemente al promisorio; u, (iii) otorgar la restitución de cualquier suma pagada por el promisorio, lo cual no indemniza a este último de manera suficiente. El promisorio recibiría una indemnización adecuada, sin riesgo de ser indemnizado excesiva o insuficientemente, cuando el remedio de ejecución forzada estuviese disponible para él y su empleo estuviese alentado en el marco de la doctrina que establece que los daños indemnizables deben ser previsibles y ciertos<sup>(19)</sup>.

Si la ejecución forzada es el remedio apropiado en tales casos, hay tres razones por las cuales aquella debería estar rutinariamente disponible. La primera razón es que en muchos casos las indemnizaciones realmente son insuficientemente. A pesar que los promisorios tienen derecho a recibir indemnizaciones por los daños incidentales<sup>(20)</sup>, tales daños son difícilmente calculables en dinero. Ellos consisten primordialmente en los costos de encontrar y celebrar una segunda transacción, los cuales generalmente incluyen el gasto de tiempo en vez de efectivo, siendo sumamente complicado traducir en términos monetarios los costos de oportunidad. El incumplimiento puede causar también frustración y molestia, especialmente en el contexto de las relaciones de consumo, siendo tales costos irrecuperables<sup>(21)</sup>.

Las indemnizaciones sustitutorias, estimadas por las cortes a fin de que el promisorio pueda adquirir la prestación sustituta adecuada, pueden asimismo ser imprecisas en muchos casos menos dramáticos que el hipotético de la esmeralda al que se hizo referencia líneas arriba. Esto se explica en gran parte por la diferenciación de los productos y su temprana obsolescencia. A medida que la diferenciación de los productos se vuelve más común, es claro que el espectro de suministro de productos que pueden sustituir con precisión a la prestación del promitente se reduce. Por ejemplo, aun durante el periodo en el que se encuentra abundante cantidad de automóviles nuevos marca Datsun a la venta, los automóviles de esa marca con dos puertas, dos tonos, ruedas magnéticas, estéreos y aire acondicionado podían ser escasos en algunos mercados locales. Más aun, la obsolescencia temprana provoca que el promisorio tenga muy poco tiempo para realizar la adquisición sustituta. Si, por ejemplo, el promitente incumple con entregar determinado modelo de auto del año y ya ha transcurrido una buena parte de ese año, al promisorio le será difícil adquirir el modelo exacto que quería. Por estas razones, una indemnización en dinero destinada a permitir que el promisorio adquiera "otro carro" podría ser insuficiente.

Hay que agregar que los problemas de predicción a menudo hacen que el remedio indemnizatorio no pueda colocar al promisorio en la posición en la que habría estado si el promitente hubiese cumplido con realizar la prestación<sup>(22)</sup>. Si el incumplimiento de un contratista retrasase significativamente o impidiese la conclusión de un proyecto de construcción, y tal proyecto difiriese en sentidos importantes de otros proyectos -por ejemplo, una tienda por departamentos en una ubicación diferente a las previas tiendas-, las cortes no estarían del todo dispuestas a conceder una indemnización por la pérdida de beneficios "especulativos"<sup>(iii)</sup> que el incumplimiento ha impedido obtener<sup>(23)</sup>.

(19) Para una exposición más completa de este punto, Véase KRONMAN, supra nota 2.

(20) Por ejemplo, *Uniform Commercial Code* § 2-715(1).

(21) La angustia emocional causada por el incumplimiento, la cual en sí misma no constituye agravio, ordinariamente no es recuperable a través de la acción indemnizatoria. Véase, por ejemplo, *Jankowski v. Mazzota*, 7 Mich. App. 483, 486, 152 N.W. 2d 49, 50-51 (1967) (daños por angustia mental limitados a casos que impliquen "conducta temeraria o no cuidadosa" o contratos "de naturaleza inherentemente personal").

(22) Las dificultades para predecir han sido reconocidas desde hace tiempo. Véase, por ejemplo, *RESTATEMENT* § 329, *Comment* (dificultades referentes a reparaciones indemnizatorias "no hacen práctico lograr su propósito con ningún acercamiento a la exactitud"); WALSH, W., *A treatise on equity*. 1930. p. 300 (las indemnizaciones cuando mucho solo sustituyen lo que el demandante perdió a lo largo de la ejecución).

(iii) Nota de los traductores: en el *Common Law* las cortes no suelen reconocer los denominados *consequential damages*, esto es, los daños representados por: (i) las pérdidas de ganancias derivadas de transacciones que el promisorio hubiera realizado con terceros; y, (ii) las afectaciones a la persona o a los bienes del promisorio. Por tal razón, el autor indica que la indemnización no logrará colocar al promisorio en la posición que habría tenido en caso que el promitente hubiese cumplido su promesa, ya que los beneficios que el primero habría obtenido como consecuencia de operar la tienda por departamentos entregada oportunamente por el segundo, serían considerados por las cortes como *consequential damages* y, por tanto, no pasarían a formar parte de la indemnización.

(23) Véase, por ejemplo, *Frenodia Broadcasting Corp. v. RCA Corp.*, 481 F.2d 781, 802-04 (5th Cir. 1973) (ganancias futuras de nuevos negocios se consideran demasiado especulativos para incluirlos en los daños); *Atomic Fuel Extraction Corp. v. Slick's Estate*, 386 S.W.2d 180, 189-90 (Tex. Civ. App. 1965) (igual).

Segundo, los promisorios tienen suficientes incentivos económicos para demandar el pago de una indemnización cuando es probable que la misma elimine completamente los daños. Un promitente que incumple es alguien que no desea realizar la prestación y, por tanto, es alguien que puede ser hostil. Esto hace que la ejecución forzada constituya un remedio poco atractivo en casos en los que la prestación del promitente es compleja, debido a que el promitente estará más propenso a ejecutar defectuosamente la prestación cuando la misma es requerida coercitivamente. A esto hay que agregar que cuando la prestación es compleja, la ejecución defectuosa de la misma puede ser muy difícilmente advertida por las cortes. Más aun, cuando la prestación del promitente es una de ejecución en el tiempo, como en los contratos de construcción o suministro, resulta costoso monitorear la conducta negativa del promitente. Si el remedio indemnizatorio compensa adecuadamente al promisorio, este último preferirá tal remedio antes que incurrir en los mencionados costos de monitoreo. Finalmente, debido al tiempo que toma resolver una demanda judicial, los promisorios comúnmente preferirán realizar transacciones sustitutas cuanto antes y luego demandar el pago de indemnizaciones, en vez de suspender sus asuntos mientras esperan el otorgamiento del remedio de la ejecución forzada. El único caso en el que el promisorio pedirá la ejecución forzada supone, por tanto, que el remedio indemnizatorio no sea el remedio adecuado<sup>(24)</sup>.

La tercera razón por la que las cortes deberían permitir que los promisorios elijan rutinariamente el remedio de la ejecución forzada es que estos últimos poseen mejor información que las primeras tanto en lo relativo a si el remedio indemnizatorio es adecuado como en lo relativo a la dificultad de exigir coercitivamente la ejecución de la prestación prometida. Los promisorios saben mejor que las cortes si las indemnizaciones que estas han de otorgar son o no adecuadas, ya que aquellos están más familiarizados con los costos que el incumplimiento de los promitentes les impone. Además, los promisorios generalmente saben más acerca de sus promitentes que las cortes; por ende, están en mejor posición para predecir si las sentencias que ordenen la ejecución forzada inducirán o no a sus

---

“expandir la disponibilidad de la ejecución forzada crearía incentivos para que los promisorios exploten a los promitentes, amenazándolos con hacer cumplir la prestación, o de hecho haciéndola cumplir, sin favorecer la obtención de la meta compensatoria”.

---

promitentes a realizar satisfactoriamente la prestación prometida por estos últimos.

En suma, las restricciones a la disponibilidad de la ejecución forzada no pueden ser justificadas bajo el argumento que las indemnizaciones son usualmente adecuadas para eliminar los daños. Por el contrario, de la meta compensatoria se infiere que la ejecución forzada debe estar normalmente disponible. Esto se explica por el hecho que las indemnizaciones realmente no llegan a ser suficientes en más casos de los que uno podría comúnmente suponer; el hecho mismo de solicitar la ejecución forzada prueba que la indemnización sería insuficiente. Las cortes deben, pues, delegar a los promisorios la decisión en torno al remedio que satisface de mejor modo la meta compensatoria. Expandir la disponibilidad de la ejecución forzada no generará, por otro lado, mayor explotación de los promitentes por parte de los promisorios. En efecto, estos últimos rara vez abusarán del poder de exigir la ejecución forzada, debido a los fuertes incentivos que tendrán para escoger el remedio indemnizatorio en caso que este sea adecuadamente compensatorio.

### 3. Ejecución forzada y eficiencia

Antes de examinar en detalle las justificaciones de eficiencia que pueden ser empleadas para restringir la disponibilidad de la ejecución forzada, es útil relacionar tales justificaciones a las posibles bases de la meta compensatoria. Primero, supóngase que la meta descansa en bases de maximización de riquezas<sup>(25)</sup>, por lo que el presupuesto de indemnizar por completo a los

(24) Motivos no económicos pueden algunas veces impulsar al promisorio a buscar la ejecución forzada; la experiencia alemana, sin embargo, brinda cierta confirmación sobre este punto. A pesar que la ejecución forzada está disponible de manera mucho más amplia en Alemania que en los Estados Unidos, los promisorios ahí buscan el remedio indemnizatorio en “un alto porcentaje de casos”. DAWSON, supra nota 2, at 530; Véase TREITEL, G. *Remedies for Breach of Contract*. En: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Volumen VII. 1976. pp.16-17 y 16-29 (demandas por daños “más comunes” que demandas por ejecución forzada).

(25) El profesor Posner recientemente discutió que una versión no utilitarista del consecuencialismo que él llama *wealth maximization* subyace y justifica muchas de las leyes vigentes. Véase POSNER, Richard A. *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 8. 1979. p. 103. Según Posner, una regla legal (de hecho, toda conducta) es buena si ella incrementa la riqueza de la sociedad, mala si la reduce.

promisarios lesionados se basaría en la idea de que tal cosa es menos costosa que no indemnizarlos por completo. Si la más amplia disponibilidad del remedio de la ejecución forzada generara costos de transacción que excedieran los costos de indemnizar insuficientemente que dicho remedio evitaría, entonces las restricciones actuales a la posibilidad de solicitar la ejecución forzada serían justificadas.

De otro lado, si la meta compensatoria descansara en una base de corte moral según la cual las promesas deben ser mantenidas<sup>(26)</sup>, de modo que los remedios contractuales han de apuntar al estado de cosas respecto del cual el promitente tiene un deber de crear y el promisorio un derecho de reclamar, entonces el remedio de la ejecución forzada sería más apropiado que el remedio indemnizatorio, aun cuando pueda generar costos más elevados. Estos costos serían el precio de lograr la meta moral de los remedios contractuales. Bajo esta teoría, el derecho del promisorio a obtener efectivamente la prestación prometida solo debería ser desconocido en caso que los costos de su ejercicio fueran lo suficientemente excesivos como para provocar interferencias con los derechos de otras personas.

Ambas posibles bases de la meta compensatoria apoyan, pues, la disponibilidad rutinaria de la ejecución forzada, a menos que esta resulte ser más costosa que el remedio indemnizatorio. Existen dos formas en las cuales el valor eficiencia podría sufrir como consecuencia de la expansión del remedio de la ejecución forzada. Primero, muchas partes pueden preferir que el remedio de la ejecución forzada se encuentre disponible solo en aquellos casos en los que el ordenamiento vigente otorga tal remedio. Si la disponibilidad de la ejecución forzada fuese notablemente expandida, aquellas partes negociarían provisiones contractuales restringiendo su uso. Las limitaciones legales a la disponibilidad de la ejecución forzada ahorran estos costos de transacción. El profesor Anthony Kronman ha sostenido que la limitación de la ejecución forzada

está precisamente justificada porque evita tales negociaciones “pre incumplimiento”<sup>(27)</sup>. Segundo, si la ejecución forzada estuviese normalmente disponible, los promitentes que quisieran incumplir se verían a menudo obligados a “sobornar” a los promisorios para que estos los liberen de sus obligaciones. Las negociaciones requeridas pueden ser más complejas y costosas que las negociaciones “postincumplimiento” que se llevan a cabo cuando los promitentes que incumplen sus promesas simplemente tienen que resarcir los daños causados a los promisorios. En esta línea, el profesor Richard Posner sostiene que la restricción de la ejecución forzada reduce los costos de negociación “post incumplimiento”<sup>(28)</sup>. A continuación, analizaré en detalle estos dos argumentos, así como otros aspectos de eficiencia relacionados a la elección del remedio de la ejecución forzada o del remedio indemnizatorio.

### 3.1. Negociaciones pre incumplimiento

Las teorías que justifican la restricción de la ejecución forzada bajo el argumento de que dicha restricción es congruente con la intención de las partes, sostienen que el tipo de casos en los que las partes pueden ahora obtener el referido remedio y el tipo de casos en los que las partes querrían que el mismo se encuentre disponible, son coextensivos. Existen, sin embargo, dos problemas con esta posición. Primero, no hay razón para asumir que las preferencias de las partes son congruentes con lo que dispone el Derecho vigente. Segundo, es extremadamente difícil obtener de las preferencias de las partes las reglas legales que deben decidir cuándo un remedio debe ser empleado. Ambas debilidades son ilustradas a través de un análisis de la más sofisticada de las referidas teorías: la del profesor Kronman.

Kronman clasifica como “únicos” aquellos objetos que no tienen sustitutos fácilmente identificables por las cortes. Hoy en día las cortes

(26) Para una introducción a cómo una justificación moral para mantener una promesa puede ser hecha, véase MACKIE, John Leslie. *Ethics*. Harmondsworth: Penguin, 1977. pp.110-111, 116-118 y 184-185. El argumento del profesor Mackie, derivado de Hobbes y Hume, es que está en el interés propio del promitente el mantener su palabra. Un argumento similar se puede seguir de premisas kantianas. Kant usa el mantenimiento de promesas como una de sus cuatro ilustraciones del imperativo categórico:

“Para la universalidad de una ley tal que cualquiera quien se crea en necesidad pueda hacer cualquier promesa que le plazca con la intención de no mantenerla, haría prometedor, y el propósito de prometedor, en sí imposible, ya que nadie creería que le estaban prometiendo algo, pero se reiría de declaraciones de este tipo como de promesas vacías”.

KANT, Immanuel. *Groundwork of the metaphysics of Morals*. Traducción de H. Paton. 1964. p. 90.

(27) KRONMAN. Supra nota 2.

(28) POSNER, Richard. Supra nota 2. pp. 88-89. Otros comentaristas han elaborado argumentos similares. Véase CLARKSON, Kenneth W. y otros. *Liquidated Damages v. Penalties; Sense or Nonsense?* En: *Wisconsin Law Review*. Número 32. 1978. pp. 351, 360. El profesor Farnsworth recientemente criticó el remedio de ejecución forzada sobre la base aparentemente distintiva que el remedio específico impide al promitente redestinar sus recursos a usos de valor más alto, a pesar que el remedio sustitucional sería completamente indemnizatorio para el promisorio. FARNSWORTH. Supra nota 2. pp. 250-251. Esta crítica es incorrecta porque los promitentes pueden redestinar sus recursos -por ejemplo, incumplimiento- sobornando a los promisorios para que estos no busquen el remedio específico/forzoso. Por ende, la posición de Farnsworth se reduce a la demanda que Posner hace acerca de que los costos de transacción que estas negociaciones “postincumplimiento” suponen serían más elevados que los costos de transacción que se obtienen hoy bajo el remedio indemnizatorio.

generalmente limitan la ejecución forzada a estos casos. El profesor Kronman afirma que esta limitación es consistente con las intenciones de las partes; si ellas tuvieran que fijar convencionalmente los remedios contractuales ante la ausencia de una regla general, crearían el remedio de la ejecución forzada solo para la venta de bienes o servicios “únicos”. El argumento de Kronman se basa en la premisa de que el “costo de una provisión contractual para la ejecución forzada será, para el promitente, determinado en parte por su propia estimación de la posibilidad de que quiera incumplir el contrato”<sup>(29)</sup>. Esta posibilidad depende, a su vez, de “la probabilidad que reciba una mejor oferta por sus bienes y servicios en el lapso existente entre la formación del contrato y la ejecución del mismo”<sup>(30)</sup>. La probabilidad en cuestión es baja “cuando el objeto del contrato es único” porque “no hay por definición un mercado desarrollado (y) las transacciones son cuando mucho irregulares (...)”<sup>(31)</sup>. En situaciones en las que el objeto no es único, “por el contrario, la existencia de un mercado desarrollado incrementa la probabilidad que el promitente vaya a recibir ofertas alternativas antes de que haya ejecutado el contrato”<sup>(32)</sup>. El promisorio en el caso de bienes únicos podría dudar si el promitente va realmente a ejecutar la prestación, a pesar de que es poco probable que el promitente vaya a recibir una mejor oferta. Debido a que el remedio indemnizatorio puede ser insuficientemente compensatorio, el promisorio probablemente preferiría tener el remedio de la ejecución forzada disponible<sup>(33)</sup>. Sin embargo, cuando los bienes no son únicos, el promisorio considera que el “riesgo (de una indemnización insuficiente) es leve debido a que existe un mercado desarrollado que genera información adecuada sobre sustitutos apropiados”<sup>(34)</sup>. Por ende, en el caso de los bienes únicos se espera que las partes estén de acuerdo en que se aplique el remedio de la ejecución forzada, ya que, por un lado, el promisorio desea el remedio y, por el otro, el promitente es indiferente respecto del mismo. En el caso de los bienes que no son únicos, por el contrario, las partes probablemente aceptarán que se aplique el remedio indemnizatorio, ya que este protegería adecuadamente al promisorio, dejando al promitente libre para aceptar ofertas más favorables.

El análisis del equilibrio en “mercados desarrollados” y “no desarrollados” y sus reacciones

a *shocks* exógenos sugiere, no obstante, que a los promitentes de bienes únicos les importa más retener la opción de incumplir sin verse sometidos a la ejecución forzada que a los promitentes de bienes no únicos. Con respecto al equilibrio, el profesor Kronman equipara un mercado no desarrollado con uno en el que se venden bienes únicos. Esto es engañoso porque los mercados de bienes únicos a menudo están bien organizados; el mercado de antigüedades puede servir como ejemplo. Estos mercados tienen dos características que los distinguen. Primero, presentan una gran dispersión en los precios, mayor a la que existe en los mercados estandarizados de bienes más o menos fungibles. Además, los vendedores de bienes únicos tienen una “tasa de arribo” de potenciales compradores menor a la que tienen los vendedores de bienes más o menos fungibles. Estos dos fenómenos están relacionados; una alta “tasa de arribo” de compradores genera una extensiva comparación de niveles de compra entre las empresas, en tanto que el grado de dispersión de precios que un mercado puede mantener varía inversamente con el grado de comparación de niveles de compra entre las empresas<sup>(35)</sup>. Los vendedores de bienes únicos se enfrentan a una “tasa de arribo” de potenciales compradores relativamente más baja porque cada artículo que venden es altamente diferenciado; consecuentemente, existen relativamente pocos compradores para dichos artículos. Más aun, los costos de búsqueda son comparativamente mayores cuando se trata de bienes únicos; la localización de estos puede ser difícil y los vendedores a menudo están geográficamente dispersos. A esto hay que agregar que el hecho de analizar la calidad de bienes únicos a efectos de comparar esos bienes con otros toma usualmente más tiempo que buscar y comparar bienes más o menos fungibles.

Un promitente/vendedor en un mercado “no desarrollado” -un mercado en el cual se venden bienes únicos- se enfrenta, entonces, a una “tasa de arribo” de potenciales compradores más baja con el resultante mayor grado de dispersión de precios que un promitente en un mercado “desarrollado”. El promitente de bienes únicos consecuentemente tiene bases para creer que las ofertas que recibe son hasta cierto punto aleatorias y que las ofertas posteriores podrían ser mucho mayores que las primeras. Este promitente, por tanto, prefiere el remedio

(29) KRONMAN. *Supra* nota 2.

(30) *Ibid.*; p.386.

(31) *Ibid.*

(32) *Ibid.*

(33) *Ibid.*

(34) *Ibid.* El riesgo de indemnización insuficiente, sin embargo, puede realmente ser sustancial aun cuando existan mercados “desarrollados”. Véase *supra*.

(35) Véase SCHWARTZ, Alan y Louis L. WILDE. *Interviewing In Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*. En: *University of Pennsylvania Law Review*. Número 127. 1979. pp. 630, 640-51.

indemnizatorio al remedio de la ejecución forzada, ya que el primero preserva su libertad de incumplir.

Esta conclusión se refuerza con el examen de las diferentes reacciones de mercados “desarrollados” y “no desarrollados” a los *shocks* exógenos<sup>(36)</sup>. Los *shocks* exógenos ayudan a explicar por qué los promitentes podrían recibir mejores ofertas entre el momento en que contratan y el momento en que se supone han de ejecutar la prestación. Este fenómeno necesita explicación debido a que un vendedor de bienes y servicios generalmente ha de vender tales bienes y servicios a todos sus compradores en los mismos términos. La discriminación de precios a menudo va contra la ley y sus costos en transacciones en masa exceden las ganancias que produce<sup>(37)</sup>. Generalmente los compradores saben si una empresa ofrece a todos los mismos términos y no tienden a hacer ofertas que excedan el precio regular. Además, las empresas que negocian contratos sobre bases individuales tienen un fuerte incentivo para no incumplir, aunque reciban mejores ofertas, para así mantener su buena reputación<sup>(38)</sup>. ¿En qué circunstancias, entonces, los promitentes recibirán y aceptarán mejores ofertas?

Frecuentemente estas circunstancias surgen cuando se produce un inesperado y dramático incremento en la demanda. En efecto, el incremento en la demanda ejerce una presión hacia arriba en

los precios. En el caso de bienes no únicos, esta presión se alivia parcialmente por la habilidad de los vendedores de incrementar la producción. Los bienes únicos, sin embargo, forman parte de la cadena de suministro inelástico; solo existen unos cuantos Rembrandts y un incremento en la demanda de los mismos no ha de generar un aumento en el número de los mismos<sup>(39)</sup>. En consecuencia, cuando los compradores demandan más de un artículo único, la respuesta primaria de los vendedores es incrementar el precio de los mismos; ellos pueden expandir la producción solo de manera leve, si es que se puede expandir del todo<sup>(40)</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la demanda aumenta inesperadamente, un promitente en un mercado de bienes únicos podría demandar precios más altos que un promitente en un mercado de bienes no únicos. El vendedor de bienes únicos tiene, entonces, un fuerte incentivo para negociar la inaplicación de la ejecución forzada y de este modo para preservar su libertad de incumplir. Por el contrario, un vendedor de bienes no únicos probablemente tendrá que competir con muchos otros vendedores para aprovechar cualquier nueva oportunidad que un incremento en la demanda genere, siendo el alza de precios resultante relativamente modesta. Por ende, a este vendedor le importará menos preservar su libertad para incumplir en respuesta a los desplazamientos de la

(36) Los economistas establecen una distinción entre los factores que influyen el equilibrio del mercado que son intrínsecos (factores “endógenos”) y aquellos que son extrínsecos (factores “exógenos”). Un ejemplo de un factor endógeno es la estrategia que los consumidores usan al adquirir información sobre las compras; los equilibrios del mercado son en parte una función de las estrategias recopiladoras de información de los consumidores. Un ejemplo de un factor exógeno es un embargo; un equilibrio particular será fastidiado si un embargo reduce el suministro disponible. Para una discusión de las contribuciones de factores endógenos y exógenos al equilibrio del mercado en un contexto recopilador de información, véase ROTHSCCHILD, Michael. *Models of Market Organization with Imperfect Information: A Survey*. En: *Journal of Political Economics*. Número 81. 1973. p. 1283.

(37) SCHWARTZ y WILDE. Supra nota 35.

(38) El deseo de las firmas/empresas de preservar su buena reputación es evidente en la existencia de dos prácticas de venta común: marcar los artículos como “vendidos” y retenerlos para los compradores originales en vez de revenderlos a compradores subsecuentes a precios más altos; y, en el caso de empresas que venden servicios, racionar la demanda temporalmente excesiva haciendo a los compradores esperar en vez de vender los servicios a los compradores subsecuentes a tarifas más altas.

(39) Para una discusión más rigurosa de la teoría del suministro elástico, véase SAMUELSON, Paul. *Economics*. 10ma edición. 1976. pp. 386-87.

(40) El argumento en el texto puede ser esclarecido mediante un diagrama.

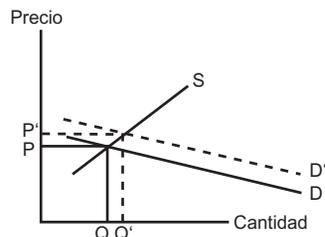


Gráfico 1

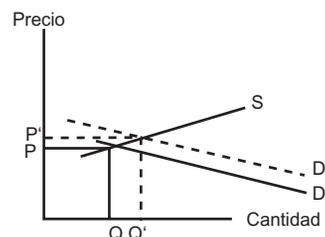


Gráfico 2

En ambas figuras, un incremento en la demanda está representada por un desplazamiento similar en la curva de demanda de D a D'. En el Gráfico 1, sin embargo, el suministro (S) es inelástico; sin importar cuan grande el desplazamiento en la demanda, poco más del bien es suministrado. Por tanto, casi la completa fuerza del desplazamiento de la demanda se traduce en incremento del precio. En el Gráfico 2, el suministro es elástico, de modo que la producción se expande considerablemente y el incremento en el precio es más moderado.

demanda<sup>(41)</sup>. En suma, si bajo el supuesto de prestaciones únicas el promitente pudiese optar por la ejecución forzada o por el resarcimiento de daños, aquel no escogería la ejecución forzada, con lo que su preferencia sería contraria a la tendencia mostrada por el Derecho vigente<sup>(42)</sup>.

A todo esto hay que agregar que existen consideraciones que pueden guiar al promisorio a rechazar la ejecución forzada en casos en que la misma está de hecho disponible y a buscar este remedio en situaciones en las que no está siendo otorgado<sup>(43)</sup>. Compradores de casas o de terrenos, por ejemplo, pueden a veces preferir cláusulas penales antes que la ejecución forzada debido a que los vendedores en posesión de los bienes durante la acción de ejecución forzada podrían causar un daño difícil de probar en una corte. Asimismo, un comprador de un bien único podría preferir el pago de una indemnización antes que la ejecución forzada si cree que es posible persuadir a la corte que la cuantiosa indemnización reclamada es el costo de un sustituto adecuado. Los promisorios de bienes no únicos, por el contrario, preferirían la ejecución forzada porque puede ser difícil obtener sentencias que reconozcan indemnizaciones cuantiosas<sup>(44)</sup>.

Por ende ningún factor singular -como el hecho que la prestación sea única- determinará las preferencias de las partes respecto de determinado remedio en todos los casos, debido a que tales

preferencias dependen del contexto en el que se encuentren las partes. Un análisis más profundo probablemente sugeriría discrepancias adicionales entre los remedios que las partes desean en situaciones específicas y aquellos que el Derecho vigente garantiza. Los costos de crear una regla legal a la medida de las preferencias de las partes en una base de caso por caso, no obstante, excederían las ganancias. Con el intento de hacer un borrador de las cláusulas contractuales sustantivas, un gran número de reglas tendrían que ser ideadas. Por lo tanto, como no puede demostrarse que la restricción de la disponibilidad de la ejecución forzada minimiza los costos de transacción de las partes que negocian los remedios y como establecer los remedios a la medida de las preferencias de las partes sería administrativamente muy costoso, las teorías bajo análisis deben ser dejadas de lado como guías para establecer la disponibilidad de los remedios. Por el contrario, la ejecución forzada debería estar generalmente disponible debido a que la meta compensatoria no se alcanza adecuadamente cuando el único remedio disponible es el indemnizatorio. Esta recomendación presupone, sin embargo, que los costos de negociación post incumplimiento que de ese modo se generan no exceden aquellos que bajo el mismo supuesto se generan en aplicación del Derecho vigente. Esta presuposición es analizada a continuación.

- (41) Este análisis se aplica no solo a bienes que tradicionalmente han sido considerados únicos sino también a bienes que están actualmente en suministro inelástico. Los precios también se elevarán si la demanda permanece constante y el suministro se contrae. Dado que la curva de demanda se mantiene constante, los abastecedores de bienes únicos y no únicos serán similarmente afectados, y por ende tendrán incentivos similares para preservar su libertad de incumplir.
- (42) Confirmando el análisis textual de que cambios en la demanda afectan preferencias para la ejecución forzada, un número de demandas recientes buscando ese remedio contractual parece haber sido causado en parte por cambios en la demanda, por ejemplo, *Weathersby v. Gore*, 556 F.2d 1247, 1249 (5th Cir. 1977) (algodón); *Tower City Grain Co. v. Richman*, 232 N.W.2d 61, 63 (N.D. 1975) (la escasez de furgones sugiere un incremento en la demanda de granos); o combinaciones de cambios en la demanda y el suministro, por ejemplo, *Laclede Gas Co. v. Amoco Gas Co.*, 522 F.2d 33, 36 (8th Cir. 1975) (gas propano); *Eastern Air Lines, Inc. v. Gulf Oil Corp.*, 415 F. Supp. 429, 441 (S.D. Fla. 1975 (gasolina para jet)).
- (43) La técnica para identificar al que puede evitar el costo de la manera menos onerosa (véase CALABRESI, Guido. *The cost of accidents*. 1970. pp. 135-140), brinda un medio alternativo para analizar las intenciones de las partes con respecto a las provisiones sobre los remedios aplicables en transacciones de bienes únicos. El riesgo relevante es que el promitente/vendedor reciba una mejor oferta entre el momento de formación y el momento de ejecución del contrato. Si el vendedor asume el riesgo, debe cumplir a pesar de una mejor oferta; si es el comprador quien asume el riesgo, el vendedor es libre de tomar la mejor oferta y pagar los daños al primer comprador. El vendedor, asume este análisis, es el *cheapest cost-avoider* más barato del riesgo de recibir una mejor oferta porque él generalmente tiene conocimiento superior de las condiciones del mercado. Dado que las partes típicamente negociarán para poner el riesgo en el *cheapest cost-avoider* menos costoso, ellas normalmente acordarán un remedio de ejecución forzada en el caso de bienes únicos. El profesor Kronman no hace esta discusión, y puede que esté en lo correcto al no hacerlo ya que las generalizaciones acerca de si los promitentes o los promisorios tienen una habilidad superior para predecir el futuro son demasiado difíciles de hacer. Por ejemplo, un individuo que vende una reliquia a un *dealer* probablemente tendría menos conocimiento que ese distribuidor; un distribuidor que la vende a un consumidor probablemente tendría más conocimiento que ese consumidor; y un mayorista de antigüedades que vende a un minorista probablemente no tendría más conocimiento que su comprador. Por ende es incorrecto sostener que las partes comúnmente negociarían para el remedio de la ejecución forzada en el caso de bienes únicos; un argumento así debe basarse en la afirmación no probada que los promitentes tienen una ventaja comparativa al predecir el futuro.
- (44) Por ejemplo, algunos compradores de algodón buscaron, sin éxito, la ejecución forzada de los contratos que sus agricultores-vendedores habían incumplido cuando los precios del algodón se triplicaron entre el momento de la celebración y el de la ejecución de tales contratos. Los compradores pudieron haber creído que los jurados locales estarían renuentes a otorgar indemnizaciones altas en contra de los granjeros locales. Véase *Weathersby v. Gore*, 556 F.2d 1247 (5th Cir.1977); *Duval & Co. v. Malcom*, 233 Ga. 784, 214 S.E.2d 356 (1975). El *Restatement* lista "el grado de probabilidad que los daños reparados puedan de hecho no ser 'cobrados' como un factor a ser considerado para 'determinar cuan adecuado es el remedio indemnizatorio'". *RESTATEMENT* § 361 (d); *accord*, *RESTATEMENT (SECOND)* § 374 (c). Véase *Severson v. Elberon Elevator, Inc.*, 250 N.W.2d 417, 423 (Iowa 1977) (apuros financieros del acusado relevantes para el pedido de ejecución forzada). La improbabilidad de cobrar una indemnización por daños de hecho justificaría la ejecución forzada sin que importe si los bienes son "únicos" o no.

### 3.2. Negociaciones post incumplimiento

El segundo argumento de eficiencia para restringir la disponibilidad de la ejecución forzada indica que si la misma estuviera libremente disponible, los costos de negociación post incumplimiento serían más altos que los que el remedio indemnizatorio genera. Por ejemplo, supóngase que un comprador (C1) contrata con un vendedor (V) para adquirir un aparato por US\$ 100. Antes de su entrega, la demanda se incrementa inesperadamente. El mercado de aparatos está temporalmente en desequilibrio debido a que los compradores hacen ofertas a diferentes precios. Mientras el mercado está en desequilibrio, un segundo comprador (C2) celebra un contrato con V para adquirir el mismo aparato por US\$ 130. Subsecuentemente, el nuevo precio promedio/de equilibrio de los aparatos es US\$ 115. Si la ejecución forzada estuviera disponible en este caso, es probable que C1 la demande, para así obligar a V a pagarle algo del beneficio que obtendría si ejecuta la segunda venta. C1 puede, por ejemplo, insistir en la ejecución forzada a menos que V le pague US\$ 20 (US\$ 15 para cubrir la diferencia del precio contractual con el nuevo precio de mercado, más US\$ 5 de prima)<sup>(45)</sup>. Si V está de acuerdo, C1 puede adquirir el aparato del mercado con los US\$ 115 pagados por V<sup>(46)</sup> y obtener además un rédito de US\$ 5, el cual no sería obtenido en caso de haber exigido el remedio indemnizatorio, en tanto que este remedio únicamente cubriría la diferencia entre el precio de mercado vigente al momento del incumplimiento y el precio contractual (\$15). Cada vez que V reciba una oferta por un monto mayor al nuevo precio del mercado, aquel tendrá un incentivo para incumplir. A su turno, C1 tendrá un incentivo para amenazar a V con la ejecución forzada y obtener de este modo algo de las ganancias que V recibiría en caso decida incumplir el primer contrato para consecuentemente cumplir el segundo.

Las negociaciones post incumplimiento entre V y C1 representarían una pérdida de eficiencia, ya que solo servirían para redistribuir la riqueza entre V y C1, sin generar riqueza social adicional. Si la sociedad

es indiferente a si los vendedores o compradores como grupo se benefician de un incremento en la demanda, entonces el Derecho debe buscar eliminar esta pérdida de eficiencia. El hecho de establecer que los compradores solo pueden emplear el remedio indemnizatorio aparentemente lograría ese propósito, en tanto que eliminaría las negociaciones post incumplimiento.

Semejante análisis, sin embargo, es incompleto. En efecto, los costos de negociación también se generan cuando C1 reclama el pago de una indemnización. Si las negociaciones por las cuales los primeros compradores (en este caso C1) obtienen una porción de los beneficios que sus vendedores reciben a raíz del incumplimiento de los contratos celebrados con los primeros, son menos costosas que las negociaciones (o demandas judiciales) por las cuales los primeros compradores recuperan lo necesario para pagar el mayor valor de mercado de los bienes, la ejecución forzada entonces generaría costos de negociación post incumplimiento más bajos que los costos asociados al remedio indemnizatorio. Tal cosa, sin embargo, no parece probable. La diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado a menudo se determina fácilmente, y los vendedores que incumplen tienen un incentivo para pagarla sin demora, de modo que así el beneficio que obtienen con el incumplimiento no se verá consumido por las tarifas que cobran los abogados. En contraste, si los compradores pueden amenazar con la ejecución forzada y de ese modo obtener algo de las ganancias que los vendedores recibieron a raíz de su incumplimiento, estos últimos extenderán las negociaciones tanto como les sea posible para así mantener todas las ganancias que puedan. Por lo tanto, el remedio indemnizatorio probablemente generará pagos rápidos por parte de los vendedores que incumplieron, mientras que el remedio de la ejecución forzada probablemente incrementará las negociaciones difíciles<sup>(47)</sup>. Por ende, las negociaciones post incumplimiento asociadas con el remedio de la

(45) C1 no requeriría que V le entregue el aparato para revénderselo luego a C2 a US\$ 130, ya que si V incumpliera su contrato con C2, este último compraría un aparato en el mercado abierto a US\$ 115. Solo V puede vender a C2 a US\$ 130, debido a que C2 ha contratado solo con V para adquirir el aparato a ese precio.

(46) Efectuar la cobertura supone realizar una compra sustituta. Véase *Uniform Commercial Code* § 2-712(1). "Costos de cobertura" no se refieren al precio pagado por el bien sustituto, sino a los costos incurridos al localizar al bien sustituto y al efectuar la segunda transacción.

(47) De manera similar, una cláusula penal muy alta también produciría negociaciones. Esto porque si se hace cumplir dicha cláusula, la recompensa que el promitente tendría que pagar excedería cualquier beneficio que aquel obtendría del incumplimiento. El promisorio, sin embargo, tendría un incentivo para permitir el incumplimiento a cambio de una porción de las ganancias del promitente. Un comentarista que discute la validez de estas cláusulas ha afirmado que los costos de transacción de negociar sobre las ganancias serían menores que "los costos de litigio o de transacción ante el incumplimiento del contrato" en caso que tales cláusulas fueran inválidas. Nota: *Liquidated Damages and Penalties Under the Uniform of Commercial Code and the Common Law: An Economic Analysis of Contract Damages*. En: *Northwestern University Law Review*. Número 72. 1978. pp. 1055, 1079. Esto sin embargo no toma en cuenta el incentivo del promisorio de llegar a una transacción cuando los daños son fácilmente calculables y menores que la ganancia. Otro reciente comentarista sugiere que los costos de negociación que podrían resultar de una cláusula penal elevada "pueden no ser meramente nominales" porque "no hay lineamientos legales que brinden una respuesta dada a qué es lo que el vendedor debe pagar a su comprador inicial". CLARKSON, Kenneth W. y otros. *Supra* nota 28. Número 34. p. 362; cfr. ELLICKSON, Robert C. *Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 40. 1973. pp. 681, 743-744 (los costos de negociación se reducen cuando las normas sobre daños establecen lineamientos claros para la negociación).

ejecución forzada parecerían ser mayores que aquellas asociadas al remedio indemnizatorio<sup>(48)</sup>.

Este análisis, no obstante, parte del crucial supuesto que el primer comprador, C1, tiene acceso al mercado a un costo significativamente menor al que afecta al vendedor<sup>(49)</sup>; pese a que ambos pagan el mismo precio de mercado por el bien sustituto, se asume que C1 tiene costos de cobertura mucho más bajos. Si este supuesto es falso, la ejecución forzada no daría lugar al incremento del costo de las negociaciones post incumplimiento.

Consideremos nuevamente la ilustración. Supóngase que C1 puede obtener la ejecución forzada, pero que V puede obtener el sustituto tan convenientemente como C1<sup>(50)</sup>. Si C1 insiste en la transferencia del aparato materia del contrato, V compraría otro aparato en el mercado por US\$ 115 y de este modo entregaría los dos aparatos en cumplimiento de sus contratos con C1 y C2. En este caso observaríamos un total de tres transacciones: V-C1, V-C2 y V2-V (que representaría la compra del segundo aparato por parte de V). Ninguna de estas transacciones implica negociaciones post incumplimiento. Por tanto, si los vendedores pueden acceder al sustituto convenientemente, el remedio de la ejecución forzada no generará costos de negociaciones post incumplimiento.

El problema, entonces, es si los vendedores y compradores generalmente tienen similares costos de cobertura, esto es, de acceder al bien sustituto. El análisis sugiere que sí lo tienen. Tanto los vendedores como los compradores tienen los incentivos para aprender cómo opera el mercado. Debido a que los vendedores tienen que “vigilar a la competencia”, aquellos tendrán normalmente buen conocimiento de los precios del mercado y de las gamas de calidad. Asimismo, cuando un comprador necesite bienes o servicios a la medida de sus propias necesidades, aquel será capaz de encontrar dichos bienes o servicios a un menor costo que el que pagarían los vendedores en general, ya que

estos tendrían primero que asegurarse de las necesidades del comprador antes de entrar al mercado. Sin embargo, en situaciones en las que el vendedor y el primer comprador ya han negociado un contrato, es probable que el vendedor tenga tanta información como el comprador acerca de las necesidades de este último. Más aun, en algunos mercados, como aquellos para máquinas y servicios complejos, es probable que los vendedores tengan una ventaja comparativa sobre los compradores a la hora de evaluar la calidad de tales máquinas o servicios, por lo que estarían sujetos a menores costos de cobertura. Por tanto, no existe base para asumir que los compradores generalmente tienen costos de cobertura significativamente menores a los costos que afectan a los vendedores. De esto se infiere que aumentar la disponibilidad de la ejecución forzada no generaría costos de negociación post incumplimiento más elevados que los costos asociados al remedio indemnizatorio.

Cuatro serias objeciones se le pueden hacer a esta conclusión: (i) los costos de cobertura diferenciales a veces ayudan a inducir el incumplimiento, y su existencia guía a costos de negociación más elevados bajo el remedio de la ejecución forzada que bajo el remedio indemnizatorio; (ii) en algunos casos los vendedores no pueden efectuar una cobertura plena o total; (iii) cuando el primer comprador y el segundo comprador tienen usos diferentes para el objeto de la venta, la ejecución forzada genera costos de negociación post incumplimiento más elevados que los que genera el remedio indemnizatorio; y, (iv) cuando se presentan cambios en las circunstancias, los costos de transacción son mayores bajo la ejecución forzada que bajo el remedio indemnizatorio.

La primera objeción presupone que los vendedores incumplen en parte porque sus costos de cobertura son más elevados que los de sus compradores; luego afirma que cuando los costos de cobertura divergen, la ejecución forzada es

(48) La regla que prohíbe a los vendedores obtener ejecución forzada, por ejemplo, para el pago por bienes no aceptados puede ser explicada en estos términos. Bajo la norma actual, el vendedor debe revender los bienes; de otro modo, el comprador que se niegue a aceptarlos tendrá que revenderlos. Probablemente los vendedores son más eficientes revendedores que los compradores que se niegan a aceptarlos debido a que vender es a veces una actividad especializada. Por ende, si los compradores fueran responsables por el precio, ellos probablemente sobornarían a los vendedores a revender los bienes por ellos. Los costos de negociación evitados bajo la regla actual serían en esa hipótesis costos reales. Hoy en día, los vendedores revenden los bienes y proceden contra los compradores para recuperar la diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado. Si los costos de transacción resultantes son más bajos que aquellos que demandarían de los intentos del comprador de sobornar a los vendedores a revender los bienes, entonces la regla actual es más eficiente que otorgar a los vendedores una acción por el precio. Dado que el diferencial contractual del mercado es fácilmente determinado mientras que el soborno no lo es, parece probable que la regla actual es la más eficiente.

(49) Véase POSNER, Richard. *Supra* nota 2.

(50) Cuando el contrato entre V y C1 implica la venta de bienes, V de hecho efectúa la cobertura al comprar bienes similares en el mercado. Cuando el contrato envuelve servicios, V efectúa la cobertura al proveer un delegado que preste el servicio prometido. Los compradores son requeridos a aceptar al delegado a menos que la prestación del promitente sea en algún sentido única. Comparar con *Corson v. Lewis*, 77 Neb. 446, 449, 109 N.W. 735, 736 (1906) (el servicio de un abogado a su patrocinado se mantiene indelegable) con *New England Iron Co. v. Gilbert Elevated R.R. Co.*, 91 N.Y. 153, 167-68 (1883) (las obligaciones de los contratos de construcción son delegables). Véase generalmente CALAMARI John D. y Joseph M. PERILLO. *Contracts*. 1970. pp. 430-433.

aparentemente menos eficiente que el remedio indemnizatorio. Retornando a la hipótesis planteada, supóngase que  $C_c$  son los costos de cobertura del primer comprador (C1), mientras que  $C_v$  son los costos de cobertura del vendedor (V). Piénsese por un momento que V tiene mayores costos de cobertura que C1, es decir,  $C_v > C_c$ . Si la ejecución forzada estuviese disponible, C1 podría amenazar a V con obtenerla, intentando forzar de esta manera el pago del diferencial del costo de cobertura:  $C_v - C_c$ . Si C1 efectuara una amenaza creíble, V estaría en una mejor situación si negociara con C1 en lugar de efectuar la cobertura. Debido a que solo la disponibilidad de la ejecución forzada permitiría que C1 obligue a V a negociar el pago del diferencial indicado, uno puede argumentar que dicha disponibilidad genera una situación menos eficiente que la que genera el remedio indemnizatorio.

La objeción bajo análisis, sin embargo, es incorrecta; incluso si los costos de cobertura diferenciales influenciaran las decisiones del vendedor de incumplir. Una amenaza verosímil de C1 para presionar a V usualmente requeriría preparar o iniciar una demanda judicial. Esto implicaría tiempo empresarial perdido, buena reputación perdida y el pago de honorarios a los abogados, y estos costos usualmente exceden cualquier diferencial de cobertura ( $C_v - C_c$ ) que pueda existir. Esto se debe a que los costos de cobertura -y, por ende, del diferencial- son menores que los costos legales. Localizar y realizar transacciones sustitutas son rutina, son actividades de negocios relativamente no costosas. Como los costos legales y los costos relacionados a una amenaza verosímil comúnmente exceden el diferencial de los costos de cobertura, aquellos costos raramente justificarían que los compradores amenacen con la ejecución forzada para así obtener parte del referido diferencial. Por ende, las diferencias en los costos de cobertura de las partes no producirían negociaciones post incumplimiento.

La segunda objeción a la conclusión que los costos de negociación post incumplimiento no son mayores bajo la ejecución forzada que bajo el remedio indemnizatorio surge del hecho que en algunos casos

los vendedores no pueden efectuar una cobertura plena o total. En estos casos, los compradores pueden forzar las negociaciones post incumplimiento amenazando con aplicar la ejecución forzada. Hay dos situaciones en las cuales un vendedor no puede efectuar la cobertura: si él es un monopolista o si los bienes son únicos. En ninguno de esos casos, sin embargo, el primer comprador será capaz de efectuar la cobertura. Si ni el vendedor ni el primer comprador pueden efectuar la cobertura, no existe razón alguna para creer que habría costos de negociación post incumplimiento más elevados con la ejecución forzada que con el remedio indemnizatorio. Si la ejecución forzada estuviese disponible, C1 y V negociarían sobre la participación de C1 en el beneficio que la ejecución del contrato entre V y C2 generaría, o C1 insistiría en que V le entregue el bien para luego vendérselo a C2. Si solo estuviese disponible el remedio indemnizatorio, C1 negociaría con V una compensación por la ganancia neta que dejó de percibir como consecuencia del incumplimiento de este último, ya que como C1 no puede adquirir sustituto alguno, su compensación no podría estar determinada por la diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado. La referida ganancia es a menudo difícil de calcular, pudiendo ser fácilmente exagerada por el comprador. Así las cosas, no hay razón para creer que las negociaciones o los litigios sobre esta ganancia serían menos costosos que las negociaciones sobre la división del beneficio que la oferta de C2 crea, o que los costos de una segunda transferencia entre C1 y C2. Por tanto, aun cuando el vendedor no pueda efectuar la cobertura, no se puede afirmar que la ejecución forzada genera costos de negociación post incumplimiento más elevados que los que genera el remedio indemnizatorio. Más aun, cuando ninguna de las partes puede efectuar la cobertura -el caso bajo discusión-, los compradores tienen el derecho a la ejecución forzada bajo el Derecho vigente<sup>(51)</sup>. Resumiendo, si el comprador inicial tiene acceso al mercado a un costo significativamente menor que el vendedor, el remedio indemnizatorio genera costos de negociación post incumplimiento menores que los que genera el remedio de la ejecución forzada en

(51) Véase por ejemplo, *Uniform Commercial Code* § 2-716(1) (autorizando la ejecución forzada "cuando los bienes son únicos o en otras circunstancias apropiadas"). El Comentario 2 a la provisión indicada sugiere que "la inhabilidad para efectuar la cobertura es evidencia de la existencia de las circunstancias apropiadas a las que hace referencia la provisión en cuestión". Véase *Kaiser Trading Co. v. Associated Metals and Minerals Corp.*, 321 F. Supp. 923, 932-33 (N.D. Cal. 1970), *appeal dismissed*, 443 F.2d 1364 (9th Cir. 1971). Cuando el vendedor es un monopolista, parecería existir un caso en el que la ejecución forzada debería ser denegada. Supongamos que un monopolista contrata para vender aparatos antes de que su fábrica quede destruida a causa de un incendio. Si la ejecución forzada operase, el comprador podría intentar extorsionar al vendedor, amenazándolo con obtener una orden de ejecución forzada respecto de la cual el vendedor no podría ni ejecutar ni efectuar la cobertura. Las negociaciones finalizarían con el pago de aquella suma que el vendedor esté dispuesto a sacrificar con el fin de evitar ser encontrado en desacato. Estas negociaciones constituirían una pérdida de eficiencia. Véase POSNER, Richard. *Supra* nota 2. pp. 96-97. Este resultado no se daría, sin embargo, cuando los bienes han de ser entregados de una fuente específica y esta se destruye de casualidad. En estos casos el vendedor es excusado de ejecutar. Véase *Uniform Commercial Code*. § 265. Comentario 5.

caso esté disponible. Parece probable, sin embargo, que ambas partes efectúen la cobertura a un costo similar y relativamente bajo, o que ninguna de ellas pueda hacer tal cosa. En cualquiera de estos dos casos, los costos de negociación post incumplimiento son similares bajo ambos remedios contractuales<sup>(52)</sup>.

La tercera objeción a esta conclusión se refiere a los casos en los que el primer y el segundo comprador tienen diferentes usos para el bien en venta. Si el bien forma parte de un suministro inelástico en uno de esos usos, la ejecución forzada sería menos eficiente que el remedio indemnizatorio. Por ejemplo, supóngase que C1 contrata para adquirir una propiedad con el fin de usarla como hacienda/finca. C2 descubre que el terreno está en una ubicación ideal para operar un restaurante y persuade a V para que le transfiera dicho terreno a un precio mucho mayor que el que C1 acordó pagar. Tanto C1 como V podrán probablemente efectuar la cobertura con respecto al primer contrato, ya que la tierra para labranza es a menudo fungible. Por ende, si se aplicara el remedio indemnizatorio, V ofrecería transferir a C1 una parcela diferente o resarcir a C1 los daños ocasionados por el incumplimiento, y vender el terreno, que es único para el uso de C2, a C2. Sin embargo, si C1 pudiese obtener la ejecución forzada, podrían ocurrir dos resultados no deseados. Primero, C1 podría descubrir el propósito de C2 e insistir en la ejecución forzada con el propósito de adoptar el uso que C2 pretendía darle al terreno. Así, C1 podría aprovecharse de la información desarrollada por C2, lo que reduciría el incentivo de personas como C2 por descubrir nuevos usos. Alternativamente, C1 podría negociar con V para obtener algo del beneficio que este recibiría en caso que entregue el terreno a C2, o insistir en la ejecución forzada y revender el terreno a C2. Los escenarios planteados podrían crear costos de transacción sin generar nueva riqueza social. Por otro lado, si C1

únicamente pudiese recuperar de V la diferencia entre el precio de mercado de un terreno para labranza similar y el precio del contrato, los costos de transacción serían menores, debido a que V tendría fuertes incentivos para efectuar la cobertura o para pagar esa suma voluntariamente<sup>(53)</sup>. Por tanto, el remedio indemnizatorio sería más eficiente que el remedio de la ejecución forzada en casos en los que el mercado provea sustitutos para el uso que C1 pretende darle al bien, pero no para el uso que C2 pretende darle al mismo. Sin embargo, las cortes hoy en día permiten la ejecución forzada en tales casos<sup>(54)</sup>. Por ende, el dilema consiste en si crear una excepción para el caso del “uso-diferente” en caso de estar la ejecución forzada normalmente disponible. La respuesta es negativa, ya que el litigio y los costos de inseguridad que esta excepción generaría probablemente excederían los mayores costos de negociación que supondría emplear la ejecución forzada en esta situación relativamente no común.

La objeción final a la tesis de que los costos de las negociaciones post incumplimiento no son mayores bajo la ejecución forzada que bajo el remedio indemnizatorio se explica en el contexto de inflación inesperadamente rápida. Supongamos que un promisorio obtendría una ganancia de US\$ 3,000 por un proyecto de construcción que él ha acordado adquirir en US\$ 10,000. Supongamos también que cuando él celebró el contrato, el promitente anticipó que el proyecto le costaría US\$ 8,000 y que la inflación no prevista elevó los costos de este último a US\$ 15,000. En el caso que los beneficios anticipados del promisorio por la conclusión del proyecto no se incrementen similarmente, la mejor estrategia de aquel sería amenazar al promitente con la ejecución forzada, buscando de esta forma que este último divida parte de los US\$ 7,000 que ahorraría en caso que no concluya el proyecto (ni voluntaria ni

(52) Este análisis parece pasar por alto el deber del comprador de mitigar los daños. Supongamos que V tiene costos de ejecución significativamente más altos que el mercado como un todo, de modo que C1 puede comprar un sustituto por menos de lo que le costaría a V ejecutar. ¿Debería V ser capaz de afirmar sus inusualmente altos costos como defensa para una acción por ejecución forzada sobre la base que C1 puede mitigar los daños de V al hacer una compra sustituta? La respuesta debería ser negativa por dos razones. Primero, esta situación raramente ocurrirá porque V puede a menudo efectuar la cobertura tan fácilmente como C. Por tanto, la defensa es largamente innecesaria. Segundo, permitir a V oponerse a una acción de ejecución forzada sobre la base que costos relativamente altos crearía una defensa que sería costosa de adjudicar y pueda ser impredecible en su aplicación.

(53) Véase *Supra* p. 285.

(54) La regla abrumadoramente popular es que “la ejecución forzada de un contrato de venta de tierra es generalmente otorgada aun cuando el daño resultante de la no ejecución es susceptible de ser resarcido”. *Atchinson v. City of Englewood*, 568 P.2d 13, 22 (Colo. 1977). En muy pocos casos, las cortes se han negado a otorgar la ejecución forzada de contratos respecto de tierras sobre la base de que la indemnización monetaria protegería adecuadamente al promisorio. Véase por ejemplo, *Watkins v. Paul*, 95 Idaho 499, 511 P.2d 781 (1973). Cuando el vendedor ha vendido el bien a un subsecuente comprador de buena fe a un precio considerablemente mayor al precio del primer contrato, las cortes ocasionalmente se han negado a imponer un fideicomiso constructivo en los procedimientos de venta y solo han otorgado reparaciones monetarias. Véase *Grummel v. Hollenstein*, 90 Ariz 356, 367 P.2d 960 (1962) (rehusándose a reabrir juicio para tomar evidencia como las ganancias de la venta para la tercera parte); *Cushing v. Levi*, 117 Cal. App. 94, 3 P.2d 958 (1931) (reparando como daños menos de un tercio de la ganancia de la venta a una tercera parte). Un precio mucho más alto sugiere que el segundo comprador tuvo un uso más valioso, de modo que la falta de imponer fideicomisos constructivos muestra la falta de voluntad de algunas cortes de impedir que los vendedores transfieran a compradores subsecuentes que tienen usos más valiosos.

forzadamente). A pesar de que el promisorio pierde US\$ 3,000 por el incumplimiento, el promitente ahorra US\$ 7,000 por el mismo concepto. Las negociaciones sobre la división de los ahorros netos que el incumplimiento posibilita, equivalentes a US\$ 4,000 son una pérdida de eficiencia. Sin embargo, si el remedio indemnizatorio fuera el único disponible para el promisorio, este último todavía podría forzar a llevar a cabo dichas negociaciones, desde que retendría el poder de imponer una pérdida de US\$ 7,000 en el promitente. En efecto, la medida estándar de indemnización por incumplimiento de un contrato de construcción es la diferencia entre el precio del contrato y el nuevo precio del mercado<sup>(55)</sup>. En el ejemplo planteado, el nuevo precio del mercado es US\$ 17,000 (el costo de US\$ 15,000 más el beneficio del contratista equivalente a US\$ 2,000), mientras que el precio del contrato es US\$ 10,000. Consecuentemente, la ejecución forzada y el remedio indemnizatorio crean incentivos idénticos para que las partes se comprometan en negociaciones post incumplimiento costosas en el caso de inflación inesperada<sup>(56)</sup>.

### 3.2.1. Ganancias de eficiencia producidas por la disponibilidad rutinaria de la ejecución forzada

El análisis realizado a lo largo del presente artículo sugiere que el hecho de convertir a la ejecución forzada en un remedio ampliamente disponible a elección del promisorio no generaría negociaciones pre incumplimiento o post incumplimiento más costosas que las que existen hoy en día a la luz del remedio indemnizatorio. Más aun, expandir la disponibilidad de la ejecución forzada produciría ciertas ganancias de eficiencia: minimizaría las ineficiencias de la indemnización insuficiente, reduciría la necesidad de pactar cláusulas penales, minimizaría el comportamiento estratégico y ahorraría los costos de litigar asuntos por daños complejos.

Primero, si solo el remedio indemnizatorio está disponible, los promitentes podrían incumplir algunas veces cuando sus ganancias por incumplimiento excedan los daños que la corte ha de calcular, aunque no los costos totales que el incumplimiento impone a los promisorios. Dichos incumplimientos posiblemente sean ineficientes en la medida en que le hacen bien a los promitentes, pero mal a los promisorios.

Segundo, bajo la legislación actual, las partes tienen un incentivo para crear una suerte de remedio de ejecución forzada en los casos en que la misma está prohibida (o no se tiene certeza de su disponibilidad) por la vía de pactar cláusulas penales<sup>(57)</sup>. Esto sucede porque estas cláusulas cumplen la misma función que la ejecución forzada - asegurar indemnización adecuada o cumplimiento cuando las reglas indemnizatorias no proveen ninguno de los dos-. Si la ejecución forzada estuviera normalmente disponible, se ahorrarían muchos de los costos que las partes tienen que afrontar al negociar las cláusulas penales<sup>(58)</sup>.

Tercero, los comentaristas han discutido que las cláusulas penales que requieren recompensas relativamente altas crearían incentivos para que el promisorio incumpla cuando las circunstancias sobrevinidas hagan que el promisorio prefiera las referidas recompensas al cumplimiento<sup>(59)</sup>. Los recursos usados en inducir al incumplimiento o en contrarrestar esta conducta constituirían pérdidas de eficiencia. Si la ejecución forzada estuviera ampliamente disponible, no obstante, las partes contratantes tendrían un incentivo para preferirla sobre las cláusulas penales porque, como hemos visto, la ejecución forzada y las cláusulas penales son sustitutos recíprocos. Debido a que las ganancias que el promisorio obtiene al inducir el incumplimiento son en buena medida minimizadas cuando no están acompañadas por largas compensaciones, aquel comportamiento estratégico raramente ocurriría.

(55) Véase *RESTATEMENT* § 346.

(56) El aparato hipotéticamente usado en el texto ilustra que expandir la disponibilidad de la ejecución forzada puede algunas veces resultar en demasiada indemnización. Supongamos que V realmente transfirió el aparato a C2, un comprador de buena fe. C1 podría no recuperar el aparato de C2, así como tampoco C1 podría obtener la ejecución forzada. En muchas jurisdicciones, él podría, sin embargo, imponer un fideicomiso constructivo en las ganancias de las ventas; por ende, recuperar US\$ 30 en vez del diferencial del mercado contractual de US\$ 15. El remedio de fideicomiso constructivo que un derecho a ejecución forzada le permite invocar al promisorio puede por ende indemnizar en demasía. No obstante, el efecto disuasivo del fideicomiso constructivo es a menudo el único camino efectivo para asegurar que un promitente no rechazará el derecho de un promisorio a la ejecución forzada al transferir puntualmente a una tercera parte. La indemnización en demasía ocasional que resulta parece un precio razonable a pagar para así mantener la efectividad del remedio de ejecución forzada.

(57) Véase *Goetz & Scott*. Supra nota 2. p. 559.

(58) Habría nuevos costos asociados al *contracting out* de las partes, (fuera) de la regla general de ejecución forzada, regla que en parte compensaría estos ahorros. Como se mostró supra, no obstante, las preferencias generales de las partes con respecto a la ejecución forzada o a los daños parecen imposibles de asegurar; por ende, cualquier ahorro resultante de expandir la disponibilidad de la ejecución forzada debería ser considerado una ganancia neta.

(59) Véase *Clarkson, Miller, & Murriss*. Supra nota 28. No es probable que las *liquidated damage clauses* inspiren muchos intentos de inducir incumplimiento, no obstante, si la penalidad es alta, el promisorio tendría que hacer lo posible para hacer que el promitente no ejecute. Dado que cualquier intento de inducir incumplimiento viola el deber del promisorio de obrar con buena fe y dado que los esfuerzos extraordinarios deberían ser relativamente fáciles de probar, el promisorio sería probablemente excluido de hacer cumplir la *liquidated damage clause* si se comprometiera en un "comportamiento estratégico" tal. Mientras que Clarkson, Miller, y Muris reconocen la relevancia del deber de buena fe del promisorio para su argumento, ellos subestiman su fuerza. CLARKSON y otros. *Op cit.*; p. 371. Para otra crítica a su argumento véase KRONMAN Anthony y Richard POSNER. *The economics of contract*. 1979. pp. 224-225.

Finalmente, la ejecución forzada es buscada con frecuencia cuando los daños han de ser difíciles de establecer. Otorgar el remedio de ejecución forzada en estos casos ahorraría los recursos que de otro modo serían dedicados a explorar complejas preguntas acerca de la cuantía de los daños<sup>(60)</sup>.

### 3.2.2. Objeciones a la ejecución forzada por costos administrativos

La discusión previa ha demostrado que pueden esperarse ciertas ganancias de eficiencia como resultado de expandir la disponibilidad de la ejecución forzada. No obstante, permanece una objeción de eficiencia: que el remedio incrementa los costos administrativos de las partes y de las cortes debido al gasto implicado en crear e implementar las sentencias de ejecución forzada. Esta objeción es hoy en día la base para una defensa contra la acción de ejecución forzada: una corte puede denegar el remedio aduciendo "dificultad de supervisión"<sup>(61)</sup> aun si el demandante pactó un derecho a la ejecución forzada. Sin embargo, un análisis cuidadoso de la objeción por los altos costos administrativos indica que la defensa basada en la dificultad de supervisión debería estar disponible con mucho menos frecuencia de lo que el Derecho vigente permite. Dos argumentos apoyan esta opinión. Primero, como se ha demostrado en los párrafos precedentes, a menudo es difícil saber si los costos que las cortes tendrían al permitir la actuación de la ejecución forzada excederían las ganancias resultantes del incremento de la disponibilidad de dicho remedio. En situaciones en las que una comparación de costos entre la ejecución

forzada y los daños no es posible, el remedio más preciso, a saber la ejecución forzada, debería ser otorgado. Segundo, los costos administrativos que el remedio de la ejecución forzada impone a las partes no deberían considerarse en contra de su uso más amplio, debido a que se incurrirá en aquellos costos solo cuando las partes los perciban como menores que las ganancias que el referido remedio genera.

Las cortes, al reforzar la defensa de supervisión, están consternadas con su ineptitud para supervisar el cumplimiento<sup>(62)</sup> y con la carga de un mayor litigio<sup>(63)</sup>. Pese a lo anterior, como lo demuestran los casos concernientes a los derechos civiles y a los mandatos de *antitrust*, las cortes efectivamente han supervisado a las partes en litigio en asuntos complejos a lo largo de extensos periodos<sup>(64)</sup>. No obstante, las cortes que se rehusan a otorgar la ejecución forzada sobre la base de las dificultades de supervisión parecen asumir implícitamente que los costos de otorgar la ejecución forzada exceden cualquier beneficio generado por este remedio.

Otorgar la ejecución forzada sí impone costos a las cortes. Los jueces posiblemente tengan que dedicar mayor tiempo y recursos para ajustar y supervisar la sentencia de ejecución forzada del que tendría que ser dedicado para idear y hacer cumplir un fallo indemnizatorio. Por ende, la ejecución forzada puede ser dada a expensas de la atención judicial a otros asuntos<sup>(65)</sup>. Las cortes, sin embargo, pueden eliminar mucho de este costo de oportunidad al señalar *Masters*<sup>(iv)</sup> especiales<sup>(66)</sup>. Esta práctica también desplazaría cualquier costo por recursos

(60) Véase DOBBS, Dan B. *Remedies*. St. Paul: West Publishing Company, 1973. p. 885.

(61) Véase nota supra 11 (que cita casos en los que la defensa por la dificultad de supervisión fue permitida).

(62) Véase, por ejemplo, *Thayer Plymouth Center Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 225 Cal. App. 2d 300, 304, 63 Cal. App. 2d 300, 304, 63 Cal. Rptr. 148, 150 (1967) (ejecución forzada denegada para un contrato que requería supervisión continua); *Egbert v. Way*, 15 Walsh. App. 76.80, 546 P.2d 1246, 1248-49 (1976) (la ejecución forzada puede ser correctamente denegada si la supervisión judicial fuese irracionalmente difícil).

(63) Véase, por ejemplo, *Yonan v. Oak Park Fed. Sav. & Loan Ass'n*, 27 Ill. App. 3d 967, 974, 326 N.E.2d 773, 779 (1975) (ejecución forzada denegada para un contrato de construcción donde había riesgo de litigio más allá).

(64) Extensivos ejemplos son dados en FISS, Owen. *Injunctions*. New York: Foundation Press, 1972. pp. 325-481. Véase también FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington: The Indiana University Press, 1978. pp. 36-37.

(65) Esta conclusión parece plausible intuitivamente, pero puede ser incorrecta dado que asume que el suministro de servicios judiciales es inelástico. En un reciente estudio estadístico, el Profesor Gillespie puso en duda la validez de este supuesto. Véase GILLESPIE, R.W. *The Production of Court Services*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 5. 1976. p. 243. Él encontró que las cortes de distritos federales se deshicieron de más casos cuando conducían una proporción más alta de juicios. Él sugirió dos explicaciones para estos resultados. Primero, cuando las cortes usan juicios en realidad, las partes tienen mayores incentivos para llegar a un acuerdo. Segundo, la evidencia sugiere que el suministro de servicios judiciales es bastante elástico; tal como él lo puso: "los jueces trabajan más duro, mayor tiempo o con mayor eficiencia cuando hay necesidad de hacerlo". *Ibid.*; p. 264.

Este argumento, al aplicarse a las interrogantes de la ejecución forzada, sugiere que si las cortes emitieran una proporción más elevada de sentencias que requiriesen supervisión, dichas cortes posiblemente no serían obligadas a desatenderse de otras tareas, ya que el prospecto de estas sentencias posiblemente induciría a más partes a transar o ejecutar y porque los jueces posiblemente expandirían su rendimiento. Por ende el costo de oportunidad de supervisión aumentada podría de hecho ser ligero.

(iv) Nota de los traductores: los *Masters* son funcionarios nombrados por las cortes para realizar ciertas labores en el ámbito de los procesos. Los *Masters* han sido utilizados para ayudar a hacer cumplir las sentencias de ejecución forzada desde los tiempos de la Reina Elizabeth.

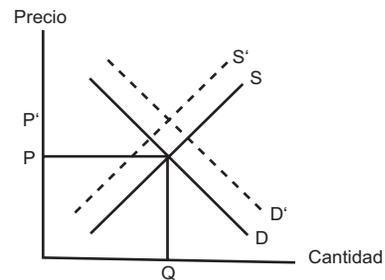
(66) Véase I.G. *Equitable Jurisdiction*. 1846. p. 647. El Juez Hough fue abogado influyente del uso de *Masters* en este país. Véase *Kearns-Gorsuch Bottle Co. v. Hartford-Fairmont Co.*, 1 F.2d 318, 119-20 (S.D.N.Y. 1921) (que urgía el uso de *competent receivers* para asistir a los jueces en la supervisión de problemas empresariales complicados). La Regla 53 (b), no obstante, establece que el uso de un *Master* "ha de ser la excepción y no la regla". FED. R. CIV. P. 53 (b). Comentaristas han discutido si el uso de un *Master* es una abdicación de funciones judiciales, y que incrementa el costo del litigio. Véase Nota. *Masters and Magistrates in the Federal Courts: Rule*. En: *Columbia*

adicionales de la ejecución forzada primariamente a las partes. Los *Masters* pueden ser usados para crear sentencias, así como para supervisar el cumplimiento y escuchar apelaciones con respecto al cumplimiento.

Como se ha demostrado en la sección anterior, incrementar la disponibilidad de la ejecución forzada realmente crea ganancias de eficiencia sustanciales. Sobre la base de información actualmente disponible, es imposible afirmar si aquellas ganancias excederían el incremento en costos de oportunidad, administrativos y judiciales que la disponibilidad de la ejecución forzada produciría. Esto será particularmente así si las cortes delegan tareas supervisoras y otras labores administrativas a los *Masters*. Como el logro normativo de los remedios contractuales es la compensación, la ejecución forzada debería extenderse a menos que pueda demostrarse que los costos de su implementación excederían las ganancias que generaría. Como no existe tal caso, la objeción por costos administrativos rara vez debería apoyar la negativa para otorgar la ejecución forzada<sup>(67)</sup>.

La posibilidad de que las partes vayan a incurrir en costos mayores como resultado de la actuación del remedio de la ejecución forzada en caso se requiera la supervisión de una sentencia, no debe considerarse en contra de la más amplia disponibilidad de este remedio. Se incurrirá en estos costos solo cuando los beneficios de la ejecución forzada excedan sus costos incrementales<sup>(68)</sup>. No obstante ello, la pregunta que se mantiene es cuál de las partes debe absorber los costos de supervisión si la corte designa un *master*. Si ambas partes pueden calcular el valor esperado de estos costos cuando contratan, la pregunta es trivial. Supongamos que se adopta la regla que los promisorios deben pagar los costos del *Master* y otros costos de la corte asociados con la ejecución forzada. En la figura, D será la curva de demanda por los servicios de construcción, por ejemplo, y S será la curva de suministro.

En equilibrio, la cantidad Q de servicios son suministrados por el precio P. Si la regla fuese cambiada, y los promitentes fueran requeridos a absorber los costos adicionales de la ejecución forzada, la curva de suministro se desplazaría a S'



porque sería entonces más caro el suministro de servicios de construcción. La magnitud del desplazamiento reflejaría el valor esperado de estos costos. Sin embargo, la curva de la demanda se desplazaría aproximadamente en la misma medida que la curva de suministro debido a que los servicios de construcción se volverían más deseables para los promisorios: si el promitente incumple, los servicios del *Master* se proveen "gratuitamente"<sup>(69)</sup>. Mientras que el precio del mercado por servicios de construcción se elevará a P' cuando los promitentes carguen con los costos extras de la ejecución forzada, la cantidad de servicios comercializados se mantiene en Q. Por lo tanto, no resultan consecuencias de eficiencia al destinar estos costos a una parte o a la otra.

Sin embargo, este análisis presupone que no existe asimetría de la información. De hecho, los promitentes posiblemente sepan más acerca de la probabilidad de su propio incumplimiento que los promisorios. Si los promisorios tuviesen que cargar con los costos de los *Masters*, aquellos sobrestimarían o subestimarían tales costos. Cualquier error reduce la eficiencia en la asignación de recursos. En el primer caso, muy pocos servicios son adquiridos; en el último caso, demasiados servicios son adquiridos. Al mismo tiempo, los promisorios saben mejor que los promitentes si y hasta qué punto la indemnización por daños puede ser insuficiente. Por ende, si los promitentes han de soportar los costos adicionales de la ejecución forzada, ellos posiblemente sobrestimen o subestimen estos costos. Nuevamente, es probable que todo esto resulte en una ineficiente asignación de recursos. Es difícil predecir la dirección en la que estas asimetrías de la información son más pronunciadas.

*Law Review*. Número 58. 1958. pp. 452-453. Sin embargo, ninguna objeción es convincente en este contexto. Dado que el rol de un *Master* sería primordialmente supervisar sentencias de la corte, las cortes estarían realizando el aspecto principal de la función judicial. Más aun, los costos de supervisión no desaparecen si la corte ejecuta los decretos; dichos costos son simplemente externalizados al fisco público. De manera más apropiada, las partes asumirían estos costos debido a que ellas son más capaces de minimizarlos.

(67) Véase *infra* (que discute circunstancias limitadas en las que la defensa por la dificultad de supervisión debería permitirse).

(68) Este argumento presupone cierto conocimiento de parte de las partes, referente a los beneficios y costos del remedio equitativo.

(69) Dado que los costos de los servicios del *Master* estarían incluidos en el precio contractual, el costo marginal de usar estos servicios en caso de incumplimiento sería cero para un promisorio. Esto podría crear un problema *moral hazard* debido a que serán consumidos más servicios del *Master* que si los promisorios tuvieran que pagar por estos servicios cuando sean requeridos a hacerlo. Los otros costos de litigio que los promisorios asumirían, no obstante, parecen lo suficientemente elevados como para hacer de este problema uno sin importancia.

No obstante, en el contexto práctico más importante, aquel de los contratos de construcción/obra, es posible predecir la dirección en la cual las asimetrías serán más pronunciadas. Los promitentes en este supuesto parecen más capaces de predecir la probabilidad de que los daños serán insuficientes para los promisarios, que los promisarios de predecir la probabilidad de incumplimiento. Un promisario tendría dificultad para predecir el incumplimiento porque probablemente existen numerosos contratistas promitentes, y las empresas de construcción difieren ampliamente en competencia y confianza. Por ende, el promisario tendría que obtener información acerca de numerosas empresas; el promisario no puede por el contrario confiar en conocimiento común sobre la fiabilidad del servicio. Además, los consumidores promisarios tendrían incluso mayor dificultad para predecir el incumplimiento. Los consumidores no usan con mucha frecuencia los principales servicios de construcción y, por ende, no tienen el incentivo de explorar las condiciones del mercado en detalle así como la oportunidad de obtener experiencia evaluando la información del mercado. Por otro lado, las empresas constructoras en todos los mercados a menudo pueden calcular la relativa "singularidad" de sus propias prestaciones. Es por eso que probablemente resultarían mayores asignaciones ineficientes de recursos si los promisarios y no los promitentes asumen los costos de supervisión. Por lo tanto, los promitentes que incumplen deberían soportar estos costos en los contextos de construcción<sup>(70)</sup>.

#### 4. La ejecución forzada y la autonomía

El análisis hecho hasta aquí indica que ninguno de los argumentos de eficiencia en contra de la expansión de la disponibilidad de la ejecución forzada es persuasivo, excepto en los casos raros en los que la dificultad de la defensa de supervisión apropiadamente se aplica. Existe, sin embargo, otro sustento para la objeción a la ejecución forzada. En efecto, una objeción moral a la expansión de la disponibilidad de este remedio se puede desarrollar sobre la base de considerar que el hecho de requerir la ejecución forzada interfiere con la autonomía del promitente más que el hecho de requerir el pago de

la indemnización. Si la libertad de actuar es preponderante sobre las metas a las que la ejecución forzada sirve, este remedio debe en efecto ser prohibido o restringido<sup>(71)</sup>.

Sin embargo, la objeción basada en la libertad del promitente no puede ser evaluada completamente sin una teoría que reconcilie o haga posible elegir entre cuatro metas relevantes del Derecho contractual: (i) permitir al promitente escoger libremente las cláusulas bajo las cuales contratar, incluyendo una cláusula tácita relativa a la ejecución forzada; (ii) evitar que el promitente llegue a estar bajo la presión excesiva de tener que ejecutar la prestación; (iii) minimizar los costos de una indemnización insuficiente; y, (iv) dar al promisario la prestación que contrató porque moralmente tiene derecho a ella. Desarrollar una metateoría sobre el particular está más allá del alcance de este artículo, pero afortunadamente no es necesario enfrentarse con la mayoría de las discusiones acerca del interés en la libertad.

Para empezar, el interés no se ve seriamente comprometido con una sentencia de ejecución forzada si el promitente vende bienes más o menos fungibles o está en el negocio de la venta de bienes únicos. En cualquiera de estas circunstancias, los bienes son activos para el promitente tanto como lo es el efectivo; requerir su entrega no es relevantemente diferente de requerir la entrega del efectivo. De manera similar, requerir a una compañía que presta servicios a ejecutar para un determinado promisario no viola los intereses asociativos de dicha compañía ni los de sus empleados.

El interés en la libertad se ve afectado, no obstante, en el caso de un promitente individual que presta servicios personales. En parte por esta razón, la legislación vigente no permite que la ejecución forzada sea garantizada en este caso<sup>(72)</sup>. El interés en cuestión puede también estar implicado si un promitente fuese requerido a entregar bienes muebles o inmuebles a los que está apegado sentimentalmente, sobre la base que su autonomía comprende el derecho de definirse a sí mismo, en parte, en términos de la posesión de bienes tangibles<sup>(73)</sup>. La ley, no obstante, comúnmente otorga la ejecución forzada en aquellos casos; bienes que tienen asociaciones sentimentales para el promitente pueden no tener sustitutos cercanos para

(70) Para el permiso en circunstancias individuales excepcionales, debería permitirse a las partes contratar fuera de esta regla.

(71) La distinción en la legislación francesa entre "obligaciones de hacer y de no hacer" y "obligaciones de transferir" refleja esta preocupación. En el incumplimiento de las primeras se indemnizan solo los daños, mientras que en el incumplimiento de las últimas puede ser remediado a través de un mandato equivalente a la ejecución forzada. Se aplican diferentes remedios porque "se consideró menos oneroso deber dinero que ser responsable de compulsión realmente para ejecutar un acto o abstenerse del mismo". TREITEL. *Supra* nota 24. p. 13.

(72) Véase *Lumley v. Wagner*, 42 Eng. Rep. 687 (1852) (los contratos de servicios personales se hicieron cumplir al imponer ejecución en cualquier otro lugar en vez de requerir la ejecución forzada); *RESTATEMENT* § 379 (igual).

(73) Esta *personality theory of property* usualmente nos lleva a Hegel. Véase HEGEL, Georg. *Philosophy of right*. Traducción de T. Knox. Oxford: Oxford University Press, 1972. pp. 41-71; AVINERI, Shlomo. *Hegel's theory of the modern state*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972. pp. 88-89, 135-137.

el promisorio<sup>(74)</sup>, mientras que todo inmueble se presume único<sup>(75)</sup>.

La objeción del interés en la libertad no supone pues barrera alguna para expandir la disponibilidad de la ejecución forzada a ventas de bienes más o menos fungibles y servicios corporativos. Lo que sí sugiere, sin embargo, es eliminar el uso de este remedio en algunos casos en los que actualmente está disponible. Esta sugerencia es, no obstante, prematura. Para limitar la ejecución forzada con respecto, digamos, a bienes únicos primeramente se requeriría el desarrollo de una teoría coherente acerca del "aspecto de la personalidad" de la titularidad de propiedades. Debe demostrarse entonces que la protección del interés en la libertad es más importante que las metas a las cuales la ejecución forzada está destinada a servir. Hasta que aquello se demuestre, excepciones a la regla de ejecución forzada a pedido del promisorio, motivadas por la autonomía, no deben ser creadas.

## 5. Defensas contra la ejecución forzada

Bajo la legislación vigente, un promisorio no puede obtener la ejecución forzada por el simple hecho de mostrar el incumplimiento y la ausencia de un remedio adecuado en la ley; defensas especiales aplicables solo contra pedidos de ejecución forzada limitan más la disponibilidad del remedio. Estas defensas incluyen la falta o inadecuación de *consideration*, la falta de seguridad para la ejecución del promisorio, el error unilateral del promitente y la dificultad de supervisar la ejecución<sup>(76)</sup>. Estas defensas pueden ser divididas en dos categorías, aquellas provenientes de la injusticia del contrato y aquellas provenientes de dificultades en implementar el remedio.

### 5.1. Contratos injustos

Cuando un promisorio no puede probar los daños, negar la ejecución forzada constituye una decisión que significa no hacer exigible el contrato<sup>(77)</sup>. Debido a que las defensas contra la ejecución forzada difieren de las defensas legales normalmente

disponibles, existe en efecto dos doctrinas que regulan la exoneración de obligaciones contractuales: la *unconscionability* de Equidad y la *unconscionability* de Derecho. Dos características distinguen la versión equitativa. La primera, las cortes a menudo se rehusan hacer cumplir contratos en Equidad -esto es, niegan la ejecución forzada- sobre la base de que cláusulas particulares son sustantivamente injustas, sin llegar al asunto de si el proceso contractual fue en sí mismo también injusto. La segunda, cuando las cortes de Equidad sí requieren la prueba de un proceso de contratación injusto como condición para no hacer exigible el contrato, su versión de aquello parece diferente y más fácil de establecer que el requisito de injusticia aplicable a las acciones en Derecho. Estas dos características son injustificables y producen confusión e imprevisibilidad. Por ende, deben ser eliminadas, de manera tal que las defensas que puedan hacerse valer en contra de un pedido de ejecución forzada sean idénticas a aquellas que puedan hacerse valer en contra de un pedido de indemnización.

#### 5.1.1. Un precio demasiado bajo

Un promitente puede vencer una acción de ejecución forzada en algunas jurisdicciones si prueba que el precio del contrato es demasiado bajo<sup>(78)</sup>. A pesar que esta defensa está hecha para rescatar a promitentes de malos tratos, realiza esta tarea pobremente. Supongamos que una parte contrata para vender por US\$ 5,000 un bien que, juzgando por las ventas de bienes similares, tiene un valor de mercado de US\$ 10,000. Tanto la ejecución forzada como la indemnización van a imponer al promitente una pérdida de US\$ 5,000 en el caso de incumplimiento. Supongamos ahora que bienes similares a la del objeto de la venta no son comúnmente comercializadas en el área del promitente, pero los expertos aseguran que el bien en cuestión tiene un valor mucho mayor a US\$ 5,000. En este último caso, el promitente que incumple preferiría que el promisorio esté limitado a la reparación por daños. La dificultad de calcular/medir los daños puede causar que una corte ordene al

(74) Por ejemplo, "las reliquias, tesoros familiares, (...) el reloj del abuelo, (...) el zapato que el bebé usó, o el viejo fiel Dobbin el caballo fiel, (...)" *RESTATEMENT* § 361 Comment, "son bienes con 'asociaciones sentimentales' que posiblemente justificarían el otorgamiento de la ejecución forzada. *Ibid.*; § 361 (b). Tales artículos pueden tener asociaciones sentimentales tanto para los promisorios como para los promitentes.

(75) Para un llamativo ejemplo de otorgamiento de ejecución forzada a pesar del apego sentimental del promitente a su pertenencia, véase *Hutchins v. Honeycutt*, 286 N.C. 314, 210 S.E.2d 254 (1974) (transferencia de *The Old Home Place*).

(76) Véase supra notas 8-11; p. 273.

(77) Esta conclusión es intuitivamente válida y existe cierta información para respaldarla. En una encuesta cubriendo 150 casos en los cuales la ejecución forzada fue denegada sobre las bases de *equitable unfairness*, las 56 respuestas mostraron que "en cada instancia, una derrota/rechazo equitativa era una derrota/rechazo total". FRANK J. y J. ENDICOTT. *Defenses in Equity and "Legal Rights"*. En: *Los Angeles Law Review*. Número 14. 1954. pp. 380-381.

(78) Véase supra nota 8 (que cita casos en los cuales la ejecución forzada fue denegada debido a *inadequacy of consideration*). No obstante, las cortes podrían otorgar ejecución forzada a pesar de una aparente *inadequacy of consideration*. Véase, por ejemplo, *Gross v. J & L Camping and Sports Center, Inc.*, 270 Md. 539, 312 A.2d 270 (1973) (el precio fue \$85,000, valor aparentemente por encima de \$120,000); *Blankenship v. Porter*, 479 S.W.2d 409 (Mo. 1972) (el precio fue \$6,000, el valor se dijo ser \$12,000).

promitente solamente restituir o indemnizar un monto como reparación de daños; monto que es menor al valor del bien para el promitente. Por ende, contratos con precios supuestamente insuficientes se hacen cumplir cuando los daños se pueden probar pero no cuando no se pueden probar.

No existe justificación normativa alguna para hacer que la protección al promitente se convierta en la habilidad del promisorio de establecer daños en vez de hacerlo en el precio que las partes acordaron. Esta dificultad se puede evitar haciendo que la defensa para un precio demasiado bajo esté generalmente disponible en el Derecho Contractual, o eliminándola por completo. Existen dos razones principales para sostener esta última alternativa. Primero, que la defensa lleva a resultados impredecibles. La imprevisibilidad surge porque la defensa a menudo se hace valer en casos referentes a bienes para los cuales no existe un mercado reconocido. En consecuencia, las cortes con frecuencia se ven obligadas a resolver sobre asuntos tan difíciles como cuánto “vale” la propiedad, así como qué fracción de este valor es el que en justicia el vendedor debe recibir, lo cual es aun más difícil. Debido a que los resultados judiciales en este tipo de asuntos son difíciles de predecir por las partes, frecuentemente los promitentes hacen valer la defensa y por ende obligan a las cortes a emplear tiempo considerándola<sup>(79)</sup>. Se ahorrarían recursos si la defensa fuera eliminada.

Más aun, se deben hacer cumplir los contratos que implican precios bajos ya que hacer cumplir estos contratos crea incentivos para que los promisorios busquen tratos convenientes. Búsquedas que se incrementan, por su parte, son el correlato positivo de la existencia de precios competitivos, ya que mientras los compradores puedan hacer más comparaciones, es más probable

que los vendedores puedan incrementar ganancias al ofrecerles precios más bajos<sup>(80)</sup>. Debido a que los precios comparativos son preferibles que los precios supracomparativos, la defensa por la que un precio demasiado bajo por sí mismo pueda excluir la ejecución forzada debería ser eliminada.

Algunas cortes permiten la defensa por la inadecuada *consideration* solo si también hubo injusticia en el proceso de celebración del contrato<sup>(81)</sup>. Debido a que algunas formas de injusticia en dicho procedimiento, como por ejemplo defectos en la representación, son inconsistentes con los resultados competitivos, esta versión de la defensa parece justificable. Pero las formas de injusticia en el procedimiento de contratación que están a favor de la negativa de la ejecución forzada deberían ser iguales a aquellas que están a favor de un fallo de *unconscionability* en la ley.

De otro lado, la protección al promitente activa la habilidad del promisorio de probar los daños y no se basa en la injusticia realmente ocurrida; si la *unconscionability* “equitativa” es para un promitente más fácil de establecer que la *unconscionability* legal, el promisorio demandará judicialmente, de ser posible. Más aun, como los factores que conforman la *unconscionability* legal son de por sí sospechosos<sup>(82)</sup>, la versión equitativa implícita es incluso menos atractiva<sup>(83)</sup>. Finalmente, el hecho de tener dos versiones de *unconscionability*, ambas impredecibles en su aplicación, genera excesivos costos de incertidumbre. Por lo tanto, los estándares de *unconscionability* legal deberían suministrar los lineamientos básicos para la versión de la defensa de precio demasiado bajo del proceso injusto de contratación.

### 5.1.2. Términos injustos

La defensa de términos contractuales injustos se discute mejor en el contexto de una ilustración<sup>(v)</sup>.

(79) Véase, por ejemplo, *Loeb v. Wilson*, 253 Cal. App. 2d 383, 388, 61 Cal. Rptr. 377, 380 (1967) (dos tasadores expertos en bienes raíces testificaron en cuanto a la *adequacy of consideration*). En al menos una jurisdicción, una moción por ejecución forzada debe alegar el valor de la propiedad para permitir que la corte juzgue la *adequacy of consideration*. Véase, por ejemplo, *Georgia Money Corp. v. Monteleone Apartments, Inc.*, 223 Ga. 418, 418-19, 156 S.E.2d 39, 39-40 (1967).

(80) Véase SCHWARTZ Alan y Louis L. WILDE. Supra nota 35, pp. 640-651.

(81) Véase por ejemplo, *In re Estate of Brown*, 130 Ill. App. 2d 514, 264 N.E.2d 287 (1970); *Peters v. Wallach*, 399 Mass. 622, 321 N.E.2d 806 (1975).

(82) Véase EPSTEIN, Richard. *Unconscionability: A Critical Reappraisal*. En: *Journal of Law and Economics*. Número 18. 1975. p. 293; SCHWARTZ, Alan. *A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability*, En: *Virginia Law Review*. Número 63. 1977. p. 1053; TREBILCOCK, Michael J. *The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords*. En: *University of Toronto Law Journal*. Número 26. 1976. p. 359.

(83) Véase *Hutchins v. Honeycutt*, 286 N.C. 314, 210 S.E.2d 254 (1974); II J. POMEROY, EQUITY JURISPRUDENCE § 400 (1941); *RESTATEMENT (SECOND) § 378*, Comment a, Ilustraciones (1) y (4).

Un buen ejemplo de la total ausencia de significado de *unconscionability* equitativa es dado en *Morgan v. Reasor*, 204 N.W.2d 98 (S.D. 1973), en el cual la corte se rehusó a requerir la ejecución forzada de un contrato para intercambiar un rancho por un complejo habitacional. Los vendedores habían adquirido un rancho de 3,362 hectáreas por US\$ 169,500, y se retractaron del acuerdo de intercambiarlo por un complejo habitacional. El comprador había reclamado que el complejo funcionaría a beneficio, cuyas oportunidades eran ligeras. La corte explicó:

“La evidencia revela que este rancho de Pennington County no tenía comprensión de una transacción de esta naturaleza y magnitud. Hay tal falta de competencia en la parte de la defensa que se hizo necesario que hayan de haber tenido protección y consejos; estos hechos junto con las circunstancias que los Reasors fueron engañados en cuanto al valor de Whispering Sands, y que ellos, en efecto, estaban en el fondo obsequiando su rancho es suficiente, en nuestra opinión, para constituir fraude constructivo”.

*Ibid.*; p. 109.

(v) Nota de los traductores: en el *Common Law* los resultados económicos del contrato celebrado suelen no ser relevantes y, por ende, las

Consideremos la regla que se aplica en algunas jurisdicciones, según la cual la ejecución forzada es denegada si la ejecución del promisorio está garantizada inadecuadamente<sup>(84)</sup>. A menudo se invoca esta defensa en el caso de contratos a plazos que fallan al requerir que el promisorio otorgue una hipoteca<sup>(85)</sup>.

Supongamos que una parte acuerda vender un bien por US\$ 8,000 y el precio del mercado se ha elevado a US\$ 10,000 al momento de la ejecución. De acuerdo al contrato, el precio ha de ser pagado a plazos, pero el promisorio falla en otorgar una garantía. El promitente entonces incumple. A pesar que un principio pueda parecer que el promitente va a estar indiferente entre la ejecución forzada y la indemnización, el promitente va a preferir, de hecho, pagar la indemnización. Si bien el remedio legal priva al promitente del incremento del valor equivalente a US\$ 2,000, le permite vender el bien a otro sobre una base segura y, por lo tanto, estar relativamente seguro de recibir el precio completo. Si por el contrario el promitente fuese específicamente requerido a ejecutar, se vería obligado a vender al promisorio original sobre una base insegura. En efecto, la negativa de otorgar el remedio en estas circunstancias parece ser una mejora en el sentido de Pareto<sup>(86)</sup>; el promisorio está bien tanto con la indemnización como con la ejecución forzada, mientras que el promitente está mejor siempre que tenga libertad para vender en cualquier otro lugar, bajo términos más favorables.

Sin embargo, si la indemnización por daños es insuficiente, lo cual es común en demandas de ejecución forzada, los promitentes estarán mejor con la defensa, pero los promisorios estarán peor. Algunas cortes intentan tener esto en cuenta al otorgar ejecución forzada si el promisorio suministra una hipoteca u otra garantía adecuada<sup>(87)</sup>. Sin embargo, esta versión de la defensa de términos injustos no

produce un resultado superior en el sentido de Pareto; por el contrario, lo que hace es redistribuir inapropiadamente la riqueza de los promisorios a los promitentes y crear incertidumbre. Supongamos que en el ejemplo anterior que el precio implícito de la hipoteca es US\$ 500<sup>(88)</sup>. Entonces, otorgar la ejecución forzada condicional sobre la base de la constitución por el promisorio de una hipoteca en efecto eleva el precio de la casa, que habría sido US\$ 7,500 en una venta garantizada. Pero aun así las cortes no reducen el precio cuando requieren una hipoteca como pre-condición de la ejecución forzada. La redistribución resultante parece injustificada; el promisorio en este ejemplo no fue culpable de una injusticia procesal al elaborar el contrato y sin embargo el promitente recibe un incremento en el precio debido a que él obstaculizó la conclusión del trato que él libremente acordó<sup>(89)</sup>. Más aun, se crea incertidumbre porque los promisorios tendrían dificultad al predecir precios de transacción reales en caso de incumplimiento, ya que las partes rara vez calculan precios implícitos para cláusulas como hipotecas cuando el precio es negociado.

Estas razones pueden generalizarse para reemplazar cualquier término contractual deficiente sobre bases de injusticia. Una corte puede denegar la ejecución forzada toda junta<sup>(90)</sup> o condicionar su otorgamiento sobre la eliminación del término contractual ofensivo<sup>(91)</sup>. Ambas soluciones son superiores en el sentido de Pareto a la ejecución forzada cuando la indemnización es enteramente compensatoria. Cuando la indemnización no es compensatoria, es preferible la última solución porque el promitente estaría tan bien con un otorgamiento condicionado como con la negación del remedio, mientras que el promisorio en algunos casos estaría mejor. No obstante, hacer condicional el otorgamiento del remedio es de por sí una

cortes no se pronuncian sobre la proporción o desproporción de los mismos; a no ser que en el proceso de celebración del contrato se haya presentado alguna anomalía, como por ejemplo el error, el engaño o la coacción. Cuando en la celebración del contrato se presenta alguna anomalía, las cortes afirman que el proceso contractual es injusto. Y sobre la base de tal cosa revisan el resultado económico del contrato.

(84) Véase supra nota 9 (que cita casos que deniegan la ejecución forzada sobre la base que la prestación del promisorio no fue suficientemente garantizada).

(85) *Ibid.*

(86) Para la definición del concepto de superioridad "pareto", véase HIRSHLEIFER J. *Price theory and applications*. 1976. p. 441. En resumen, la solución A es "pareto" superior a la solución B si cada uno está tan bien bajo A como bajo B, y por lo menos un individuo está mejor bajo A. *Ibid.*

(87) Véase, por ejemplo, *Rego v. Decker*, 482 P.2d 834, 838 (Alaska 1971); *RESTATEMENT* § 373.

(88) Un "precio implícito" es el precio que habría sido cargado por un término contractual si las partes le hubieran puesto precio por separado. Este ejemplo es más realista que el ejemplo anterior, véase supra p. 301, el cual presupuso imprecisamente que las hipotecas no tenían precios implícitos.

(89) El *Restatement* de manera no persuasiva justifica el hacer el otorgamiento de la ejecución forzada condicionada a la provisión de garantía sobre la base que "no hay injusticia para el demandante al requerir la reducción de ese riesgo [de no pago], como el precio de obtener un remedio tan drástico". *RESTATEMENT* § 373, Comment a. Este argumento ignora el hecho que el riesgo incrementado en una transacción resulta en un precio más elevado. Por ende, una disminución en el riesgo debería resultar en una disminución del precio.

(90) Véase *Campbell Soup Co. v. Wentz*, 172 F.2d 80, 83 (3d Cir. 1948); *RESTATEMENT (SECOND)* § 378(1)(c) (la ejecución forzada será denegada si el contrato en sí mismo es injusto).

(91) Véase por ejemplo, *Rego v. Decker*, 482 P.2d 834, 829 (Alaska 1971) (otorgar condicional aun cuando el promitente explícitamente asumió el riesgo de no ejecución por el promisorio); *RESTATEMENT* § 373, Comment b (igual).

respuesta cuestionable al problema de términos injustos debido a que redistribuye riqueza de manera inapropiada, y crea incertidumbre.

La solución apropiada para el problema de términos injustos a la luz de estas dificultades es permitir la versión del otorgamiento condicional de la defensa solo si la misma está acompañada de injusticia en el proceso contractual. La existencia de tales injusticias vicia enormemente las objeciones de la defensa. Primero, cualquier redistribución creada al hacer condicional el otorgamiento de la ejecución forzada parece justificable; el promisorio se ha comportado inapropiadamente con el resultado aparente que el promitente estuvo influenciado para hacer un trato peor del que de otro modo habría hecho. Segundo, mientras que los tratos hechos en términos favorables deberían hacerse cumplir de tal manera que induzcan a los promisorios a buscar tratos convenientes y así promover resultados competitivos, los supuestos de injusticia en el proceso de contratación usualmente producen resultados poco competitivos. Tercero, la incertidumbre será reducida ya que un promisorio que no es culpable de la injusticia del proceso de contratación sabe que se hará cumplir su trato en los términos originales. Asimismo, los estándares para aplicar las defensas contra la injusticia del proceso contractual deberían medirse en función de criterios legales y no en función de criterios equitativos<sup>(92)</sup>.

## 5.2. Dificultad de supervisión

La defensa por la dificultad de supervisión se basa principalmente en el presupuesto de que la ejecución forzada incrementa excesivamente los costos administrativos<sup>(93)</sup>. Como se indicó en párrafos anteriores, la objeción por los costos administrativos es mucho menos poderosa de lo que comúnmente se cree. Sin embargo, esta defensa también se basa en la premisa relacionada a que las cortes no deberían

hacer tareas para las cuales son incapaces<sup>(94)</sup>. Cuando el promitente quiere evitar la ejecución, ni una sentencia de ejecución forzada podría hacer que realice satisfactoriamente la prestación que prometió. Dada esta posibilidad, tres argumentos pueden ser esgrimidos a favor de la defensa de dificultad de supervisión: (i) la sentencia no tutelaría de mejor modo los intereses del promisorio; (ii) el prestigio judicial se vería perjudicado si las sentencias de las cortes son desobedecidas; y, (iii) las cortes no deberían malgastar recursos judiciales. El primer argumento es insostenible: debería ser opción del promisorio el elegir si se arriesga o no a fracasar al intentar la ejecución forzada. Más aun, el promisorio está en mejor capacidad que una corte de calcular la posibilidad real de cumplimiento, ya que el promisorio sabe más que la corte acerca del promitente.

Si bien el segundo argumento está basado en una preocupación legítima, el mismo no apoya la tarea de negar el remedio. Debido a que los costos de no cumplir con la sentencia de una corte tienden a ser elevados para un promitente, y en vista que promitentes de negocios rara vez incumplen debido a razones ideológicas, se puede esperar el cumplimiento sustancial de la mayoría de sentencias. Además, no es probable que la típica disputa del Derecho Contractual atraiga publicidad; consecuentemente, cualquier incumplimiento o inobservancia no afectará adversamente la percepción pública sobre las cortes. Sin embargo, en el caso que el incumplimiento parezca particularmente probable en cierta situación y es probable que el incumplimiento vaya a ser publicitado, una corte puede justificadamente denegar la ejecución forzada bajo la defensa de dificultad de supervisión.

Asimismo, el tercer argumento raramente sustentará la denegatoria del remedio. Los recursos judiciales no serán malgastados debido a que no es

(92) Ninguna de estas objeciones se aplican a la regla que la ejecución forzada será denegada si el promisorio carece de *clean hands*, esto es, si es que no llega a ejecutar de acuerdo a los términos del contrato. Véase *Fultz v. Graven*, 7 Ill. App. 3d 698, 699, 288 N.E.2d 491, 491-92 (1972); *Shannon v. Gull Lake Ass'n*, 11 Mich. App. 644, 645, 162 N.W.2d 111, 111 (1968). Si un demandante falla en ejecutar, el contrato en sí mismo impide su demanda a la ejecución de la defensa.

La defensa por error unilateral, no obstante, está sujeta a las críticas hechas a la defensa por términos injustos. Algunas cortes niegan la ejecución forzada si el promitente falló en entender los términos del contrato aun cuando el promisorio no ocultó dichos términos. Véase supra nota 10. Si una de las partes se aprovecha de la supuesta ignorancia o falta de sofisticación de la otra parte, la corte posiblemente se rehúse a hacer cumplir el contrato. Véase *UNIFORM CONSUMER CREDIT CODE* § 5.108(4)(c) (1974). Dado que esta regla está en sí misma abierta al ataque sobre la base que la libertad de contratar de una persona se ve excesivamente restringida si se presume muy ligeramente que él es incompetente, véase SCHWARTZ, Alan, supra nota 82. pp. 1076-1082, las cortes de equidad no deberían ir más allá. Ciertamente respaldado a este argumento se encuentra en el hecho que algunas cortes otorgan la ejecución forzada cuando el error unilateral pudo haber sido prevenido con la debida diligencia del promitente. Véase *Tayyara v. Stetson*, 521 P.2d 185, 189 (Colo. App. 1974); *Van Curler Dev. Corp. v. City of Schenectady*, 59 Misc. 2d 621, 628, 300 N.Y.S.2d 765, 775 (1969).

(93) Para declaraciones estándares de la defensa, véase DOBBS, Dan B. Supra nota 60, pp. 908-909; *RESTATEMENT (SECOND)* § 380. Cortes en algunas jurisdicciones otorgan la ejecución forzada aunque esta implique supervisión extensiva. Véase, por ejemplo, *Laclede Gas Co. v. Amoco Oil Co.*, 522 F.2d 33, 39 (8th Cir. 1975); *City Stores Co. v. Ammerman*, 266 F. Supp. 766, 776-78 (D.D.C. 1967), *aff'd*, 394 F.2d 950, 956 (D.C. Cir. 1968); *Pembroke Park Lakes, Inc. v. High Ridge Water Co.*, 213 So.2d 727, 728-29 (Fla. App. 1968).

(94) El *Restatement (Second)* articula esta premisa de la defensa por la dificultad de supervisión: "Interrogantes difíciles pueden surgir en cuanto a la calidad de la ejecución rendida bajo la sentencia. Se podría requerir supervisión por un periodo de tiempo extenso. El remedio específico no sería otorgado si estas cargas son desproporcionadas con las ventajas que han de ganarse con la aplicación y el daño que se ha de sufrirse con su negativa". *RESTATEMENT (SECOND)* § 380, Comment a.

probable que un promisorio busque ejecución forzada a menos que la ganancia -cumplimiento sustancial del promitente- exceda los costos asociados. Más aun, como se ha sugerido previamente, gran parte del costo de supervisión puede y debe ser asignado a las partes.

Por ende, los referidos argumentos basados en la premisa que las cortes deberían rechazar asumir tareas para las cuales son incapaces solo apoya un uso bastante restringido de la defensa por la dificultad de supervisión. Hay casos en los que el costo de un *Master* sería enorme con relación a los asuntos en cuestión, en los cuales la corte está conciente que es probable un incumplimiento promocionado, o en los cuales el demandante está buscando ejecución forzada a base de motivos despreciables. Si bien casos así son raros, las cortes deberían tener el poder de denegar la ejecución forzada cuando sea necesario. No obstante, comúnmente, aun así una corte o un *Master* tengan que comprometerse en tareas de supervisión extensivas, un promisorio debería tener la opción de solicitar el remedio de ejecución forzada<sup>(95)</sup>.

## 6. Conclusión

La meta compensatoria del Derecho Contractual puede ser alcanzada requiriendo al promitente el pago de la indemnización por daños o la ejecución forzada de la prestación pactada. Bajo la legislación vigente, un promisorio tiene derecho a una reparación por daños, pero la corte mantiene la discrecionalidad

de decidir si la ejecución forzada debe ser otorgada. Debido a que la ejecución forzada es un método superior para alcanzar la meta compensatoria, los promisorios deberían ser capaces de obtener la ejecución forzada cuando la requieran. El remedio de la ejecución forzada expandido no generaría mayores costos de transacción que los que envuelve el remedio indemnizatorio, así como tampoco su incrementado uso interferiría excesivamente con los intereses por mantener la libertad de acción de los promitentes. Hacer que la ejecución forzada esté libremente disponible también eliminaría los costos de incertidumbre de planeamiento y litigio creados por la dificultad de predecir si el remedio estará disponible. Hay que agregar que esta reforma reduciría los costos de negociación en los que las partes incurrirán al intentar crear formas de ejecución forzada contractual, tales como las cláusulas penales<sup>(96)</sup>. Asimismo, las defensas contra la ejecución forzada que se basan en la injusticia de términos o precios contractuales y que difieren de las defensas por acciones en la ley deberían ser eliminadas; las bases para denegar la ejecución forzada deberían ser las mismas que aquellas que ahora prohíben una demanda de indemnización por daños. Finalmente, la defensa basada en la dificultad de supervisión debería ser ampliamente restringida. Si la ley está destinada a ubicar a los promisorios decepcionados en una posición tan buena como en la que habrían estado ubicados si sus promitentes hubieran cumplido, la ejecución forzada debería estar disponible en realidad para aquellos promisorios que la solicitan. ㄖ

(95) Una defensa relacionada con la defensa por la dificultad de supervisión es la incertidumbre de términos. La ejecución forzada se deniega cuando los términos contractuales son demasiado inciertos, aunque la incertidumbre posiblemente no derrote una acción por daños. Véase, por ejemplo, *S. Jon Kreedman & Co. v. Meyers Bros. Parking-Western Corp.*, 58 Cal. App. 3d 173, 180-181, 130 Cal. Rptr. 41, 46-47 (1976); *RESTATEMENT (SECOND) § 376*, Comment b. Si el significado del contrato no es claro, una corte tendría dificultad para formular una sentencia de ejecución forzada, pero también tendría dificultad al hacer una reparación por daños. Por ende si un contrato no es demasiado incierto para hacerse cumplir en la ley, debería ser hecho cumplir en equidad. Véase, WALSH, W. *Supra* nota 22. Un estándar más severo de certeza podría ser requerido en equidad sobre la base que un promitente posiblemente tendría un mayor *liberty interest* en no ser obligado a realizar actos que en no ser forzado a pagar dinero. No obstante, esta justificación es insatisfactoria debido a que la distinción entre transferir propiedad o ejecutar servicios y pagar dinero es oscura.

(96) Esta conclusión es similar a la conclusión a la que el profesor Fiss llegó con relación a mandatos/requerimientos judiciales: "Me urge que la visión tradicional abra paso a una concepción no jerárquica de los remedios, donde no haya un presunto remedio, sino una evaluación del contexto específico de las ventajas y desventajas de cada forma de reparación. No debería ser necesario establecer la insuficiencia de remedios alternativos antes que el mandato esté disponible; al mismo tiempo, la superioridad del mandato no debería presumirse, pero relacionarse algo con un análisis de sus ventajas técnicas y el sistema de asignación de poder que implica. Mi alegato no se reduce a un mandato de derechos civiles, pero debería extenderse a todos los tipos de mandatos". FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington: The Indiana University Press, 1978. p. 6. Los remedios contractuales también deberían ser "no jerárquicos", de manera que los promisorios no necesiten "establecer la insuficiencia de remedios alternativos con anterioridad" a que la ejecución forzada esté disponible. El argumento de este artículo va más allá que el análisis del profesor Fiss al autorizar el remedio equitativo, tanto por la clara superioridad de la ejecución forzada sobre los daños al lograr la meta compensatoria, como porque "una evaluación de un contexto específico de ventajas y desventajas de cada tipo de remedio" demuestra que esta superioridad puede usualmente ser adquirida a un costo neto relativamente leve, si hubiera costo alguno.