

CUBRIENDO VACÍOS EN CONTRATOS INCOMPLETOS: UNA TEORÍA ECONÓMICA SOBRE REGLAS SUPLETORIAS*

Ian Ayres ** y Robert Gertner ***

¿Cuándo estamos ante un contrato incompleto? ¿Por qué hay vacíos contractuales? ¿Cómo se debe proceder a llenar los vacíos en los contratos incompletos?

Ante la imposibilidad de elaborar contratos completos o perfectos –donde hay una imputación total de todos los riesgos– surge la necesidad de aplicar reglas supletorias dispuestas por el legislador o por la jurisprudencia.

En este interesante artículo los profesores Ayres y Gertner, desde la óptica del análisis económico del derecho, proponen una teoría general sobre las reglas supletorias y los vacíos contractuales.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el Yale Law Journal No. 99, 1989, bajo el título: "Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules". La traducción y publicación se hacen bajo la autorización expresa del Yale Law Journal y de Ian Ayres. La traducción fue realizada por Javier de Belaunde de Cárdenas, miembro de la comisión de contenido de THEMIS-Revista de Derecho, bajo la supervisión del doctor Jose A. Delmar, profesor de derecho civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Al escribir este artículo Ian Ayres era *Assistant Professor* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Northwestern. En la actualidad es *William K. Townsend Professor of Law* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

*** Al escribir este artículo Robert Gertner era *Assistant Professor* de la Escuela de Graduados en Negocios de la Universidad de Chicago. En la actualidad es *Wallace W. Booth Professor of Economics and Strategy* de la Escuela de Graduados en Negocios de la Universidad de Chicago.

INTRODUCCIÓN:

Las reglas legales sobre contratos y corporaciones pueden ser divididas en dos clases distintas. La clase más grande está compuesta por reglas "supletorias" que pueden ser evitadas por las partes mediante acuerdos previos, mientras que la clase más pequeña, pero importante, está compuesta por reglas "imperativas" que las partes no pueden cambiar mediante acuerdos contractuales¹. Las reglas supletorias llenan los vacíos en los contratos incompletos; ellas rigen salvo que las partes pacten en contra de ellas. Por el contrario, no se puede evitar las reglas imperativas; ellas rigen incluso si las partes intentan pactar en contra de ellas. Por ejemplo, bajo el Uniform Commercial Code (en adelante, U.C.C.) el deber de actuar con buena fe es un componente imperativo de cualquier contrato², mientras que la garantía de comerciabilidad es simplemente una regla supletoria a la que las partes pueden renunciar por acuerdo³. Del mismo modo, la mayor parte de la legislación corporativa requiere que los accionistas elijan directores anualmente⁴ pero permite que se pacte en contra de la regla supletoria de votación no acumulativa en las reglas pactadas al momento de

la constitución⁵. Lenguaje legislativo como: "salvo disposición contraria en el certificado de constitución"⁶ o "salvo estipulación inequívocamente en contrario"⁷ hace fácil la identificación de reglas supletorias de esta fuente, pero los precedentes del *common-law* también pueden ser divididos en los bandos supletorio e imperativo. Por ejemplo, la decisión del caso *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.*⁸, que limitó los daños a un *diminution in value*, podría ser revertida contractualmente por partes potenciales⁹. En contraste, el requisito previo del *consideration* del *common-law* es claramente una regla imperativa que no puede ser contractualmente revocada¹⁰.

En un nivel abstracto, existe un consenso sorprendente entre los académicos sobre dos bases normativas para las reglas imperativas. Puesto de la manera más simple, las reglas imperativas se justifican si la sociedad quiere proteger (1) a las partes del contrato, o (2) a los terceros¹¹. La primera justificación gira en torno al paternalismo; la segunda a las externalidades. Las reglas imperativas desplazan la libertad contractual. Están justificadas sólo si la libre contratación resultara socialmente perjudicial debido a que las partes o los terceros no pueden protegerse adecuadamente¹². Con respecto a las reglas

¹ Ver BLACK, B. "Corporate law as neutral mutation". Noviembre, 1988 (manuscrito inédito ubicado en los archivos de los autores) (sosteniendo que pocas leyes corporativas son imperativas). Las reglas imperativas (o inmutables) son parecidas a lo que Calabresi y Melamed llamaron reglas "inalienables". CALABRESI y MELAMED. "Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral". En: HARV. L. REV. No. 85. 1972. pp. 1089, 1093 [publicado en español en THEMIS-Revista de Derecho No. 21. 1992. p. 63]. Excepto que las titularidades imperativas son creadas por y se encuentran condicionadas a un contrato, mientras que las titularidades inalienables existen fuera del contrato. Ver SCHWAB. "A Coasean experiment on contract presumptions". En: J. LEGAL STUD. No. 17. 1988. pp. 237, 239 nota 6 (distinguiendo entre reglas inalienables e imperativas).

² U.C.C. § 1-203 (1976); ver el caso *Morin Bldg. Prod. Co. v. Baystone Constr., Inc.*, 717 F.2d 413, 414-15 (7th Cir. 1983); *Restatement (Second) of Contracts* § 205 (1979); POSNER, R. "Economic analysis of law". Tercera edición, 1986. p. 81.

³ U.C.C. § 2-314 (1976). U.C.C. § 1-102 (1976) distingue entre reglas supletorias y reglas imperativas y establece su preferencia por las primeras: "(3) El efecto de las disposiciones de esta Acta puede ser modificado por acuerdo de las partes, salvo disposición en contrario de esta Acta y a excepción de los deberes de buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado prescritos por esta Acta que no pueden exonerarse por acuerdo, pero respecto de los cuales las partes pueden determinar los estándares por los cuales el cumplimiento de tales deberes será medido, si tales estándares no son manifiestamente irrazonables.

(4) La presencia en ciertas disposiciones de esta Acta de las palabras "salvo pacto en contrario" o palabras de significado similar no implican que el efecto de otras disposiciones no pueda ser variado de acuerdo con el inciso (3)."

⁴ Ver, por ejemplo, *Del. Code Ann. tit. 8, § 211(c)* (1974).

⁵ Ver, por ejemplo, *Del. Code Ann. tit. 8, § 214* (1974).

⁶ *Del. Code Ann. tit. 8, § 223* (1974).

⁷ U.C.C. § 2-206 (1976).

⁸ 382 P.2d 109 (Okla. 1962), cert. denied, 375 U.S. 906 (1963).

⁹ Si el voto de la mayoría en el caso *Peevyhouse* realmente deseaba que partes potenciales puedan elegir "la medida del costo de ejecución" se discute con mayor detenimiento en las notas 151-161 *infra*.

¹⁰ El requisito del *consideration* no es imperativo si los contratos escritos bajo formalidad sirven como sustitutos contractuales del *consideration*. Ver U.C.C. § 2-203 (1976) (haciendo inoperativa "la ley con respecto a los instrumentos bajo formalidad").

Esta dicotomía regla supletoria/regla imperativa también impregna otras áreas del derecho que tienen componentes contractuales. En la ley de divorcio, por ejemplo, los bienes acumulados antes del matrimonio son asignados de acuerdo a reglas supletorias que pueden ser alteradas por acuerdos pre-nupciales, mientras que los ingresos ganados después del matrimonio son imperativamente divididos. De forma similar, las prioridades de pago establecidas por la ley estatal que regula la relación deudor-acreedor pueden, como las reglas supletorias, ser reordenadas mediante contratos privados. Las leyes relativas a la sucesión intestada también son reglas supletorias: ellas cubren cualquier vacío testamentario, pero pueden ser pactadas en contra. Como se discute en las notas 83-91 *infra*, uno puede distinguir entre reglas supletorias que deben ser pactadas en contra bilateralmente y las que pueden ser superadas unilateralmente.

¹¹ Ver MACNEIL, I. "Contracts: exchange transactions and relations". 1978. pp. 346-347; CALABRESI y MELAMED. Nota 1 *supra*; EASTERBROOK y FISCHEL. "The economic structure of corporate law". En: COLUM. L. REV. No. 89 (de aparición en 1989) (pp. 21-30 del texto ubicado en los archivos de los autores).

¹² Observe que incluso cuando hay externalidades negativas, los terceros pueden ser capaces de protegerse sin normas imperativas. Una implicancia del teorema de Coase es que en un mundo sin costos de transacción, los terceros tendrán un incentivo para contratar para reducir las externalidades a niveles eficientes. Ver COASE. "The problem of social cost". En: J. LAW & ECON. No. 3. 1960. p. 1. No hay externalidades si se define de manera suficientemente amplia a la clase de partes del contrato potencial. PRIEST, G. "Internalizing costs". *Working paper* No. 93, Programa de responsabilidad civil 1988 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale (explicando la influencia de los incentivos privados para internalizar costos).

imperativas, la discusión entre los académicos no es sobre esta teoría abstracta, sino sobre si en contextos particulares las preocupaciones paternalistas o las externalidades son suficientemente grandes para justificar su uso¹³.

Cuando no se presentan las condiciones previas para las reglas imperativas, el análisis normativo legal recae en la elección de una regla supletoria. Pero hasta el momento los académicos han prestado poca atención a cómo elegir entre posibles reglas supletorias¹⁴. El movimiento del análisis económico del derecho ha luchado largo y duro para convencer a las cortes que restrinjan el uso de las reglas imperativas¹⁵, sin embargo ha perdido la mayor parte de su energía normativa en la construcción de una teoría de elección de reglas supletorias¹⁶. Los economistas parecen creer que, incluso si los legisladores eligen la regla supletoria equivocada, en el peor de los casos habrán incrementado costos de transacción de una magnitud de orden secundario¹⁷.

Pocos académicos han ido más allá de teorías de una oración que estipulan que los términos supletorios deberían ser fijados según lo que las partes habrían querido¹⁸. En una serie de artículos, Frank Easterbrook y Daniel Fischel han promovido la teoría de “lo que habrían querido” sugiriendo que “el derecho corporativo debería contener las reglas supletorias que las personas habrían negociado, donde los costos de negociar directamente en condiciones de mercado por cada contingencia sean suficientemente bajos”¹⁹. Del mismo modo, Richard Posner ha argumentado que las reglas supletorias deberían “reducir los costos de transacción al proporcionar estándares contractuales que de otra forma las partes tendrían que adoptar por acuerdo expreso”²⁰. Douglas Baird y Thomas Jackson han argumentado que las reglas supletorias que rigen la relación deudor-acreedor “deberían proporcionar a todas las partes el tipo de contrato que habrían acordado si hubieran tenido el tiempo y dinero para negociar todos los aspectos

¹³ Una conferencia reciente (9 y 10 de diciembre de 1988) sobre “Libertad contractual en el derecho corporativo” en el centro de estudios de análisis económico del derecho de la Universidad de Columbia se enfocó directamente en la aplicación apropiada de las reglas imperativas. Por ejemplo, Jeffrey Gordon argumentó que tener múltiples precedentes que interpretan un estándar legal único produce externalidades positivas que podrían justificar la imposición de una regla imperativa. Ver GORDON, J. “The mandatory structure of corporate law”. 2 de diciembre de 1988 (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores).

¹⁴ Dado que los contratos con vacíos necesitan ser interpretados, las cortes o legislaciones son inevitablemente forzadas a establecer reglas supletorias. Las cortes deben hacer algo –incluso si ese algo supone la no-ejecución. Como se discute en las notas 51 y 52 *infra*, las reglas supletorias de no-ejecución pueden jugar un rol importante en la ley eficiente.

¹⁵ Por ejemplo, Anthony Kronman ha escrito:

“Los argumentos *ex ante* sobre la eficiencia de una regla legal particular asumen que los individuos permanecen libres de pactar en contra de tal regla, y un sistema legal que niega el derecho de las partes de modificar las reglas de esta forma tenderá a ser menos eficiente que un sistema que adopta las mismas reglas pero permite la modificación contractual”. KRONMAN. “Specific performance”. En: U. CHI. L. REV. No. 45. 1978. pp. 351, 370. Ver HADDOCK, MACEY y MCCHESENEY. “Property rights in assets and resistance to tender offers”. En: VA. L. REV. No. 73. 1987. pp. 701, 736 (“La capacidad de las empresas para pactar en contra de reglas legales costosas cuando alternativas privadas menos costosas están disponibles, debe ser una característica de cualquier contrato estandarizado eficiente”); ver también GOETZ & SCOTT. “Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach”. En: COLUM. L. REV. No. 77. 1977. p. 554 (argumentando que los estándares “imperativos” para determinar la ejecutabilidad de las cláusulas de auto-liquidación de daños deberían ser flexibilizados). Comparar con CLARKSON, MILLER & MURIS. “Liquidated damages v. penalties: sense or nonsense?”. En: WIS. L. REV. 1978. p. 351 (proporcionando lógica de eficiencia para las reglas imperativas de daños determinados).

¹⁶ Por ejemplo, Haddock y Macey han sugerido que las reglas imperativas en contra del *insider trading* son ineficientes pero han permanecido agnósticos acerca de si las corporaciones que desean permitir el *insider trading* deberían ser forzadas a “abandonar” una prohibición de *insider trading*, o si las corporaciones que desean prohibir el *insider trading* deberían ser forzadas a “conservar” tal sistema. HADDOCK y MACEY. “A Coasian model of insider trading”. En: NW. U.L. REV. No. 80. 1997. p. 1449.

¹⁷ Ver, por ejemplo, EASTERBROOK y FISCHEL. “Limited liability and the corporation”. En: U. CHI. L. REV. No. 52. 1985. pp. 89, 102 (“A la luz de la capacidad de las empresas de copiar o al menos aproximarse por contrato a su responsabilidad limitada o ilimitada, ¿la regla legal de responsabilidad limitada importa? La respuesta es sí, pero probablemente no mucho”).

¹⁸ Buscar en el pasado lo que los actuales litigantes “habrían querido” es analíticamente similar a mirar adelante lo que los contratantes potenciales querrán. Es preguntar (como frecuentemente hace Lea Brilmayer) “¿a quién están alentando las partes potenciales? En ambos casos la corte examina los incentivos *ex ante*. Mientras que cada parte tendrá incentivos *ex post* para transferir los costos al otro lado, *ex ante* las partes tienen un incentivo para asignar los riesgos al *least-cost avoider*. KRONMAN. “Mistake, disclosure, information and the law of contracts”. En: J. LEGAL STUD. No. 7. 1978. p. 1. Si una corte puede identificar que las partes de un contrato tenían *ex ante* intereses idénticos para asignar un cierto riesgo o deber de cumplimiento, luego puede, en cierto sentido, levantar *ex post* el velo adversario. De este modo, por ejemplo, aun si un arrendatario particular quiere evitar *ex post* el riesgo de daños por incendio, *ex ante* tanto los propietarios como los arrendatarios pueden haber preferido que el arrendatario asuma este riesgo como el *least-cost avoider*. Así, el hecho que luego de un incendio un arrendatario intente evitar la responsabilidad no es dispositivo de lo que los arrendatarios eventuales habrían contratado o, en realidad, de lo que este arrendatario particular habría contratado.

¹⁹ EASTERBROOK y FISCHEL. Nota 11 *supra*. pp. 14-15; ver también *ibid.* pp. 20-21 (la cláusula supletoria debería ser “la cláusula que las partes habrían seleccionado con información completa y contratación sin costo”); EASTERBROOK y FISCHEL. “Corporate control transactions”. En: Yale L.J. No. 91. 1982. pp. 698, 702 (los deberes fiduciarios supletorios son derivados de un contrato hipotético, imaginado por jueces, entre inversionistas y gerentes negociando entre ellos libres de costos de negociación); EASTERBROOK y FISCHEL. “The proper role of a target’s management in responding to a tender offer”. En: HARV. L. REV. No. 94. 1981. pp. 1161, 1182 (el derecho corporativo debería proporcionar “contratos” estándares del tipo que probablemente elegirían los accionistas...). El análisis de Calabresi y Melamed puede ser un antiguo antecedente del análisis de lo que las partes “habrían querido”. Ellos argumentan que las leyes pensadas en términos de eficiencia asignarían titularidades de naturaleza supletoria de modo similar a como harían las partes en un mundo sin costos de transacción. CALABRESI y MELAMED. Nota 1 *supra*. pp. 1093-1098.

²⁰ POSNER, R. Nota 2 *supra*. p. 372; ver también SCHWARTZ. “Proposals for products liability reform: a theoretical synthesis”. En: Yale L.J. No. 97. 1988. pp. 353, 361 (ofreciendo como regla supletoria “el contrato que las personas mejor informadas habrían adoptado si fueran a negociar sobre el tema”).

de su operación”²¹. Si bien estas investigaciones han examinado vigorosamente lo que partes particulares habrían contratado en escenarios contractuales específicos²², han fallado en cuestionar si el estándar de “lo que habrían querido” es conceptualmente sólido²³.

Así, a pesar de que académicamente se reconoce la diferencia analítica entre reglas supletorias e imperativas, aún debe proponerse una teoría detallada de cómo deberían ser establecidas las reglas supletorias. Es más, la falta de acuerdo en incluso cómo denominar el concepto “supletorio” es una evidencia del subdesarrollo de la teoría de estas reglas²⁴. Las reglas supletorias han sido alternativamente denominadas reglas de fondo, de soporte, facultantes, de apoyo, reglas para completar vacíos, confeccionadas, de exclusión, de reconocimiento, preformuladas, preestablecidas, presuntas, reglas en suspenso, estándar, y supletorias²⁵.

Este artículo proporciona una teoría de cómo cortes y legislaciones deberían establecer las reglas supletorias. Sugerimos que las reglas supletorias eficientes podrían tomar una variedad de formas que a veces discreparían del principio “lo que las partes habrían contratado”. Con este objeto, introducimos el concepto de “penalidades supletorias”. Éstas fueron diseñadas para

dar, al menos a una de las partes del contrato, un incentivo para pactar en contra de la regla supletoria y, por lo tanto, para elegir afirmativamente la disposición contractual que prefieren. En contraste con el conocimiento existente, las penalidades supletorias son fijadas, a propósito, donde las partes no habrían querido –con el objeto de propiciarlas a revelarse información o revelarla a terceros (especialmente a las cortes).

Este artículo también distingue entre reglas supletorias “a medida” y generales. Una regla supletoria “a medida” procura proveer a las partes contratantes precisamente lo que ellas “hubieran contratado”. Una regla supletoria “general”, fiel a su etimología, proporciona a las partes de todo contrato un único estándar que en algún sentido representa lo que la mayoría de partes contractuales querrían. La aproximación del Restatement (Second) of Contracts al llenado de vacíos, por ejemplo, es la de proporcionar reglas supletorias “a medida” que son “razonables en las circunstancias”²⁶. Debido a que las cortes evalúan la razonabilidad con relación a las “circunstancias” de las partes contratantes particulares, las reglas supletorias “razonables” por lo general suponen una determinación “a medida” de lo que las partes específicas habrían querido²⁷. En contraste, Charles

²¹ BAIRD y JACKSON. “Fraudulent conveyance law and its proper domain”. En: VAND. L. REV. No. 38. 1985. pp. 829, 835-836; ver también GOETZ y SCOTT. “The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation”. En: VA. L. REV. No. 69. 1983. pp. 967, 971 (“Idealmente, las reglas preformuladas proporcionadas por el estado deberían imitar los acuerdos a los que las partes contractuales llegarían si pudieran negociar sin costo cada detalle de la transacción”).

En el caso *Lewis v. Benedict Coal Corp.*, 361 U.S. 459 (1960), la Corte Suprema aplicó este estándar de establecimiento de regla supletoria en decidir si, ante la ausencia de provisiones contractuales explícitas, los pagos al fondo de pensión de un tercero beneficiario deberían estar sujetos a compensación si el sindicato rompe el contrato laboral subyacente. La Corte estableció, “sería justo asumir que si las partes hubieran anticipado la posibilidad de un incumplimiento por aquel al que se le prometió ellos habrían estipulado que quien prometió podría protegerse por los medios que hubieran estado disponibles en contra de aquel al que se le prometió en un contrato de dos partes”. *Ibid.* p. 468. La Corte luego distinguió lo que podrían haber querido las partes de un contrato colectivo de trabajo y en consecuencia estableció una regla supletoria de no-compensación. *Ibid.* p. 469.

²² Ver, por ejemplo, CRASWELL. “Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach”. En: S. CAL. L. REV. No. 61. 1988. p. 629; ver también las notas 136-139 *infra* (discutiendo el desacuerdo judicial entre los jueces Easterbrook y Posner).

²³ Charles Goetz y Robert Scott han escrito una de las investigaciones más serias sobre elección de reglas supletorias. GOETZ y SCOTT. “The limits of expanded choice: an analysis of the interactions between express and implied contract terms”. En: CALIF. L. REV. No. 73. 1985. p. 261. Su teoría de reglas supletorias está basada en la idea de que un gran cuerpo de precedentes se desarrollará acerca de la interpretación y aplicación de una cláusula estándar. Las partes que pacten en contra de una cláusula estándar se enfrentarán a la perspectiva que las cortes interpreten su contrato en una forma inconsistente con sus intenciones originales. Así, las partes que prefieren una alternativa a la forma estándar pueden aceptar esta última por temor a una mala interpretación.

²⁴ La caracterización “supletorio” parece estar actualmente en boga. El profesor Robert Clark explica su etimología:

“Para aquellos que no han estado expuestos a esta jerga del mundo de las computadoras, las “reglas supletorias [*default rules*]” son las reglas que un programa sigue en ausencia de una elección explícita del usuario de tener otro principio que se aplique. Por ejemplo, su programa de procesador de texto puede establecer los márgenes de la hoja en 1 pulgada en cada uno de los lados salvo que usted se haya tomado el tiempo de aprender los comandos relevantes y establezca los márgenes de otra forma.” CLARK. “Contracts, elites, and traditions in the making of corporate law”. En: COLUM. L. REV. No. 89 (de aparición en 1989) (p. 3, nota 9 del texto ubicado en los archivos de los autores).

²⁵ Ver BEBCHUK. “Limiting contractual freedom in corporate law: the desirable constraints on charter amendments”. En: HARV. L. REV. No. 102. 1989. p. 1820 (utilizando “exclusión” y “reconocimiento”); COFFEE. “The mandatory/enabling balance in corporate law: an essay on the judicial role”. En: COLUM. L. REV. No. 89 (de aparición en 1989) (utilizando “facultantes”); EASTERBROOK y FISCHER. Nota 11 *supra* (utilizando “reglas en suspenso”, “facultantes”, “preestablecidas”, y “de apoyo”); EISENBERG. “The foundational model of the corporation”. En: COLUM. L. REV. No. 89 (de aparición en 1989) (utilizando los términos “facultantes” y “supletorias”); GOETZ y SCOTT. Nota 21 *supra*. p. 971 (utilizando “preformuladas”); HADDONCK, MACEY y MCCHESENEY, Nota 15 *supra*. p. 736 (utilizando “supletorias” y “estándar”); SCHWAB, Nota 1 *supra*. p. 237 (utilizando “presuntas” y “confeccionadas”); SPEIDEL. “Restatement Second: omitted terms and contract method”. En: CORNELL L. REV. No. 67. 1982. p. 785 nota 2 (utilizando “reglas para completar vacíos”).

²⁶ *Restatement (Second) of Contracts § 204 (“Supplying an Omitted Essential Term”)* (estableciendo una regla supletoria para que una cláusula faltante sea “una cláusula que es razonable en las circunstancias”). Ver SPEIDEL. Nota 25 *supra*. pp. 792-809.

²⁷ Por ejemplo, *U.C.C. § 2-306*, que rige los contratos de producción y requerimiento, establece como una regla supletoria que: “En la ausencia de una valoración fijada, “ninguna cantidad irrazonablemente desproporcionada... a cualquier contrato de producción o requerimiento previo normal o comparable, puede ser ofrecida o demandada”. *U.C.C. § 2-306(1) (1976)*. En la determinación de la razonabilidad, las cortes son requeridas expresamente por el U.C.C. a observar características específicas de las partes contratantes. Por ejemplo, “un cese por falta de órdenes podría ser permisible por un comprador en un contrato de suministro, mientras que un cese meramente para reducir las pérdidas no”. *U.C.C. § 2-306(1) comment 2 (1976)*.

Goetz y Robert Scott han propuesto que las cortes deberían establecer reglas supletorias generales preguntando “¿qué acuerdos preferirían la mayoría de partes negociadoras?”²⁸.

Este artículo proporciona una teoría general sobre cuándo cortes o legislaciones enfocadas en la eficiencia deberían establecer penalidades supletorias y cómo deberían decidir entre reglas “a medida” y generales. Algunas reglas supletorias legislativas y del *common-law* están claramente reñidas con el principio “lo que habrían querido”. Si bien este artículo no hace la afirmación positivista que las reglas supletorias actuales son eficientes, sí ofrece una explicación más completa sobre la actual diversidad de las reglas supletorias.

Un componente esencial de nuestra teoría sobre reglas supletorias es nuestra expresa consideración a las fuentes de vacíos contractuales. Distinguimos entre dos razones básicas para los vacíos²⁹. Los académicos han atribuido los vacíos principalmente a los costos de contratar. Los contratos pueden ser incompletos debido a que los costos de transacción que se generan por contratar explícitamente sobre una cierta contingencia son mayores que los beneficios³⁰. Estos costos de transacción pueden incluir honorarios legales, costos de negociación, costos de redacción del proyecto e impresión, costos de investigar la probabilidad y los efectos de una contingencia y, los costos para las partes y cortes de verificar si se produjo la contingencia. Las partes racionales compararán estos costos con los beneficios de establecer una regulación contractual para una contingencia particular. Si la magnitud o probabilidad de una contingencia es suficientemente baja, un

contrato puede ser indiferente a tal contingencia incluso si los costos de transacción son relativamente bajos.

La aproximación “lo que las partes habrían querido” para el llenado de vacíos es una derivación natural de la explicación de costos de transacción al problema de los contratos incompletos. Los legisladores pueden minimizar los costos de contratar escogiendo la regla supletoria que la mayoría de partes contratantes habrían querido. Si hay costos de transacción por contratar explícitamente respecto de una contingencia, las partes preferirán dejar el contrato incompleto. Efectivamente, mientras los costos de transacción aumentan, también lo hace la disposición de las partes para aceptar una regla supletoria que no es exactamente la que ellas hubieran contratado. Los académicos que atribuyen los vacíos contractuales a la existencia de los costos de transacción se encuentran naturalmente atraídos a escoger reglas supletorias que la mayoría de partes contratantes “habrían querido”, debido a que estas reglas supletorias mayoritarias parecen minimizar los costos de contratación.

Sin embargo, demostramos que para la selección de las reglas supletorias esta aproximación mayoritaria de “lo que habrían querido” es, por varias razones, incompleta. Primero, la aproximación mayoritaria falla en explicar los posibles costos dispares de contratar o de dejar de contratar en contra de diferentes reglas supletorias³¹. Por ejemplo, si es más probable que la mayoría de partes pacten en contra de la regla preferida por la minoría (a que la minoría lo haga en contra de la regla de la mayoría), entonces escoger la regla supletoria de la minoría podría llevar a un mayor

²⁸ GOETZ y SCOTT. Nota 21 *supra*. p. 971.

²⁹ Hay dos formas distintas para que un contrato sea incompleto. Primero, un contrato puede omitir especificar los deberes de las partes para contingencias futuras específicas. Por ejemplo, un contrato para construir un tercer piso en una casa puede no señalar los respectivos derechos y responsabilidades de las partes si la casa entera se quema antes del inicio de la construcción. Dado que la construcción del tercer piso es imposible (sin los otros dos pisos), el contrato no cubre la contingencia de que la casa se quemara totalmente.

La segunda forma en la que un contrato puede resultar incompleto es más sutil. Un contrato también puede ser incompleto cuando es insensible a contingencias futuras relevantes. Bajo esta segunda forma de contratos incompletos, los deberes de las partes están completamente especificados, pero los contratos son incompletos debido a que esos deberes especificados no están hechos a la medida de eventos futuros económicamente relevantes. Ver SPIER, K. “Incomplete contracts in a model with adverse selection and exogenous costs of enforcement”. Diciembre, 1988 (manuscrito inédito en los archivos de los autores) (discutiendo las causas para tales contratos incompletos). Por ejemplo, considere un contrato que simplemente obliga a una parte a construir un garaje de forma adyacente a una casa. A primera vista este contrato impone un deber de construcción del garaje se incendie o no la casa adyacente antes de terminar la construcción del garaje. Sin embargo, el contrato es incompleto en este segundo sentido porque el deber de construir el garaje no es suficientemente dependiente de futuras contingencias. Si la casa adyacente se quema, las partes probablemente querrían ajustar los términos del contrato. Llamamos a tales: contratos en los que las contingencias futuras no han sido suficientemente reguladas.

Las cortes reconocen la primera forma de contratos incompletos y saben que deben decidir cómo llenar el vacío. Por ejemplo, la no-ejecución es una forma como las cortes pueden cubrir el vacío. Las cortes pocas veces reconocen la segunda forma de contratos incompletos. Esto es, por lo general son cortes que se encuentran poco dispuestas a alterar (simplemente hacen cumplir) los términos de un contrato en los que las contingencias futuras no han sido suficientemente reguladas. La excepción principal a una ejecutabilidad estricta es la doctrina de la imposibilidad (o impracticabilidad económica) con la cual las cortes rechazan a veces la ejecución cuando el cumplimiento, si bien es literalmente posible, no es eficiente *ex post*. Ver POSNER y ROSENFELD. “Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis”. En: J. LEGAL STUD. No. 6. 1977. pp. 83, 87 (discutiendo los contornos legales de la doctrina de la imposibilidad).

³⁰ Ver WILLIAMSON, O. “The economic institutions of capitalism”. 1985; MACNEIL. “Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law”. En: NW. U.L. REV. No. 72. 1978. pp. 854, 871-73; SHAVELL. “Damage measures for breach of contract”. En: BELL J. ECON. No. 11. 1980. pp. 466, 468 (“Debido a los costos involucrados en la enumeración y negociación de los deberes contractuales bajo el alcance total de las contingencias relevantes, es normalmente poco práctico hacer contratos que se acerquen al grado completo”).

³¹ Ver Sección II.

número de contratos eficientes. Segundo, el conocimiento existente proporciona poca orientación sobre que tan “a medida” o específico debería ser el análisis³². Finalmente, los mismos costos derivados de negociar *ex ante* podrían alentar a las partes a que ineficientemente cambien el proceso de llenado de vacíos por una determinación *ex post* de la corte³³. Si es costoso para las cortes determinar lo que las partes habrían querido, podría ser eficiente elegir una regla que induzca a las partes a contratar explícitamente. En otras palabras, las penalidades supletorias son apropiadas cuando es más barato para las partes negociar un término *ex ante* que para las cortes determinar *ex post* lo que las partes habrían querido. Las cortes, que son públicamente subsidiadas, deberían dar a las partes incentivos para negociar *ex ante* penalizándolos por los vacíos ineficientes.

Este artículo propone además una segunda causa de vacíos contractuales que es el centro de gran parte de nuestro análisis. Nos referimos a esta causa de vacíos como estratégica³⁴. Una parte podría estratégicamente retener información que incrementa las ganancias totales de contratar (el “tamaño del *pie*”) en orden a incrementar su porción de las ganancias derivadas de contratar (su “porción del *pie*”). Al intentar pactar en contra de una cierta regla supletoria, una parte podría revelar información a la otra que afecte la forma en que se divide el *pie* contractual. Así, por ejemplo, la parte más informada podría preferir tener una precaución ineficiente en vez de pagar un precio mayor por el bien³⁵. Mientras que los analistas anteriormente han explicado la contratación incompleta sólo en términos de los costos de redactar disposiciones adicionales, nosotros argumentamos que los vacíos contractuales pueden resultar también del comportamiento estratégico de partes relativamente informadas. Al cambiar las reglas supletorias de juego, los legisladores pueden reducir

importantemente las oportunidades de que se presente este comportamiento estratégico de búsqueda de rentas³⁶. En particular, la posibilidad de vacíos estratégicos nos lleva a sugerir que a veces los legisladores que piensan en términos de eficiencia deberían elegir penalidades supletorias que induzcan a las partes informadas a revelar información por contratar en contra de la regla supletoria. El comportamiento estratégico de las partes en la formación del contrato puede justificar interpretaciones contractuales estratégicas de las cortes³⁷.

Nuestro análisis, por lo tanto, va más allá del conocimiento existente que señala que las reglas supletorias deberían ser simplemente lo que la mayoría de partes contratantes habrían querido. Al elegir entre reglas supletorias, los legisladores deberían ser sensibles a los costos de pactar en contra, y a los costos de dejar de pactar en contra, de reglas supletorias particulares. Mostramos que diferentes reglas supletorias pueden llevar a diferentes grados de “separación” y “reunión”³⁸. En un equilibrio de “separación”, los diferentes tipos de partes contratantes por el hecho de asumir los costos de pactar en contra de una regla supletoria no deseada se separan en relaciones contractuales distintas. En un equilibrio de “reunión”, los diferentes tipos de partes contratantes no pactan en contra de la regla supletoria, evitando así los costos de transacción pero soportando las ineficiencias generadas por las disposiciones sustantivas de la regla supletoria.

A diferencia del análisis mayoritario, nuestro análisis muestra que podría ser eficiente elegir una regla que de hecho no es del agrado de la mayoría de personas. Para establecer reglas supletorias de forma eficiente, los legisladores no sólo deben saber lo que las partes contratantes quieren, sino cuántas probablemente lo consigan y a qué costo. Recomendamos una sensibilidad legal mayor y más explícita respecto a las

³² Ibid.

³³ Jeffrey Gordon argumenta que la aproximación “lo que habrían querido” es también equivocada porque transfiere los riesgos al *ex ante least-cost avoider* pero, como es aplicado en la mayoría de cortes, no compensa en realidad a quien asume *ex post* el riesgo. GORDON. Nota 13 *supra*. p. 61 (el problema con un argumento de negociación hipotética, “como otros argumentos de Kaldor-Hicks, es que no garantiza que cada parte recibirá en realidad una porción más grande, o una porción del tamaño adecuado” (cita omitida).

³⁴ Para ejemplos de vacíos estratégicos revisar la Sección II. Una tercera razón para la existencia de contratos incompletos es que algunas contingencias pueden ser simplemente imprevisibles para todas las partes contractuales. En este caso, la regla supletoria no afectará las acciones de las partes dado que por definición ellas no consideran la contingencia al decidir qué hacer. Probablemente no habrá razón para considerar el efecto *ex ante* de la regla porque no tendrá ninguno.

Hay un “pero” a este argumento: el comportamiento puede ser afectado si las partes están al tanto de que existen contingencias no previstas pero no son capaces de averiguar la naturaleza de éstas. Por ejemplo, las partes que están enteradas que una variedad de contingencias imprevisibles pueden afectar el precio por el cual deberían contratar pueden escoger un contrato que incluya una cláusula de precio razonable en vez de fijar un precio o establecer una regla de precio que estén en función a estas contingencias previsibles. De este modo el precio podrá responder a contingencias imprevisibles. Para una caracterización de utilidad-teórica del comportamiento en la presencia de contingencias imprevisibles, revisar KREPS, D. “Static choice in the presence of unforeseen contingencies”. Agosto, 1988. (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores). La elección de reglas supletorias óptimas para tales contingencias imprevisibles está fuera del alcance de este artículo. Para una discusión de la regla apropiada, ver POSNER y ROSENFELD. Nota 29 *supra*.

³⁵ Ver SPIER, K. Nota 29 *supra*. (formalizando esta renuencia estratégica a revelar información).

³⁶ Ver Sección I-C.

³⁷ El comportamiento estratégico ineficiente frecuentemente provocará contra estrategias de promoción de la eficiencia de otros agentes económicos. Ver EASTERBROOK. “Predatory strategies and counterstrategies”. En: U. CHI. L. REV. No. 48. 1981. p. 263.

³⁸ Ver las notas 113-116 *infra*.

formas en que las reglas supletorias afectarán al “equilibrio” contractual resultante³⁹.

Finalmente, antes de decidir cómo llenar los vacíos, las cortes deben decidir si es que acaso el contrato tiene uno. En otras palabras, las cortes deben decidir si los contratos ya asignan un riesgo o un deber particular. Mostramos que este problema de la existencia del vacío es idéntico al problema de qué es suficiente pactar en contra de una regla supletoria particular⁴⁰. Mientras que de acuerdo con el conocimiento existente los legisladores deberían minimizar los costos de pactar en contra de las reglas supletorias⁴¹, nosotros sugerimos que las cortes y legislaciones que piensan en términos de eficiencia podrían querer incrementar intencionalmente estos costos de transacción para desalentar que las partes pacten en contra de ciertas reglas supletorias.

El artículo tiene tres secciones. La Sección I trata acerca de la posible eficiencia de las penalidades supletorias. La Sección II integra las penalidades supletorias en un modelo más general de elección de regla supletoria, modelo que sugiere cuándo una regla, “a medida” o general, será eficiente. Luego la Sección III desarrolla una teoría de definición de vacíos que determina lo que debería bastar para pactar en contra de una regla supletoria dada.

I. PENALIDADES SUPLETORIAS

A. La regla supletoria de cantidad cero

La diversidad de estándares supletorios puede incluso ser vista al contrastar el tratamiento legal de los dos términos contractuales más elementales: precio y cantidad. Si bien el precio y la cantidad son

probablemente los puntos más esenciales sobre los cuales se debe llegar a un acuerdo, el U.C.C. establece reglas supletorias radicalmente distintas. Si las partes omiten el precio, el U.C.C. cubre el vacío con “un precio razonable”⁴². Si las partes omiten la cantidad, el U.C.C. se niega a hacer cumplir el contrato⁴³. Básicamente, el U.C.C. establece que la cantidad supletoria deba ser cero.

¿Cómo puede ocurrir esto? El estándar de precio razonable del U.C.C. puede ser parcialmente conciliado con el conocimiento existente que señala que las reglas supletorias deben ser fijadas en lo que las partes habrían contratado⁴⁴. ¿Pero por qué el U.C.C. no trata análogamente la falta de un acuerdo sobre la cantidad cubriendo el vacío con la cantidad razonable que las partes habrían querido? Evidentemente, las partes no habrían decidido incurrir en los gastos de contratar con la intención que nada sea intercambiado.

Sugerimos que la regla supletoria de cantidad cero no puede ser explicada con el principio de “lo que las partes habrían querido”. En cambio, una razón para la regla puede ser hallada comparando los costos de contratar *ex ante* con los de litigar *ex post*. La regla de la cantidad cero puede ser justificada debido a que es más barato para las partes establecer el término de cantidad de antemano que para las cortes determinar después el hecho de lo que las partes habrían querido.

No es sistemáticamente más fácil para las partes calcular *ex ante* la cantidad que el precio, pero es sistemáticamente más difícil para las cortes calcular *ex post* la cantidad que el precio. Para estimar un precio razonable, las cortes pueden en gran parte confiar en información del mercado del tipo “¿a cuánto se estaban vendiendo los “nabos de suecia” el 3 de julio?”⁴⁵. Pero para estimar una cantidad razonable,

³⁹ Algunas veces encontraremos útil distinguir entre situaciones en las cuales las partes negocian en ignorancia de la regla supletoria y situaciones en las que negocian bajo la sombra de ellas. En el primer caso, las partes no saben cómo resolverán las cortes si la contingencia en cuestión ocurre, mientras que en el segundo caso las partes conocen la regla supletoria legal (pero pueden no saber cierta información sobre la otra parte). Ver notas 58-60 *infra*.

⁴⁰ Ver Sección III.

⁴¹ Ver EASTERBROOK y FISCHER. Nota 11 *supra*. pp. 21-30.

⁴² U.C.C. § 2-305 (1) señala: “Las partes pueden cerrar un contrato de compraventa aun cuando el precio no esté establecido si así se lo proponen. En tal caso el precio es un precio razonable al momento de la entrega...” U.C.C. § 2-305 (1976).

⁴³ U.C.C. § 2-201 establece que un “contrato... no es ejecutable bajo esta [disposición] más allá de la cantidad indicada de bienes...” U.C.C. § 2-201 (1) (1976). El *official comment* agrega que: “el único término que debe aparecer es el término de cantidad, que no necesita estar indicado con exactitud pero el reintegro está limitado a la cantidad señalada”. U.C.C. § 2-201 (1) (*official comment*) (1978). En algunos casos, la falta del término de cantidad simplemente evidenciará que las partes no tuvieron un acuerdo de voluntades. Pero incluso si hay suficientes indicios objetivos de un intento por contratar (y aun si no se plantea el *statute of frauds* como una defensa afirmativa), las cortes pueden negarse a hacer cumplir el contrato por impreciso. Ver los casos *Jessen Bros. v. Ashland Recreation Ass'n.*, 204 Neb. 19, 281 N.W.2d 210 (1979) (contrato para la venta de césped no ejecutable por falta de término específico de cantidad); *Burke v. Campbell*, 258 Mass. 153, 154 N.E. 759 (1927) (contrato parcialmente no ejecutable debido a que no estableció cuántas acciones recibiría el demandante a cambio de financiar la corporación); *King v. Krischer Mfg. Co.*, 220 A.D. 584, 222 N.Y.S. 66 (1927) (contrato no ejecutable porque “una cantidad de mercancía” es demasiado impreciso).

⁴⁴ Una simple aproximación del tipo “lo que las partes habrían querido” tiene problemas para explicar por qué las partes escogerían un precio razonable al momento de la entrega en vez de al momento de la contratación. No hay razón alguna para pensar que las partes sistemáticamente preferirían una asignación de riesgo a la otra. Sin embargo, uno puede determinar la regla supletoria eficiente preguntando “¿por qué las partes no contrataron explícitamente el precio?”. Aquellas partes que deseen asignar el riesgo de fluctuación de costos en el vendedor probablemente contratarán un precio al momento de contratar. Aquellas que deseen asignar el riesgo en el comprador intentarán contratar un precio basado en los costos al momento de la entrega. Incluir ésa cláusula en el contrato podría resultar costoso debido a la dificultad que implica medir con exactitud los costos del vendedor. Las partes podrían preferir confiar en llegar a un acuerdo bajo la sombra de la regla supletoria de precio razonable de la corte.

⁴⁵ Este análisis sugiere que las cortes estarían menos dispuestas a hacer cumplir los contratos en mercados “delgados” [“thin” markets] en los cuales el precio de mercado no es fácil de averiguar. Ver HADDOCK, MCCHESENEY y SPIEGEL. “An ordinary economic rationale for extraordinary legal sanctions”. En: CALIF. L. REV. No. 78 (de aparición en 1990) (discutiendo que tan eficientes se volverán las reglas legales en relación al “grosor” del mercado).

las cortes necesitarían realizar un análisis más costoso de los litigantes individuales del tipo “¿en cuánto valoraron el comprador y el vendedor cada nabo adicional?”.

La regla supletoria de cantidad cero del U.C.C. es lo que denominamos una “penalidad supletoria”. Dado que *ex ante* ninguna de las partes querría un contrato de cantidad cero, tal regla sanciona a las partes en el caso que dejen de positivamente indicar la cantidad deseada. Debido, además, que la regla supletoria de no-ejecución sanciona potencialmente a ambas partes, las alienta a incluir un acuerdo de cantidad⁴⁶.

B. Hacia una teoría más general sobre las penalidades supletorias

Por definición, las penalidades supletorias dan al menos a una de las partes del contrato un incentivo para pactar en contra. Desde una perspectiva de eficiencia, las penalidades supletorias pueden ser justificadas como una manera de fomentar la producción de información⁴⁷. El mismo proceso de “pactar en contra” puede revelar información a las partes del contrato o a terceros. Estas reglas pueden ser justificadas como una forma de proporcionar 1) incentivos a las partes del contrato para revelar información a terceros, especialmente a las cortes⁴⁸, o 2) incentivos para que una parte del contrato mejor informada revele información a una parte menos informada.

Por ejemplo, la regla supletoria de cantidad cero les da incentivos a las partes del contrato para revelar sus intenciones contractuales cuando sería costoso para una corte descubrir *ex post* esta información. Esta justificación –de que contratar *ex ante* puede ser más barato que litigar *ex post*– también puede explicar la regla general del *common-law* que señala que “para que un contrato sea obligatorio los términos del contrato deben ser

razonablemente ciertos y finales”⁴⁹. Del mismo modo, esta lógica puede explicar las normas corporativas que crean incentivos para que los fundadores declararen el número de acciones autorizadas, el domicilio legal, y, es más, el estado donde se constituye⁵⁰. Las leyes que se niegan a hacer cumplir las actas de constitución que carezcan de estas disposiciones crean incentivos similares a aquellos creados por la negativa del *common-law* de hacer cumplir los contratos vagos o imprecisos. En ambos casos, las partes pueden hacer estas elecciones contractuales de forma más eficiente *ex ante*.

Los legisladores deberían elegir la regla que disuada los vacíos ineficientes al menor costo social. Cuando la lógica es proporcionar información a las cortes, la regla supletoria de no-ejecución probablemente resulte eficiente. Las reglas supletorias de no-ejecución probablemente proporcionen una disuasión menos costosa debido a que son baratas de hacer cumplir y dan a cada parte los incentivos para pactar en contra de la misma. Podría parecer que una penalidad supletoria impuesta únicamente sobre una de las partes del contrato sería suficiente para conseguir que ambas partes revelen información. Por ejemplo, una penalidad supletoria que hace vender a un vendedor a un décimo del precio de mercado ciertamente fomentaría a los vendedores a cubrir afirmativamente cualquier vacío de precios. Pero penalidades sobre una parte pueden ser la ganancia inesperada de la otra. Las penalidades de una parte pueden crear incentivos de oportunismo⁵¹. En el ejemplo anterior, el comprador no penalizado tiene incentivos para inducir a los vendedores a entrar en contratos imprecisos en orden de extraer la renta derivada de la penalidad⁵². Al llevar a cada parte a su estado de bienestar *ex ante*, la regla de no-ejecución elimina este potencial de oportunismo.

En contraste, cuando la lógica es informar a la parte contractual relativamente desinformada, la penalidad

⁴⁶ Aun si el sistema judicial no estuviera subsidiado, la regla supletoria de cantidad cero podría ser justificada por preocupaciones paternalistas. Por ejemplo, si las partes privadas están desinformadas o sistemáticamente subestiman los costos de una determinación judicial *ex post* de una cantidad “razonable”, podría ser de interés social disuadir a las partes de, equivocadamente, dejar de negociar *ex ante* la cantidad del contrato. Esta lógica para la regla antes anunciada descansa en la suposición que las partes pagan menos que el costo total de su litigio *ex post*. Las partes pueden bajar sus costos de transacción cambiando las negociaciones subsidiadas de forma privada *ex ante* por un litigio subsidiado públicamente *ex post*. Si las partes internalizan por completo los costos *ex post* del litigio, deberían ser capaces de elegir la forma de negociación más barata.

⁴⁷ Al fomentar la revelación de información, los legisladores deberían ser sensibles a la influencia que pueden tener las reglas supletorias en los incentivos de las partes para adquirir la información en primer lugar. Ver las notas 93 y 94 *infra*.

⁴⁸ Las penalidades supletorias pueden establecerse para proporcionar información a terceros diferentes de las cortes. Por ejemplo, en el derecho corporativo se pueden llevar a cabo ciertas modificaciones que estén en conformidad con la ley, en cambio otras modificaciones sólo pueden ser hechas modificando el acta de constitución. Ver nota 148 *infra*. Requerir ciertas modificaciones en los artículos del acta de constitución revela información a terceros interesados, como los acreedores, debido a que esos artículos son registrados públicamente en la Secretaría de Estado. Ver, por ejemplo, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 2.01 (1987)* (requiriendo el registro del acta de constitución).

⁴⁹ Caso *Steinberg v. Chicago Medical School*, 41 Ill. App. 3d 804, 807, 354 N.E.2d 586, 589 (1976); ver también el caso *Parks v. Atlanta News Agency*, 115 Ga. App. 842, 156 S.E.2d 137 (1967); 1 A. CORBIN, *CORBIN ON CONTRACTS § 95 (1952 & Supp. 1989)*, 1 S. WILLISTON, *A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS § 37 (3d ed. 1957 & Supp. 1978)*.

⁵⁰ Ver *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 2.02 (1987)*.

⁵¹ Posner define el oportunismo (en relación al deber contractual del *common-law* de actuar en buena fe) como “tomar ventaja de la vulnerabilidad de la otra parte del contrato...esto es debido al carácter secuencial del cumplimiento”. POSNER. Nota 2 *supra*. p. 81.

⁵² Incentivos oportunistas similares han sido analizados en otras áreas del derecho contractual. Ver, por ejemplo, CLARKSON, MILLER y MURIS. “Liquidated damages versus penalties: sense or nonsense?”. En: WIS. L. REV. 1978. p. 351 (la no-exigibilidad de las cláusulas de penalidad previene la inducción de incumplimientos oportunistas); GOETZ y SCOTT. Nota 15 *supra*. p. 586 (el requisito de adopción de medidas destinadas a mitigar los daños de una conducta ajena elimina los incentivos de una conducta oportunista por parte del acreedor en caso de incumplimiento). De forma más general, la ineficiencia de penalidades excesivas ha sido detallada en la bibliografía económica del delito. Ver, por ejemplo, POSNER, R. Nota 2 *supra*. pp. 205-212; BECKER. “Crime and punishment: an economic approach”. En: J. POL. ECON. No. 76. 1968. p. 169.

supletoria debería ser establecida en contra de la parte informada⁵³. Esto es especialmente cierto cuando la parte desinformada lo es también acerca de la regla supletoria. Si la parte desinformada no sabe que hay una regla supletoria de penalidad, no tendrá incentivos oportunistas.

En algunas situaciones es razonable esperar que una de las partes del contrato esté sistemáticamente informada acerca de la regla supletoria y acerca de la probabilidad de que se presente una contingencia. Si una parte está permanentemente en similar escenario contractual mientras la otra rara vez lo está, es razonable presumir que la primera está mejor informada. Considere, por ejemplo, el tratamiento de las comisiones de los corredores inmobiliarios cuando un comprador incumple un contrato de compraventa. Tales contratos típicamente incluyen una cláusula que obliga al comprador a perder cierta cantidad de dinero entregado en anticipo si incumple el acuerdo. ¿Cómo debería ser repartido el dinero entregado en anticipo entre el vendedor y el corredor si su contrato de agencia no prevé esta contingencia? Algunas cortes han adoptado una aproximación del tipo "lo que las partes habrían querido" y han concedido todo el dinero del anticipo al vendedor⁵⁴. Estamos de acuerdo con esta decisión, pero por otras razones⁵⁵. Es más probable que el corredor de bienes inmuebles esté más informado que el vendedor acerca de la regla supletoria. De hecho, el vendedor puede incluso no considerar cómo dividir el dinero del anticipo en caso de incumplimiento⁵⁶. Entonces, si el contrato eficiente permitiría que algo del anticipo sea entregado al vendedor, la regla debería ser establecida en contra del corredor para inducirlo a plantear el asunto. De lo contrario, si se establece la regla de tal modo que favorezca al corredor, el vendedor puede no plantear el asunto, y el corredor estará feliz de tomar ventaja de la ignorancia del vendedor. Al establecer la regla supletoria

en favor de la parte desinformada, las cortes inducen a la parte informada a revelar información y, por consiguiente, a resultados contractuales eficientes.

Si bien el bienestar social puede aumentar al forzar a las partes a revelar información a un sistema judicial subsidiado, es más problemático entender por qué la sociedad tendría un interés de eficiencia en inducir a una parte relativamente informada a revelar información a la parte relativamente desinformada. Después de todo, si revelar información es eficiente porque aumenta el valor creado por el contrato, inicialmente uno podría esperar que la parte informada tendrá un incentivo privado suficiente para revelar la información —el incentivo de dividirse un *pie* más grande. Sin embargo, este argumento ignora la posibilidad de que la revelación de información podría aumentar el tamaño total del *pie* y simultáneamente reducir la porción que recibe la parte informada. Si el "efecto porción del *pie*" domina al "efecto tamaño del *pie*", las partes informadas podrían elegir retener información relevante⁵⁷.

Las partes se pueden comportar estratégicamente no sólo porque tienen una mayor información sobre la regla supletoria, sino porque tienen información superior sobre otros aspectos del contrato. Sugerimos que una parte que sabe que una regla supletoria en particular es ineficiente podría escoger no negociar para cambiarla. La parte informada puede no querer revelar su información durante la negociación si dicha información daría una ventaja negociadora a la otra parte.

¿Cómo puede ocurrir que al incrementar las ganancias totales de contratar (el efecto tamaño del *pie*) la parte informada pueda terminar con una porción menor de las ganancias (el efecto porción del *pie*)⁵⁸? Este artículo demuestra cómo las partes relativamente informadas pueden beneficiarse a veces de la retención estratégica

⁵³ Ver notas 57-73 *infra*.

⁵⁴ Ver, por ejemplo, *Dennis Reed, Ltd. v. Goody, 2 K.B. 277 (1950)*; ver también DUKEMINIER, J. y KRIER, J. "Property". Segunda edición, 1988. pp. 554-555 (discutiendo la evolución de la regla del *common-law*).

⁵⁵ El dinero entregado en anticipo es usado para forzar al comprador a internalizar los costos en los que incurre el vendedor al retirar la propiedad del mercado desde el momento de la firma del contrato de compraventa hasta el cumplimiento o, en este caso, incumplimiento. Dado que estos costos son largamente asumidos por el vendedor, debe recibir la compensación. Además, el vendedor puede desear darle incentivos al corredor para que encuentre un comprador que no incumplirá. Permitir que el corredor comparta el anticipo reducirá o eliminará este incentivo. Sin embargo, una razón para que el vendedor y el corredor hayan contratado que éste reciba parte del anticipo es que, luego del incumplimiento del comprador inicial, puede ser necesaria una venta rápida lo cual puede ocasionar que el vendedor baje el precio. Lo que a su vez disminuiría la comisión del corredor. Así, una aproximación del tipo "lo que las partes habrían querido" podría producir una regla supletoria por la cual un corredor reacio al riesgo recibe una porción del dinero entregado en anticipo.

⁵⁶ Desde luego, las personas contratan abogados en parte para determinar los puntos, contingencias y reglas supletorias relevantes de una negociación. Por consiguiente, nuestro argumento es más aplicable en los escenarios contractuales donde los abogados no están implicados.

⁵⁷ Es común retener información socialmente valiosa para obtener beneficios privados. En orden a aumentar sus ganancias las compañías pueden retener información a sus competidores sobre innovaciones; los compradores de autos pueden retener información acerca de opciones o accesorios particulares que ellos valoran si esta información indica a los vendedores una mayor disposición a pagar por el automóvil; y los atletas profesionales pueden retener información sobre lesiones para incrementar sus salarios, aun cuando su equipo pueda contratar suplentes ineficientemente.

⁵⁸ Si, bajo un grupo dado de reglas supletorias, un vendedor quiere vender un suéter que valora en \$50 a un comprador que lo valora en \$150, entonces el acuerdo creará un valor de \$100 sin pactar en contra de cualquiera de las reglas supletorias. En otras palabras, la ganancia total de contratar será \$100. Las partes se dividirán esta ganancia en el valor negociando un precio entre \$50 y \$150. Sin embargo, suponga que el comprador (y sólo el comprador) tiene información que haría que el suéter valga \$200 para él si el vendedor asumiera un deber que está fuera de las disposiciones supletorias y que le costaría \$10 al vendedor. Las ganancias totales de este intercambio no supletorio serían \$140 (\$200 - \$50 - \$10). ¿Cómo podría el comprador perder al revelar información que incrementó el tamaño del *pie* en \$40? Si las partes aceptan las disposiciones supletorias y negocian un precio de \$100 (lo que implica que cada parte recibe una porción de las ganancias de \$50), ¿cómo puede ocurrir que revelar la información que aumenta el valor —al contratar el deber no supletorio— reduciría la porción del comprador a menos de \$50 (lo que implica que el precio negociado superaría los \$150 y que la porción del vendedor excedería los \$90)?

de información que, si es revelada, incrementaría el tamaño del *pie*. Un comprador informado, por ejemplo, puede no ser identificado dentro de lo que el vendedor percibe equivocadamente como una clase similar de compradores. Al mezclarse con la clase común de contratistas, un comprador o vendedor puede recibir un subsidio cruzado en el precio debido a que la otra parte negociará como si estuviese ante un miembro promedio de la clase. Una parte informada puede preferir permanecer en esta comunidad contractual ineficiente, pero subsidiada, en vez de moverse a una comunidad eficiente, pero sin subsidios. Si pactar en contra de la regla supletoria reduce suficientemente este subsidio cruzado, el efecto de la porción del *pie* puede superar al efecto del tamaño del *pie* debido a que la porción del *pie* supletorio de la parte informada estaba, en un sentido, subsidiada artificialmente por otros miembros de la clase contractual. Bajo este escenario, la retención de información aparece como un tipo de búsqueda de rentas⁵⁹ en la cual la parte informada sacrifica el valor adicional que acompaña a la revelación de información para obtener una porción más grande del *pie* contractual⁶⁰.

C. Penalidades supletorias en acción

1. Daños no compensados en el caso *Hadley v. Baxendale*

Un ejemplo de cómo una regla supletoria de penalidad puede restringir el comportamiento de búsqueda de rentas puede ser visto en el venerable caso de *Hadley v. Baxendale*⁶¹. En éste un molinero de Gloucester contrató a un transportista para transportar un eje

malogrado a Greenwich. El envío se retrasó, y el molinero demandó al transportista por daños indirectos de la pérdida de ganancias mientras el molino estuvo inoperativo. La corte, sosteniendo que sólo los daños indirectos previsibles podrían ser concedidos, revocó el pago de daños y ordenó un nuevo proceso⁶².

La decisión en el caso *Hadley* opera como una penalidad supletoria. El molinero podría haber informado al transportista de los daños potenciales indirectos y contratado un seguro completo de daños⁶³. La regla supletoria del caso *Hadley* de denegar los daños imprevisibles podría no ser consistente con lo que partes completamente informadas habrían querido. Los daños indirectos del molinero fueron reales y el transportista podría haber sido quien asuma este riesgo de forma más eficiente. Por lo general, los molineros pueden querer que sean los transportistas quienes los compensen por los daños indirectos que pudieran prevenir a un menor costo⁶⁴. Por el contrario, la regla supletoria puede ser entendida como un estímulo intencional para que el molinero, como parte mejor informada, revele esa información al transportista. Informar al transportista crea valor debido a que si el transportista prevé la pérdida, podrá prevenirla de manera más eficiente⁶⁵. Sin embargo, revelar la información al transportista sin duda incrementará el precio del envío. No obstante, mientras los costos de transacción no sean prohibitivos, un molinero con daños indirectos elevados ganará por el hecho de revelar información y contratar con el transportista un seguro más alto debido a que el transportista es el *least-cost avoider*.

Esto no significa que no podría haber una respuesta igual de eficiente del mercado si *Hadley* hubiera ido

⁵⁹ En términos generales, la búsqueda de rentas "surge dondequiera que las partes tengan un incentivo para gastar recursos reales para capturar algo de valor". GOLDBERG, V. "Readings in the economics of contract law". 1989. p. 49. La retención estratégica representa una especie de búsqueda de rentas porque la parte relativamente informada destina los recursos reales de un contrato ineficiente para capturar un subsidio cruzado.

⁶⁰ Una corte que piensa en términos de equidad podría alentar la revelación de información para fomentar una distribución equitativa de las ganancias de contratar, aun si al hacerlo reduce esas ganancias.

⁶¹ 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854). William Bishop también ha discutido cómo la regla *Hadley* podría promover la revelación eficiente de información. Ver BISHOP. "The contract-tort boundary and the economics of insurance". En: J. LEGAL STUD. No. 12. 1983. pp. 241, 254; BEBCHUK y SHAVELL. "Information and the scope of liability for unusual damages from breach of contract". Marzo, 1983 (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores).

⁶² *Hadley*, 9 Ex. p. 356, 156 Eng. Rep. pp. 151-152.

⁶³ Hay algunas evidencias sobre que en realidad el molinero intentó informar al transportista de los daños probables. Así, puede ser difícil para las partes pactar en contra de la regla supletoria *Hadley*. Para una discusión sobre cómo las cortes pueden alterar la mutabilidad de una regla supletoria al variar los requisitos para pactar alrededor de ella, ver la Sección III *infra*.

⁶⁴ El acuerdo eficiente de riesgo compartido entre fletadores (por ejemplo, el molinero de este caso) y transportistas simétricamente informados dependerá de sus posturas relativas al riesgo, la habilidad del transportista para prevenir los daños, y la habilidad del fletador para mitigar los daños en caso de incumplimiento.

Richard Posner y Richard Epstein argumentan que en muchas situaciones hay acciones que el fletador puede tomar para reducir los daños indirectos. Ver POSNER, R. Nota 2 *supra*. pp. 114-115; EPSTEIN. "Beyond foreseeability: consequential damages in the law of contract". En: J. LEGAL STUD. No. 18. 1989. pp. 105, 121-125. En tales situaciones las partes elegirían compartir los daños indirectos a través de cláusulas de daños determinados. Ver COOTER. "Unity in tort, contract, and property: the model of precaution". En: CALIF. L. REV. No. 73. 1985. pp. 1, 15. En el caso *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F.2d 951, 955-959 (7th Cir. 1982), el Juez Posner intenta determinar qué acuerdo de seguros habrían contratado las partes. Epstein prefiere una regla menos particular que no requiere que las cortes analicen las habilidades relativas de ambas partes para reducir los daños.

Nosotros seguimos bajo la suposición que el molinero no tenía medios económicamente prácticos para reducir las pérdidas del retraso (por ejemplo, mantener un eje de repuesto en inventario habría sido muy costoso) y que ambas partes eran neutrales al riesgo. Bajo estas suposiciones el contrato eficiente es que el transportista, como *least-cost avoider*, asuma los costos del retraso.

⁶⁵ Esta es una lección del análisis de Goetz y Scott del ex alumno ansioso:

Una compañía de buses que conduce a Dean Smith a la Cuarta Final probablemente tomaría precauciones más eficientes si estuviera enterada de qué tan grandes serían sus daños indirectos si se perdiese el juego. GOETZ y SCOTT. Nota 15 *supra*. p. 578.

por el otro camino. Si la regla supletoria requiriera que los transportistas compensen por daños indirectos imprevisibles, los molineros de daños leves tendrían el incentivo de plantear el tema de los daños indirectos. En una industria competitiva, el transportista desinformado, en efecto, asume que se encuentra ante un molinero de daños promedios y calcula el precio de acuerdo a eso. El precio de mercado reflejará el costo esperado de asegurar a molineros con daños altos. Un molinero de daños leves querría contratar por menos que el seguro promedio y, por consiguiente, pagar un menor precio. Pero las ganancias de pactar en contra de la regla supletoria podrían ser insignificantes si la proporción de molineros con daños elevados es pequeña. Además, podría ser muy difícil para un molinero de daños leves determinar cuánto del precio es un seguro implícito para los molineros con daños elevados.

Por lo tanto, pueden haber situaciones en las cuales los molineros de daños leves fallen en negociar por el contrato de seguro bajo/precio bajo. En el equilibrio resultante, los transportistas pueden cargar un precio que represente su costo promedio de servir tanto a molineros de daños leves como a los de daños elevados y tomar una precaución promedio (que será relativamente baja si hay relativamente pocos molineros de daños elevados)⁶⁶. Richard Posner sugiere un resultado similar: si la regla supletoria de daños cambia de manera que los fabricantes de rollos fotográficos fueran responsables por daños indirectos imprevistos, "el fabricante del rollo probablemente no tomaría precauciones adicionales... debido a que no puede identificar los rollos cuyas pérdidas serían extremadamente costosas, y salvo que hayan muchos fotógrafos de daños elevados no le convendrá tomar precauciones adicionales en todos los rollos que fabrica"⁶⁷. La Sección II formaliza esta discusión sobre Hadley para mostrar que los molineros de daños leves podrían dejar de pactar en contra de una regla supletoria que otorga daños imprevisibles mientras los molineros de daños elevados pactarán en contra de la norma Hadley⁶⁸.

Es importante considerar otro canal para la revelación de información. La parte desinformada, el transportista, puede intentar enterarse sobre los daños esperados de las partes informadas, los molineros, ofreciendo un menú de contratos de seguros⁶⁹. Los molineros entonces podrían ser inducidos a elegir el contrato de seguro que es óptimo para sus daños esperados⁷⁰. Sin embargo, el problema que enfrentan las partes desinformadas que tratan de inducir la revelación de información es que en muchas situaciones el menú necesario es más complicado que el ejemplo del transportista común. Crear un menú que induzca a la revelación de información podría requerir un alto grado de sofisticación de la parte desinformada y puede implicar altos costos de transacción⁷¹.

La principal lección que se desprende de nuestra discusión sobre Hadley es que pueden haber razones estratégicas para que las partes decidan no revelar información. Si la regla supletoria otorga daños indirectos a todos, seguramente, los molineros de daños leves querrían distinguirse de los molineros de daños elevados. Pero los molineros de daños elevados podrían intencionalmente elegir retener la información que haría a sus contratos más eficientes. Una parte informada puede no darse cuenta de todo el valor social que implica revelar la información y, por consiguiente, sus beneficios de revelar la información pueden diferir de los beneficios sociales de tener la información revelada. Como se desarrolla abajo, al no distinguirse, las partes informadas pueden ser capaces de *free-ride* los costos de calidad más bajos de otros y por ello contratar a un precio subsidiado. Para contrarrestar este comportamiento estratégico, las cortes deberían elegir reglas supletorias que sean diferentes de lo que las partes habrían querido.

Easterbrook y Fischel han argumentado que las cortes deberían elegir reglas supletorias que "las partes habrían elegido con información completa y contratación sin costo"⁷². Su estándar sigue estrechamente las dos razones de la existencia de

⁶⁶ Las partes desinformadas, los transportistas, podrían simplemente excluir los daños indirectos imprevisibles de su contrato estándar (y así pactar en contra de la regla supletoria a un costo muy bajo), y los molineros de daños elevados, si quieren seguro, podrían simplemente pactar en contra del contrato supletorio. En otras palabras, si la regla supletoria legal es ineficiente, las partes contractuales pueden tener medios de reemplazarla con una regla suya (esta observación también puede ser hecha con respecto a la historia de Posner de la producción de rollos fotográficos; ver nota 67 *infra*). Los límites de esta respuesta contractual a la contra-regla supletoria de Hadley se discuten en las notas 69-71 *infra*.

⁶⁷ POSNER, R. Nota 2 *supra*. p. 114.

⁶⁸ Muchos artículos económicos examinan situaciones en las cuales la información asimétrica induce a contratación ineficiente. Ver, por ejemplo, AKERLOF. "The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism". En: Q. J. ECON. No. 84. 1970. p. 488; MYERSON. "Mechanism design by an informed principal". En: ECONOMETRICA No. 51. 1983. p. 1767.

⁶⁹ Ver nota 66 *supra*.

⁷⁰ En realidad esto es hecho por muchos transportistas comunes. El contrato estándar de Federal Express, por ejemplo, limita los daños indirectos a \$100 pero permite que el fletador compre un seguro mayor a tasas establecidas. Ver EPSTEIN. Nota 64 *supra*. p. 120.

⁷¹ Ver, por ejemplo, la nota 81 *infra* (los consumidores que traten de averiguar información acerca de los daños de las ganancias perdidas esperadas por el vendedor pueden encontrar una oposición significante a crear un menú que fomente a los vendedores a revelar información). Para un ejemplo de un menú que requeriría costos de transacción elevados y mucha sofisticación por cargo de la parte desinformada, ver NOTE. "Imperfect information, the pricing mechanism, and products liability". En: COLUM. L. REV. No. 88. 1988. p. 1057 (sugiriendo que se debería requerir que los fabricantes proporcionen menús de garantías de tal forma que los consumidores puedan juzgar la calidad y seguridad de los productos).

⁷² EASTERBROOK y FISCHEL. Nota 11 *supra*. pp. 20-21.

contratos incompletos que hemos identificado – retención estratégica de información y costos de transacción. En un sentido, su estándar busca lo que las partes habrían elegido si no hubiesen barreras al llenado de contratos⁷³. Discrepamos, sin embargo, con su conclusión de que las cortes debieran elegir las reglas que las partes habrían elegido con “información completa”. Cuando las partes relativamente informadas estratégicamente retienen información, las cortes, para promover la revelación de información, debieran elegir la regla que la parte informada no quiere. Imponer *ex post* lo que partes completamente informadas habrían contratado podría no generar la revelación *ex ante* necesaria para la confianza o precaución eficiente. Por ejemplo, hemos mostrado que en Hadley partes completamente informadas pueden haber querido que el transportista sea completamente responsable por daños indirectos. Pero elegir responsabilidad completa como la regla de daños puede conducir a que los transportistas inviertan sub-óptimamente en la prevención de accidentes. Hadley es inconsistente con un estándar de información completa y en el sentido de “lo que las partes habrían querido”. En vez, Hadley penaliza a los molineros de daños elevados por retener la información que permitiría a los transportistas tomar precauciones eficientes.

2. La solución de Goldberg al enigma de las ganancias perdidas

El análisis de Victor Goldberg sobre la pérdida de volumen del vendedor minorista⁷⁴ concuerda con nuestra discusión sobre las penalidades supletorias. Goldberg examina lo que deberían ser los daños de un minorista cuando un cliente incumple un contrato de compraventa. El U.C.C. manda, y otros comentaristas han sugerido, que el minorista debería recibir las ganancias perdidas derivadas del bien⁷⁵. El mismo análisis de Goldberg sugiere que las ganancias perdidas se aproximan a la pérdida real soportada por el minorista. Pero Goldberg, en lugar, propone

que las cortes denieguen una “indemnización por las ganancias perdidas en la ausencia de una regulación contractual expresa en contrario”⁷⁶. En otras palabras, Goldberg propone que los daños supletorios sean cero.

Su lógica es análoga a la nuestra para las penalidades supletorias. La regla de daño cero está dirigida a dar a los minoristas un incentivo para salir al frente y contratar por un depósito no reembolsable o una cláusula con daños determinados. Nuevamente, el proceso de pactar en contra de la regla supletoria informa al cliente de su potencial responsabilidad. Un contrato de compraventa le da al consumidor la opción de adquirir el producto o pagar los daños. La regla supletoria cero de Goldberg fomenta que los minoristas informen a los consumidores el precio de ejercer la opción de incumplimiento contractual. Por lo tanto, los consumidores internalizarán el costo para el minorista del incumplimiento y tomarán precauciones en contra de éste de forma más eficiente⁷⁷. Además, el consumidor podría no conocer la regla supletoria para las rupturas⁷⁸. Si un consumidor desconoce que una regla lo hace responsable por las ganancias perdidas, el vendedor tendrá pocos incentivos para negociar sobre daños⁷⁹. La responsabilidad del consumidor por pérdida de ganancias puede llevar a precauciones e incumplimientos eficientes sólo si los consumidores conocen el monto de su responsabilidad. La regla supletoria de penalidad de daño cero fomenta al minorista a revelar su margen⁸⁰.

Si bien los consumidores valorarán esta información del margen, los minoristas todavía tienen incentivos para retenerla⁸¹. Al revelar sus ganancias, los minoristas pueden simultáneamente reducir su poder de negociación. Incluso la penalidad supletoria de Goldberg, por consiguiente, puede ser muy débil para inducir la revelación de información. Los minoristas algunas veces podrían preferir correr los riesgos de paga de cero daños por incumplimiento en vez de revelar

⁷³ Información completa en ambas partes eliminaría cualquier oportunidad para retener información estratégicamente, y la contratación sin costo evidentemente elimina los costos de transacción como un impedimento para cerrar un contrato.

⁷⁴ GOLDBERG. “An economic analysis of the lost-volume retail seller”. En: S. CAL. L. REV. No. 57. 1984. p. 283.

⁷⁵ Ver U.C.C. § 2-708 (2) (1976); GOETZ y SCOTT. “Measuring seller’s damages: the lost-profits puzzle”. En: STAN. L. REV. No. 31. 1979. p. 323; SPEIDEL y CLAY. “Seller’s recovery of overhead under UCC section 2-708 (2): economic cost theory and contract remedial policy”. En: CORNELL L. REV. No. 57. 1972. pp. 681, 694.

⁷⁶ GOLDBERG. Nota 74 *supra*. p. 291.

⁷⁷ Probablemente en esta situación la parte desinformada, el consumidor, no podría ofrecer un menú de contratos al minorista informado para inducir la revelación del margen de ganancia. Ver notas 69-71 *supra*. Los requerimientos de información, complejidad y, costos de transacción de tal esquema serían prohibitivos.

⁷⁸ Esto es similar a nuestra discusión previa sobre cuál debería ser la regla supletoria de bienes inmuebles para dividir el anticipo entre el vendedor y el corredor cuando un comprador incumple un contrato de compraventa.

⁷⁹ Si el vendedor plantea el tema de los daños, revelando con ello su margen de ganancia, los consumidores pueden tomar precauciones más eficientes para evitar el incumplimiento. Si bien el consumidor aprenderá que es responsable por los daños, insistirá por un precio menor del bien.

⁸⁰ Del mismo modo, la doctrina del *common-law* de interpretación de ambigüedades en los contratos en contra del redactor del contrato puede ser vista como una regla supletoria de penalidad. Ver MACNEIL, I. Nota 11 *supra*. p. 372. La doctrina no está basada en el criterio que las partes habrían querido la disposición anti-redactor, sino en que tal penalidad fomenta que los redactores elaboren contratos más precisos.

⁸¹ Para una discusión más completa sobre este punto, revisar AYRES y MILLER. “I’ll sell it to you at cost”: legal methods to promote honest retail markup disclosure”. En: NW. U.L. REV. No. 84 (de aparición en 1990) (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores).

un margen alto. Si la penalidad de cero daños es insuficiente para inducir la revelación de información, podría ser necesaria una penalidad reforzada para inducir a las partes a contratar por daños determinados⁸².

3. Reglas supletorias unilaterales como penalidades: los incentivos perversos de Lefkowitz

Algunas normas contractuales establecen reglas supletorias que las partes individuales pueden cambiar unilateralmente. Considere, por ejemplo, el efecto legal de las ofertas. El mandato del U.C.C. por el que una oferta espera cualquier forma razonable de aceptación es una regla supletoria unilateral que se obtiene "salvo inequívocamente indicado de otra forma"⁸³. Coherentemente con el análisis precedente, los legisladores podrían querer establecer penalidades supletorias que fomenten a los oferentes a revelar información a los destinatarios. En consecuencia, las cortes podrían querer elegir una regla que el oferente no quiere.

En el caso *Lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store, INC.*⁸⁴, la Corte Suprema de Minesota rechazó el reclamo del demandante según el cual el demandado, un minorista, no había honrado dos ofertas publicitadas que él había aceptado⁸⁵. En la primera oferta el demandante había anunciado la venta de tres abrigos de pieles "valuados en \$100.00" por "\$1 cada uno"; en la segunda oferta el demandado anunció la venta de una estola negra de piel de conejo "valuada en \$139.50" por "\$1.00"⁸⁶. La Corte, siguiendo la regla del *common-law* que señala que los contratos imprecisos no son ejecutables, rehusó hacer cumplir el contrato surgido de la primera oferta pero otorgó al demandante daños por su tentativa de aceptar la segunda.

La corte argumentó que la estimación de la primera oferta de que el abrigo estaba "valuado en \$100" era muy especulativa e incierta para otorgar daños⁸⁷. Pero al aplicar el estándar del *common-law* que los contratos imprecisos no son ejecutables, la corte ignoró la probable respuesta del mercado a la regla supletoria de no-ejecución. Como se argumentó arriba, la no-

ejecución puede ser vista como una regla de penalidad que alienta a las partes a salir al frente y cubrir el vacío⁸⁸ esto es, rehusarse a hacer cumplir los contratos imprecisos elimina los contratos imprecisos. En Lefkowitz, sin embargo, la negativa de la corte de hacer cumplir la oferta imprecisa lleva al resultado exactamente opuesto.

Pregúntese simplemente: ¿qué tipo de anuncio presentará Great Minneapolis Surplus Store la semana siguiente a la decisión de la corte? Al otorgar su imprimátur al anuncio impreciso, la corte permite a los minoristas inducir a la confianza ineficiente de los consumidores con impunidad⁸⁹. El caso Lefkowitz ilustra dramáticamente que sólo haciendo cumplir las ofertas imprecisas en contra del oferente se puede eliminar las ofertas imprecisas.

Lefkowitz fue mal decidido. La oferta del demandado fue intencionalmente vaga para inducir una confianza ineficiente en la parte del comprador (Lefkowitz incurrió en los costos "*shoe-leather*" de ir a la tienda). Las cortes pueden mantener la renuencia general del *common-law* de hacer cumplir los contratos imprecisos de tal forma que ambas partes tendrán un incentivo de hacer sus contratos más precisos⁹⁰. Pero Lefkowitz ilustra una excepción a esta regla general. Cuando la imprecisión es claramente atribuible a una parte e induce a una confianza ineficiente de la otra, un cumplimiento punitivo podría ser eficiente para eliminar las ofertas imprecisas ineficientes.

D. Sumario

Las penalidades supletorias se muestran como duros contraejemplos a la proposición de que las cortes simplemente deberían elegir reglas supletorias que las partes habrían querido⁹¹. Particularmente cuando las partes individuales tienen incentivos privados para retener información, podría ser deseable que la ley les de un codazo. La posibilidad que las reglas supletorias eficientes sean a veces usadas para reflejar lo que la mayoría de gente quiere mientras que otras veces para fomentar la revelación de información es análoga a los usos dispares de las

⁸² Sin embargo, no es necesariamente cierto que los minoristas revelarán sus márgenes de ganancia vía su elección de daños determinados. Todos los minoristas pueden negociar uniformemente por daños determinados mínimos que no proporcionan mayor información que la regla supletoria de cero daños.

⁸³ U.C.C. § 2-206 (1) (1976).

⁸⁴ 251 Minn. 188, 86 N.W.2d 689 (1957).

⁸⁵ La Corte concluyó que los avisos en el periódico constituían ofertas y no invitaciones a ofertar simplemente. *Id.* at 192, 86 N.W.2d at 691.

⁸⁶ *Id.* at 189, 86 N.W.2d at 690.

⁸⁷ *Id.* at 190, 86 N.W.2d at 690.

⁸⁸ Ver notas 49-52 *supra*.

⁸⁹ Nuestro argumento de que los consumidores serán "arrastrados" a las tiendas por ofertas imprecisas, no ejecutables asume que los consumidores no son capaces de distinguir entre ofertas ejecutables y no ejecutables.

⁹⁰ Ver nota 88 *supra*.

⁹¹ Podría argumentarse que partes contractuales razonables bajo el "velo de ignorancia" querrían penalidades supletorias que aumenten las ganancias totales de contratar. Comparar con RAWLS. J. "A theory of justice". 1974. pp. 24-38 (discutiendo las preferencias bajo suposiciones utilitarias de personas bajo el "velo de ignorancia").

presunciones en el derecho probatorio⁹². En ambos casos, la ley es elegida algunas veces para promover la revelación de información.

Finalmente, habiendo mostrado que los legisladores algunas veces querrán establecer reglas supletorias que fomenten a una o ambas partes a revelar información, ahora deberíamos advertir a los legisladores que deberían proteger algunas veces los incentivos privados de informarse. En algunos casos forzar a las partes a revelar información minará sus incentivos de obtener la información en primer lugar⁹³. Por consiguiente, los legisladores no deberían imponer reglas de penalidad que tengan un efecto final de reducir la cantidad de información socialmente útil. Pero en algunos casos, una parte en particular puede necesitar adquirir cierto tipo de información antes de contratar, así que forzar la revelación tendría mínimos efectos de desincentivación. Así, en el ejemplo de Goldberg de daños de pérdida de ganancias, los minoristas naturalmente conocían las ganancias de una venta. Es difícil, en consecuencia, advertir cómo el forzar a los minoristas a revelar sus ganancias minará sus incentivos privados para calcular la rentabilidad de una venta⁹⁴.

II. UNA TEORÍA GENERAL SOBRE ELECCIÓN DE REGLA SUPLETORIA

El análisis previo de Hadley puede ser traducido a un modelo más general de elección de regla supletoria. Para formalizar nuestras ideas, empezamos

introduciendo una notación. Asumamos que el porcentaje de molineros que tuvo daños (imprevisibles) elevados es AlfaH y el porcentaje de molineros que tuvo daños (previsibles) leves es AlfaL⁹⁵. Asumamos que DH y DL representan, respectivamente, el valor monetario de los perjuicios sufridos por los molineros de daños elevados y leves. La corte elige entre dos reglas supletorias posibles: rechazar o compensar los daños imprevisibles elevados. Asumamos que los costos de pactar en contra de estas reglas son cH y cL, donde: cH = costo de pactar en contra de la regla Hadley que niega la indemnización por daños indirectos imprevisibles; y cL = costo de pactar en contra de la regla que compensa los daños indirectos imprevisibles.

Asumimos que todas las partes son neutrales al riesgo, por lo que el único objetivo de garantía vinculado con el contrato es inducir al transportista a tomar precauciones eficientes. Como se argumentó arriba, en un mundo con información completa, tanto los molineros de daños elevados como los de daños leves contratarían con el transportista para que pague sus daños indirectos⁹⁶. Si el transportista conoce la clase de molinero y asume todos los daños, escogerá el nivel de precaución óptimo⁹⁷. Asumamos que KH y KL representan respectivamente la inversión en precaución óptima del transportista para los dos tipos de molineros. Asumamos que qH y qL representan la probabilidad de daños para cada tipo de molinero dado el nivel óptimo de precaución para la clase⁹⁸.

⁹² La lista de penalidades supletorias analizada arriba está lejos de ser exhaustiva. Por ejemplo, las secciones del U.C.C. que establecen garantías implícitas o supletorias, U.C.C. §§ 2-314 y 2-315, no pueden ser fácilmente justificadas como "lo que las partes habrían contratado". En cambio, las reglas supletorias, en forma consistente con el análisis precedente, fuerzan a los vendedores a revelar información a los consumidores acerca de la extensión de su cobertura. De hecho, una forma de identificar las penalidades supletorias es investigar el detenimiento con el cual las partes pactan en contra de éstas, como es hecho con el uso, aparentemente ubicuo, de cláusulas de limitación de garantía.

El U.C.C. § 2-207 también es inconsistente con el análisis de reglas supletorias "habrían querido". Esta sección reemplaza la regla espejo propia del *common-law* con la regla supletoria por la cual los términos adicionales en la aceptación que no alteren materialmente los términos de la oferta se vuelven parte de un contrato entre comerciantes. Esta regla no puede ser conciliada con un análisis "lo que las partes habrían contratado", porque no hay razón alguna para pensar que los comerciantes habrían querido incluir los términos adicionales de su contrato. En cambio, la regla establece una carga de informar en la parte con la oportunidad menos clara de presentarse y notificar a la otra parte si los términos adicionales son objetables.

Algunas veces las presunciones de prueba son usadas en los litigios para reflejar una relación entre hechos y otras veces para establecer la carga de producir medios de prueba en la parte que probablemente esté más informada. Ver ALLEN, "Presumptions in civil actions reconsidered". En: IOWA L. REV. No. 66. 1981. pp. 843, 845 (sugiriendo que las presunciones son usadas "para construir reglas que generen convicción que eviten puntos muertos en el proceso relativo a los hechos; para asignar cargas de persuasión; para mostrar al jurado la relación entre los hechos y; para asignar cargas de prueba").

⁹³ Ver POSNER, R. Nota 2. *supra*. p. 115; EASTERBROOK, "Insider trading, secret agents, evidentiary privileges, and the production of information". En: SUP. CT. REV. 1981. pp. 309, 359; ALLEN, GRADY, POLSBY y YASHKO, "Confidentiality of legal affairs". 1988 (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores); comparar con el caso *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817) (permitiendo a la parte contractual relativamente informada sacar provecho de retener información). Efectivamente, gran parte del derecho de patentes está justificado como medio de fomentar la producción privada de información.

⁹⁴ Anthony Kronman distingue entre "información deliberadamente adquirida" e "información casualmente adquirida". Por ejemplo, el referido autor sugiere que si una parte de un contrato es consciente que la otra ha presentado una propuesta equivocada, este conocimiento especial "es poco probable que sea el fruto de una búsqueda deliberada". Requerir que la parte informada revele este tipo de información (casualmente adquirida) no afectará los incentivos de informarse. KRONMAN, "Mistake, disclosure, information, and the law of contracts". En: J. LEGAL STUD. No. 7. 1978. pp. 1, 32 (revelar las ganancias perdidas de un contrato puede debilitar los incentivos de las partes para buscar activos subvalorados). Puede haber una cierta compensación entre inducir a la búsqueda eficiente de una parte y el incumplimiento eficiente de otra. Los minoristas no buscan información sobre su margen de ganancia —en la terminología de Kronman, esta no es "deliberadamente adquirida"— así que la revelación de información aumentará la eficiencia.

⁹⁵ Asumimos que estos son los únicos tipos de molineros por lo que AlphaH + AlphaL = 1. Para un modelo matemático similar de Hadley, ver BEBCHUK, L. y S. SHAVELL, Nota 61 *supra*.

⁹⁶ Ver notas 62-70 *supra*.

⁹⁷ Asumimos que el contrato no puede ordenar un nivel de precaución específico debido a que ni el molinero ni una corte pueden advertir el nivel de precaución. De lo contrario, los transportistas podrían clasificar a los molineros mediante la oferta de diferentes niveles de precaución.

⁹⁸ Así, KH es el nivel de K que minimiza la expresión $K + q(K)DH$, y KL es el nivel de K que minimiza la expresión $K + q(K)DL$, donde la función $q(K)$ es igual a la probabilidad de daños de un retraso por un nivel de precaución dado, K.

Antes de analizar el probable equilibrio asociado con cada regla supletoria, debemos añadir algo más en relación con el precio del transportista. Así, asumase por el momento que el transportista está en un mercado competitivo en el cual, por definición, hay ganancias económicas cero⁹⁹. Asumamos, además, que el precio competitivo de enviar ejes para molineros conocidos por tener daños elevados es PH y para molineros conocidos por tener daños leves es PL. Con esta notación, si MC es el costo marginal de enviar sin precaución, entonces las siguientes ecuaciones son válidas:

$$(1) PH = MC + KH + qHDH,$$

$$(2) PL = MC + KL + qLDL.$$

Debido a la competencia, estos precios reflejan el costo marginal del envío, precaución y daños esperados del transportista.

¿Cómo se verá el equilibrio del mercado bajo reglas supletorias alternativas? Primero considere la regla Hadley de daños leves. Dado que el transportista es responsable sólo de los daños previsibles, DL, este escogerá una inversión en precaución de KL. La probabilidad de daños entonces será de qL y el precio PL. Ahora podemos preguntar si los molineros de daños elevados pactarán en contra de la regla de daños leves por un seguro más alto. Si los molineros de daños elevados no pactan en contra de la regla supletoria de daños leves, tendrán que pagar PL y, en adición, asumirán la probabilidad de daño, qL, multiplicado por los daños no asegurados (DH - DL). Así, el costo total esperado, PHin, para los molineros de daños elevados si ineficientemente no pactan en contra de la regla de daños leves es:

$$(3) PHin = PL + qL(DH - DL).$$

Pero dado que el transportista invierte sub-óptimamente, el costo total esperado para el molinero en la ecuación (3) debe ser más elevado que si el transportista hubiese tomado el nivel eficiente de precaución y pasado el costo en el precio, PH:

$$(4) PHin > PH^{100}.$$

Esta diferencia (PHin/PH) representa la ineficiencia (fH) asociada con no pactar el nivel eficiente de precaución:

$$(5) PHin - PH = fH.$$

“fH”, entonces, representa el costo de ineficiencia cuando los molineros de daños elevados no contratan una precaución mayor¹⁰¹. Los molineros de daños elevados pagan efectivamente:

$$(6) PHin = PH + fH.$$

cuando dejen de pactar en contra de la regla supletoria Hadley de daños leves.

Si los molineros de daños elevados pactan en contra de esta regla, deben esperar asumir los costos del aumento de la precaución que se verá reflejado en un precio de envío más elevado (PH en vez de PL) así como los costos de transacción adicionales de pactar en contra de la regla supletoria (cH)¹⁰². Este costo total será:

$$(7) PH + cH.$$

Así, los molineros de daños elevados pactarán en contra de la regla de daños leves si el costo total de dejar de contratar (PH + fH) excede los costos totales de contratar (PH+cH):

$$(8) PH + fH > PH + cH,$$

o más simple si:

$$(9) fH > cH.$$

Los molineros de daños elevados pactarán en contra de la regla Hadley de daños leves cuando el costo de una precaución ineficiente (fH) es mayor que el costo de pactar en contra de la regla supletoria (cH). Si los costos adicionales de pactar en contra de la regla Hadley son suficientemente bajos, todos los molineros de daños elevados contratarán por la cantidad eficiente de seguro. Los molineros de daños elevados en efecto pagarán PH + cH por el envío, mientras que los molineros de daños leves pagarán PL.

Considere ahora la regla supletoria “anti-Hadley” de daños elevados¹⁰³. Si el porcentaje de molineros de daños elevados, AlfaH, es suficientemente pequeño,

⁹⁹ Las ganancias económicas son los ingresos residuales luego que todos los costos implícitos y de oportunidad son restados.

¹⁰⁰ De las ecuaciones (1), (2) y (3):

$PHin = PL + qL(DH - DL) = MC + KL + qLDH$, y $PH = MC + KH + qHDH$.

De tal forma que:

$PHin - PH = KL + qL(KL)DH - (KH + qH(KH)DH)$.

Debido a que KH minimiza $K + q(K)DH$, ver nota 98 *supra*, $KL + qL(KL)DH$ debe ser mayor que $KH + qH(KH)DH$. Por lo tanto, el lado derecho de esta ecuación debe ser positivo, y la desigualdad (4) debe mantenerse.

¹⁰¹ Podemos calcular el costo de ineficiencia de la nota previa:

$fH = KL + qLDH - (KH + qHDH) = (qL - qH)DH - (KH - KL)$.

Esta última expresión ilustra que la ineficiencia de precauciones bajas deriva del hecho que los costos de la mayor probabilidad de daños, $(qL - qH)DH$, superan los costos más bajos de precaución, $(KH - KL)$.

¹⁰² Los molineros de daños elevados asumen todos estos costos adicionales de transacción y precaución porque la competencia mantendrá el precio del transportista a un costo marginal.

¹⁰³ Nosotros asumimos que los costos de la corte de determinar la magnitud de los daños indirectos imprevisibles –por ejemplo, determinar si un cierto molinero es de tipo H o L– son insignificantes.

la competencia de mercado podría producir un equilibrio en el cual nadie pacte en contra de la regla supletoria y los transportistas tomen sólo niveles de precaución bajos, KL^{104} . Si los transportistas no pueden distinguir entre molineros de daños elevados y de daños leves, la competencia causaría que el precio de envío se convierta en:

$$(10) P^* = \text{AlfaLPL} + \text{AlfaHPHIn}.$$

Dado que en un mercado competitivo los transportistas deben cobrar un precio igual al costo promedio esperado de servir tanto a molineros de daños elevados como leves, P^* representa un promedio ponderado de estos costos. Los molineros de daños leves le cuestan PL a los transportistas, mientras que los molineros de daños elevados cuestan $PHin$, si el ineficiente nivel de precaución bajo es tomado¹⁰⁵.

Este será el equilibrio si ni los molineros de daños elevados ni los de daños leves tienen un incentivo para mostrar al transportista su tipo específico. Podríamos pensar que los molineros de daños leves tendrán un incentivo para revelar su estatus a fin de recibir un precio menor. Pero sólo lo harán si:

$$(11) cL < P^* - PL^{106}.$$

Pactar en contra de la regla supletoria de daños elevados será rentable sólo si los ahorros derivados del precio de envío reducido ($P^* - PL$) son mayores que el costo de transacción adicional, cL . Pero de la ecuación (10) vemos que el precio de equilibrio, P^* , es una función positiva de AlfaH , el porcentaje de molineros de daños elevados¹⁰⁷. Si este porcentaje (AlfaH) es suficientemente bajo, los costos de transacción (cL) evitarán que los molineros de daños leves pacten en contra de la regla de daños elevados. Nótese que esto es diferente de la regla supletoria de daños leves en la cual los incentivos para pactar en contra de la misma están basados en las ganancias de los molineros de daños elevados y son

independientes del porcentaje de población que tiene daños elevados (AlfaH).

Los molineros de daños elevados no revelarán su verdadero estatus a los transportistas porque serían forzados a pagar más ($PH - P^*$) y no ganarían cobertura adicional. Los molineros de daños elevados no se distinguen, esto no se debe a los costos de transacción, sino a que prefieren retener esta información estratégicamente y recibir un precio de envío subsidiado¹⁰⁸. El precio de envío es subsidiado debido a que los costos de transacción impiden a los molineros de daños leves pactar en contra de la regla supletoria. Aun cuando la información es socialmente valiosa porque lleva a precauciones más eficientes, e incluso cuando este valor excede los costos de transacción, los molineros de daños elevados prefieren no ser distinguidos de sus contrapartes de daños leves. A los molineros de daños elevados no les importa que los transportistas tomen niveles de precaución ineficientes porque, como todos los que contratan el transporte, los molineros de daños elevados están completamente asegurados. Los molineros de daños leves asumen los costos de esta ineficiencia, pero no se encuentran lo suficientemente afectados individualmente como para procurar distinguirse contractualmente.

Análisis previos de contratos incompletos han sugerido que las partes dejan de pactar en contra de las reglas supletorias ineficientes debido a los costos de transacción¹⁰⁹. Nuestro análisis se destaca porque demuestra la posibilidad que partes dejen de pactar en contra de la regla supletoria por razones estratégicas¹¹⁰. Una parte relativamente informada puede retener estratégicamente información que podría aumentar las ganancias conjuntas de comerciar¹¹¹. Aún más, el ejemplo ilustra dos formas extremas de equilibrio de reglas supletorias. La regla Hadley de daños leves causa que todos los molineros de daños elevados pacten en contra de la regla misma y así produzcan lo que los economistas algunas veces

¹⁰⁴ Si la inversión en precaución es una elección variable continua (por ejemplo, el tiempo invertido en entrenar a los transportistas en cómo conducir con cuidado), su nivel óptimo sería entre KL y KH . Para AlfaH pequeños la inversión sería cercana a KL . Si hay diferentes opciones para el nivel de precaución (por ejemplo, usar dos o tres caballos) y AlfaH es suficientemente pequeño, el nivel de inversión óptimo sería KL .

¹⁰⁵ Reemplazar las ecuaciones (2) y (3) por la ecuación (10) produce:

$$P^* = MC + KL + qLDL + \text{AlfaH}qL(DH - DL),$$

lo que, nuevamente reemplazando la ecuación (2), se simplifica a:

$$P^* = PL + \text{AlfaH}qL(DH - DL).$$

¹⁰⁶ De la nota previa, esta desigualdad puede ser expresada como:

$$cL < \text{AlfaH}qL(DH - DL).$$

¹⁰⁷ Uno podría imaginar situaciones en las cuales los costos de los molineros de daños leves de pactar en contra de una regla supletoria de daños elevados serían bajos. Por ejemplo, el contrato estándar de Federal Express limita los daños indirectos si el remitente no contrata un seguro mayor. Ver nota 70 *supra*. Tal estándar permitiría a los molineros de daños leves optar a un bajo precio por protección de daños leves y por consiguiente a un precio menor.

¹⁰⁸ En otras palabras, aun si los costos de contratar por mayores precauciones fueran cero, los molineros de daños elevados no revelarían su estatus.

¹⁰⁹ Ver nota 30 *supra*.

¹¹⁰ En nuestro modelo simplificado, los molineros de daños leves dejaron de pactar en contra de la regla supletoria del equilibrio de "reunión" debido a los costos de transacción. Ver desigualdad (11) *supra*. Sin embargo, en un modelo más general las partes informadas subsidiadas de forma cruzada (como los molineros de daños leves) podrían dejar de contratar en contra del equilibrio de "reunión", inclusive sin costos de transacción, si al hacerlo revelan información que reduce su poder de negociación. Para una demostración más formal de por qué las preocupaciones estratégicas similares pueden impedir a los contratos ser eficientemente dependientes del estado, ver SPIER, K. Nota 29 *supra*.

¹¹¹ Entonces, este es un ejemplo en el cual el "efecto porción del *pie*" supera al efecto "tamaño del *pie*". Ver nota 57 *supra*.

llaman un equilibrio de "separación" en el cual diferentes tipos de partes contractuales se clasifican a través del proceso competitivo en diferentes grupos a diferentes precios. En contraste, la regla supletoria "anti-Hadley" de daños elevados creó un equilibrio de "reunión" en el cual los molineros de daños elevados y leves dejaron de distinguirse ante los transportistas¹¹².

La tensión entre el equilibrio de "reunión" y de "separación" es crucial al elegir la regla supletoria eficiente. El equilibrio de "separación" importa la generación de costos de transacción adicionales de causar que algunas partes pacten en contra de la regla; el equilibrio de "reunión" implica los costos de la confianza o precaución ineficiente de dejar de pactar en contra de la regla¹¹³. En el ejemplo Hadley, el costo de transacción de que los molineros de daños elevados pacten en contra de la regla supletoria de daños leves es AlfaHcH. Este es el costo del equilibrio de "separación". El costo de la regla supletoria de daños elevados es el resultado de la precaución ineficientemente baja que los transportistas toman con respecto a los molineros de daños elevados, AlfaHfH. Este es el costo del equilibrio de "reunión". Si la desigualdad (9) se mantiene (por ejemplo, si $fH > cH$), entonces los costos de reunión exceden los costos de separación, y la regla Hadley es eficiente incluso si no resulta ser lo que los molineros de daños elevados habrían querido.

Aunque la sección previa describió la regla Hadley como una penalidad supletoria, puede ser alternativamente entendida como una regla supletoria general que proporciona lo que la mayoría de las partes querrían (dado que bajo nuestras suposiciones, AlfaL > AlfaH). Esta nueva forma de entender el concepto sugiere que las reglas supletorias generales que aplican una única respuesta a diferentes tipos de partes contractuales actúan como penalidades supletorias con respecto a esas partes que las desaprueban. Debido a que una mayoría de los molineros tuvo daños leves (AlfaL > AlfaH) y sólo querrían contratar por daños leves, uno podría deducir que la regla supletoria general Hadley es eficiente porque la mayoría de las partes la prefieren.

Pero la noción comúnmente aceptada que las reglas supletorias generales deberían ser establecidas en lo que

la mayoría de las partes quieren no se sostiene en un modelo más general de elección de regla supletoria en el cual el equilibrio de "reunión" y "separación" no son extremos. Para extender el modelo Hadley, considere la elección entre dos reglas supletorias: uno y dos. Como vimos arriba, habrá un cierto porcentaje del total de partes contractuales para las cuales cada regla será preferida, Alfa1 y Alfa2, respectivamente¹¹⁴. Nuevamente, habrán costos de pactar en contra de cada regla, c1 y c2: dejemos que c1 sea el costo de pactar la regla supletoria uno en contra de la regla supletoria dos (y definamos c2 análogamente). El modelo Hadley mostró que dejar de pactar en contra de una regla supletoria puede resultar en niveles ineficientes de precaución¹¹⁵. En consecuencia, dejemos que f1 sea igual a la ineficiencia generada si el tipo uno de parte contractual deja de contratar el tipo de norma uno (y definamos análogamente f2). Es de la mayor importancia advertir que, en un modelo más general habrían cantidades intermedias de reunión y separación por las diferentes reglas. Por consiguiente, asumamos que:

Beta1 = el porcentaje de partes contractuales de tipo uno que en equilibrio pactarían en contra de la regla dos, y

Beta 2 = el porcentaje de partes contractuales de tipo dos que en equilibrio pactarían en contra de la regla uno.

Así, mientras Alfa1 por ciento de las partes prefieren la regla supletoria uno, es posible que si la regla supletoria es la dos, un porcentaje menor (Beta1 < Alfa1) pactaría en contra de ésta y por una cantidad de precaución eficiente. Y análogamente, algunos de la clase dos de las partes contractuales podría no pactar en contra de la regla uno si es la regla (Beta2 < Alfa2)¹¹⁶.

El equilibrio perfecto de "reunión" Hadley implica que BetaH = AlfaH, mientras que el equilibrio perfecto de "separación" "anti-Hadley" implica que BetaL = 0. Estos resultados extremos giran entorno a la homogeneidad de, por ejemplo, fH y cH. De modo más genérico, si los molineros de daños elevados tienen costos heterogéneos de contratar o de dejar de contratar, entonces diferentes reglas supletorias

¹¹² Este análisis es concordante con la bibliografía económica sobre seguros. Ver, por ejemplo, ROTHCHILD y STIGLITZ. "Equilibrium in competitive insurance markets: an essay on the economics of imperfect information". Q.J. ECON. No. 90. 1976. pp. 629, 634-637 (discutiendo el equilibrio de "reunión" y de "separación"). Los asegurados por riesgos leves tendrán incentivos para dejar (o separarse de) los grupos en los cuales subsidian de forma cruzada a las primas de los asegurados de riesgos elevados. Ver PRIEST. "The current insurance crisis and modern tort law". YALE L.J. No. 96. 1987. p. 1521 (argumentando que esta clase de separación ha ocurrido en grupos de seguros de terceros y que es responsable en gran parte por la reciente "crisis de seguros").

¹¹³ En este modelo todos los molineros continúan enviando ejes sin tener en cuenta la regla supletoria. Sin embargo, si el subsidio cruzado de la regla supletoria "anti-Hadley" redujo el consumo de los molineros de daños leves (que deben pagar P* - PL más) o incrementó el consumo de los molineros de daños elevados (que deben pagar PH - P* menos), entonces el equilibrio de "reunión" ocasionará adicionalmente las pérdidas de peso muerto asociadas con los montos ineficientes de contratación. Ver NOTE. "Contract damages and cross-subsidization". S. CAL. L. REV. No. 61. 1988. p. 1125.

¹¹⁴ Alpha1 + Alpha2 = 1.

¹¹⁵ Ver nota 100 *supra*.

¹¹⁶ Dado que asumimos que las partes nunca negociarían por un contrato menos eficiente, Alpha1 y Alpha2 serán siempre mayores que o iguales a Beta1 y Beta2, respectivamente.

pueden producir formas intermedias de reunión y separación.

En este modelo más general, cada regla puede producir tanto costos de contratar como de dejar de contratar. Por ejemplo, los costos de la regla supletoria uno serían: $c_2\beta_2 + f_2(\alpha_2 - \beta_2)$, lo que iguala los costos de transacción de aquellos contratantes del tipo dos que pactan en contra de la regla uno ($c_2\beta_2$) y la confianza ineficiente o los costos de precaución para aquellas partes del tipo dos que dejaron de pactar en contra de la regla uno ($f_2(\alpha_2 - \beta_2)$). La regla uno será óptima sólo si:

$$(12) \quad c_1\beta_1 + f_1(\alpha_1 - \beta_1) > c_2\beta_2 + f_2(\alpha_2 - \beta_2).$$

Esta expresión establece la condición óptima para escoger entre dos reglas supletorias generales. En equilibrio cada regla supletoria puede determinar que una porción de la población incurra en el gasto de pactar en contra de la regla supletoria ($c_i\beta_i$), y cada regla puede crear costos ($f_i(\alpha_i - \beta_i)$) para aquellas partes que ineficientemente dejen de pactar en contra de él. La regla eficiente minimiza la suma de estos dos costos, que, como se señaló antes, son en sí los costos de separación y reunión, respectivamente:

$$\min \quad [c_i\beta_i + f_i(\alpha_i - \beta_i)]$$

$$i = 1, 2$$

En contraste al análisis mayoritario, la condición (12) no implica que los legisladores que piensan en términos de eficiencia deberían elegir la regla supletoria que la mayoría de partes querrían. En otras palabras, la condición (12) no implica que: $\alpha_1 > \alpha_2$.

En efecto, aprovechando el hecho que $\alpha_2 = 1 - \alpha_1$ ¹¹⁷, uno puede reformular la condición (12) en términos de α_1 . La regla uno será eficiente si y sólo si:

$$(13) \quad \alpha_1 > f_2 + \beta_2(c_2 - f_2) - \beta_1(c_1 - f_1)/f_1 + f_2.$$

El lado derecho de esta molesta desigualdad implícitamente define un valor crítico de α_1^* para escoger entre la regla uno y dos. Cuando α_1 es

menor a α_1^* , la regla dos es eficiente; cuando α_1 es mayor que α_1^* , la regla uno es eficiente.

El crudo criterio mayoritario ($\alpha_1^* = 1/2$) sólo surge de suposiciones altamente limitadas sobre β_1 , β_2 , c_1 , c_2 , f_1 , y f_2 . Por ejemplo, el análisis de la regla mayoritaria en las investigaciones contractuales existentes parece derivar de dos grupos diferentes de presunciones sobre estas cruciales variables¹¹⁸. Un grupo mayoritario parece asumir que los costos de transacción son suficientemente bajos como para que nadie deje de pactar en contra de las reglas supletorias ineficientes ($\alpha_1 = \beta_1$ y $\alpha_2 = \beta_2$) y que los costos de pactar en contra de cada regla supletoria son los mismos ($c_1 = c_2$)¹¹⁹. Bajo estas suposiciones, el segundo grupo de términos en la condición (12) quedan fuera del ámbito del análisis ($f_i(\alpha_i - \beta_i) = 0$), de tal forma que los costos de dejar de pactar en contra son irrelevantes. La desigualdad (13) puede entonces ser simplificada a: $\alpha_1 > c_2/(c_1 + c_2) = 1/2$ que implica el resultado mayoritario que la regla uno debería ser elegida sólo si la mayoría de partes contratantes la prefieren.

Un segundo grupo de mayoritarios parece asumir que los costos de transacción de pactar en contra de una regla son tan elevados que ninguna parte pactará en contra de las reglas supletorias ineficientes ($\beta_1 = \beta_2 = 0$) y que las ineficiencias de dejar de pactar la norma correcta son los mismos ($f_1 = f_2$). Bajo estas suposiciones, los primeros términos de la condición (12) quedan fuera del análisis ($c_i\beta_i = 0$), de tal forma que la desigualdad (13) puede ser simplificada a: $\alpha_1 > f_2/(f_1 + f_2) = 1/2$, lo que nuevamente implica que la regla uno será eficiente sólo si una mayoría la prefiere. Los mayoritarios están forzados a hacer presunciones altamente restrictivas (y algunas veces contradictorias) para producir su regla deseada. Fundamentalmente, el análisis mayoritario falla al enfocarse sólo en una de las variables relevantes, α_1 .

Como una alternativa, algunos comentaristas han sugerido que las cortes cubren los vacíos con las provisiones que la mayoría de partes de hecho negocian al suscribir contratos¹²⁰. Algunos académicos han

¹¹⁷ Ver nota 114 *supra*.

¹¹⁸ Ver CRASWELL. Nota 22 *supra*. pp. 632-639 (discutiendo dos aproximaciones).

¹¹⁹ *Ibid.* p. 633.

¹²⁰ Ver EPSTEIN. "In defense of the contract at will". En: CHI. L. REV. No. 51. 1984. pp. 947, 951 (una regla supletoria "es escogida normalmente porque refleja la práctica dominante en una cierta clase de casos y debido a que se considera que dicha práctica en general hace sentido en las transacciones estándares que regula"). Epstein argumenta que la regla supletoria para daños indirectos debería estar limitada porque esto "es lo que los contratos expresos típicamente han dispuesto". EPSTEIN. Nota 64 *supra*. p. 118. Frank Easterbrook sugirió verbalmente en la conferencia de Columbia un estándar similar para escoger las reglas corporativas supletorias. Ver Nota 13 *supra*.

El NLRB ha considerado contratos colectivos de trabajo reales para decidir si debería haber una regla supletoria que limite el derecho de la gerencia a trasladar trabajo. Ver *Milwaukee II*, 268 N.L.R.B. Dec. (CCH) 601, 603 (1984) (citando a *Ozark Trailers, Inc.*, 161 N.L.R.B. Dec. (CCH) 561, 570 (1966) (citando a CHANDLER. M. "Management rights and union interests". p. 217 (1964))). La Corte Suprema a veces ha considerado prácticas contractuales reales para determinar si una cuestión jurídica particular debería ser un elemento imperativo de la negociación. Ver, por ejemplo, *First Nat'l Maintenance Corp. v. NLRB*, 452 U.S. 666, 684 (1981); ver también ALCHIAN. "Decision sharing and expropriable specific quasi-rents: a theory of first national maintenance corporation v. NLRB". En: SUP. CT. ECON. REV. No. 1. 1982. p. 235 (sugiriendo cómo se debería establecer una regla supletoria de "decisión compartida"); WACHTER y COHEN. "The law and economics of collective bargaining: an introduction and application to the problems of subcontracting, partial closure, and relocation". En: U. PA. L. REV. No. 136. 1988. pp. 1349, 1364-1377 (sugiriendo cómo se deberían establecer las "titularidades supletorias" en el mercado laboral). Sin embargo, en la nota 21 *supra*, la Corte evitó cualquier análisis empírico de la reacción privada a un contrato particular.

etiquetado este estilo de completar vacíos como “imitando al mercado”¹²¹. La aproximación “imitación del mercado” al tema de las reglas supletorias ignora el hecho de que el tipo de partes que pactan en contra de una regla dada depende de la regla en sí. Las partes que les disgusta una regla supletoria dada pactarán en contra de ella; si cambiamos la regla supletoria para que imite a los contratos que estas partes preparan, otros tipos de partes pueden pactar en contra de la nueva regla supletoria a la regla original. Este proceso podría continuar para siempre¹²². Establecer contratos que imitan al mercado no asegurará entonces la eficiencia. Una versión un tanto más sofisticada de imitación del mercado establecería la regla en aquello por lo que la mayoría de personas pactan en contra de una regla supletoria. Esta aproximación se enfocaría únicamente en las Beta. Por ejemplo, si un porcentaje más elevado de partes quisieran pactar en contra de la primera regla supletoria antes que de la segunda (Beta2 > Beta1), entonces la regla dos sería elegida como regla supletoria. Pero la maximización de las Beta adolece

del mismo defecto que maximizar las Alfa, ninguna de estas dos opciones concuerda con el criterio de eficiencia en la desigualdad (12)¹²³.

La implementación de una teoría completa sobre elección de regla supletoria requiere atención a:

- 1) lo que las partes quieren (Alfas),
- 2) si lo conseguirán (Betas), y
- 3) los costos asociados con conseguirlo (las c) o no conseguirlo (las f).

Hemos mostrado que a veces la regla eficiente será una que la mayoría de las partes contratantes desapruera. Mientras el número de diferentes tipos de contratos preferidos (y en consecuencia el número de posibles reglas supletorias) aumenta, cualquier regla supletoria de tipo general probablemente será desaprobada por la mayoría de contratantes¹²⁴. Las reglas supletorias generales actúan como penalidades supletorias para la clase de partes contratantes que las desaprueran. En la medida que la diversidad de tipos

¹²¹ Ver SCHWAB. “Collective bargaining and the Coase theorem”. 1987. En: CORNELL L. REV. No. 72. 1987. pp. 245, 286-287.

¹²² Esto no quiere decir que la regla de “imitación del mercado” nunca sería conveniente. Si, por ejemplo, cubrir un tipo particular de vacío contractual es un asunto de primera impresión, podría ser razonable que una corte revise contratos existentes como una guía para la identificación de lo que las partes habrían querido. Si las partes ignoraban la regla supletoria cuando contrataron, el problema cíclico no surgiría. Si ninguna regla supletoria claramente identificada existe, las partes contratarán explícitamente lo que quieren a fin de evitar la penalidad de una incertidumbre *ex post*. En este caso los contratos existentes proporcionan evidencia de lo que las partes habrían hecho, de tal forma que la imitación del mercado estaría justificada. Por ejemplo, Epstein utiliza esta aproximación para argumentar que uno puede identificar la forma eficiente de legislar el seguro de accidentes de trabajo observando las disposiciones contractuales vinculadas con seguros que existían antes de la legislación. EPSTEIN. Nota 64 *supra*. pp. 118-119.

También puede tener sentido imitar al mercado cuando las partes han dejado de registrar un contrato. Por ejemplo, al legar sus bienes, muchas partes podrían no tomarse la molestia de escribir un testamento pero, quienes lo hagan, seguramente reformularán bien consolidadas reglas supletorias de sucesión intestada. Así, revisar los testamentos actuales puede brindar una guía de lo que la población general quiere. Pero incluso este argumento falla si la muestra contractual no representa a la clase intestada. Si la razón por la cual ciertas partes dejan de contratar está relacionada con la regla sustantiva que esas partes desean, entonces la inferencia entre los contratos actuales y los hipotéticos se ve atenuada. Por ejemplo, si sólo las personas de clase alta pueden permitirse escribir testamentos, entonces una preferencia de la clase alta a los hijos por sobre los padres puede no ser relevante al momento de determinar las preferencias intestadas de la clase baja.

¹²³ No obstante, otro criterio parcial e ineficiente para la elección de reglas supletorias intentará minimizar el número de personas que no lograron contratar a su nivel de regla eficiente. En la terminología del modelo, esto sería equivalente a minimizar $\text{Alpha}_i - \text{Beta}_i$.

¹²⁴ Los resultados de este modelo dicotómico pueden extenderse a una situación en la cual las cortes están eligiendo entre más de dos alternativas de reglas supletorias. En muchas situaciones habrá más de dos opciones de reglas supletorias entre las cuales el legislador podrá elegir. Considere una clase de contratos en la cual una regulación “a medida” para las circunstancias particulares es prohibitivamente costoso, de tal forma que el legislador debe escoger entre $N (N > 2)$ reglas supletorias posibles. Asuma que hay diferentes clases de partes contractuales para las cuales diferentes reglas resultarían eficientes. Por ejemplo, la heterogeneidad entre las preferencias de riesgo del comprador podrían llevar a una gama de reglas óptimas de riesgo compartido para diferentes contratos. Nosotros asumimos que cuando las partes pactan en contra de una regla supletoria, ellas fijan la regla que es eficiente para su clase. Pero véase SCHWAB. Nota 1 *supra*. p. 251 (estudiantes pactaron algunas veces en contra de la regla supletoria con un resultado menos eficiente). Una parte contratante será denominada parte contractual tipo j si la regla j le sería eficiente. Asumamos que:

Alpha_i = el porcentaje de partes contratantes que quieren la regla supletoria i (donde $\text{Sigma}_i \text{Alpha}_i = 1$);

Beta_{ij} = el porcentaje de partes contratantes del tipo j que pactarán en contra de la regla supletoria i (donde $\text{Beta}_{ii} = 0$);

c_{ij} = el costo de las partes tipo j de pactar en contra de la regla supletoria i ; y,

f_{ij} = el costo de las partes tipo j de dejar de pactar en contra de la regla supletoria i (donde $f_{ii} = 0$).

Ampliando el modelo anterior podemos decir que el costo de cualquier regla supletoria i sería:

$$\Sigma [c_{ij}\beta_{ij} + f_{ij}(\alpha_j - \beta_{ij})]$$

$$j = 1, N$$

que representa los costos totales de pactar o dejar de pactar en contra de la regla supletoria i para todos los tipos contractuales. Un legislador que elige la regla supletoria menos costosa querrá por consiguiente minimizar:

$$\min_{i = 1, N} \left\{ \Sigma_{j = 1, N} [c_{ij}\beta_{ij} + f_{ij}(\alpha_j - \beta_{ij})] \right\}$$

Como en el modelo dicotómico, una penalidad supletoria puede ser la menos costosa. Incluso una regla supletoria x que nadie quiere ($\text{Alpha}_x = 0$) puede ser óptima si la mayoría de personas pactan en contra de la regla supletoria ($\text{Beta}_{ix} \text{Alpha}_x$, para todas las j), y los costos de pactar en contra de ella son bajos ($C_{xj} = 0$, para todas las j).

Por ejemplo, considere nuestra discusión previa sobre la regla supletoria de cantidad cero, notas 42-46 *supra*. La elección de regla supletoria no es dicotómica. Numerosas cantidades pueden ser elegidas como la regla. Si bien las partes no contratarían para intercambiar una cantidad cero ($x_0 = 0$), la mayoría de personas pacta en contra de esta regla, y los costos de pactar en contra de la misma son bajos.

contractuales aumenta, cualquier regla supletoria de tipo general empieza a parecerse a los tipos de penalidades supletorias que describimos en la Sección I¹²⁵. Mientras el número de posibles reglas supletorias aumenta, las cortes deben elegir entre una penalidad supletoria que es eficiente dentro de la clase de reglas supletorias generales o una regla supletoria “a medida”, que requiere que la corte identifique lo que las partes individuales habrían querido. Hemos analizado cómo las cortes debieran encontrar la regla óptima entre las clases de reglas supletorias generales; ahora examinaremos si una regla supletoria “a medida” es superior a una regla supletoria del tipo general.

Utilizando una regla supletoria “a medida”, la corte intenta determinar la regla supletoria que las partes hubieran contratado. Uno de los costos más importantes de las reglas supletorias “a medida” es el costo de esta determinación *ex post*¹²⁶. En vez de procurar incentivar la auto separación de los diferentes tipos de partes en diferentes grupos contractuales *ex ante*, la corte intenta la separación *ex post*. En vez de costos de contratar, los costos de la adecuación *ex post* son los costos de distinguir entre diferentes tipos de partes contratantes, donde cada tipo habría contratado por una norma diferente.

Estos costos de determinar lo que las partes particulares habrían contratado pueden ser significativos. Por ejemplo, en *Jordan v. Duff & Phelps, Inc.*¹²⁷, dos líderes en la aplicación del análisis económico del derecho, los jueces Easterbrook y Posner, estuvieron en desacuerdo respecto de lo que las partes particulares habrían querido. En *Jordan*, el Séptimo Circuito Judicial fue convocado para cubrir un vacío en un contrato de trabajado con un accionista minoritario. La corte necesitaba determinar si la corporación demandada tenía el deber de revelar información acerca de una fusión a un empleado que estaba apunto de dejar el trabajo y que por lo tanto, de acuerdo al contrato, estaba obligado a vender sus acciones. Como era de esperar, ambos jueces acordaron que los vacíos contractuales se deberían cubrir con los términos que las partes habrían querido¹²⁸.

Sin embargo, los jueces tuvieron una fuerte discrepancia acerca de cuáles habrían sido estos términos. El juez Easterbrook, sosteniendo la opinión

mayoritaria, encontró “injustificado señalar que el acuerdo implícito entre *Jordan* y *Duff & Phelps* debería ser tratado como si tuviera una cláusula de no-obligación; no estamos seguros que esta sea la cláusula que las empresas y sus empleados normalmente preferirían”¹²⁹.

El juez Posner, en discordia, argumentó que las partes habrían eliminado cualquier deber de revelación porque al eliminar tal deber habrían “alineado mejor sus intereses particulares que lo que la protección legal de la corte pudiera concebir hoy”¹³⁰. Este desacuerdo entre juristas sofisticados sugiere que ajustar costos incluye no sólo los gastos del litigio sino los costos potenciales del error judicial. En efecto, si los costos esperados de un ajuste *ex post* son suficientemente grandes; incluso una regla “a medida” puede dar a las partes un incentivo para contratar explícitamente *ex ante*. El ajuste *ex post* puede ser más costoso para las partes que contratar *ex ante*. Incluso si el ajuste judicial se produce sin error, las partes pueden preferir contratar las mismas cláusulas que las cortes proporcionarían a un costo mayor *ex post*¹³¹.

Pero estos costos de distinguir entre diferentes tipos de partes no son los únicos costos derivados de las reglas “a medida”. Dado que las cortes hacen su adecuación luego de ocurrido un hecho, las reglas “a medida” pueden incluso agravar la ineficiencia de los vacíos estratégicos. Con una regla “a la medida”, la parte relativamente informada –segura que la corte proveerá las cláusulas que las partes completamente informadas habrían querido– podría no tener incentivos para revelar su información privada a la contraria. Por ejemplo, en nuestro modelo *Hadley* la regla de daños elevados era una regla supletoria “a medida” que dio a cada tipo contractual lo que habría contratado si hubiesen estado completamente informadas de los daños de DH o DL, dependiendo del tipo de molinero. Y, sin embargo, hemos mostrado condiciones bajo las cuales esta regla de daños elevados permite el surgimiento de costos ineficientes de precaución o confianza¹³². Al no contratar explícitamente los daños *ex ante*, el transportista no puede saber si el molinero es uno de daños elevados o leves y por lo tanto no puede escoger el nivel adecuado de precaución. Incluso si determinar *ex post* lo que exactamente dos partes

¹²⁵ Cualquier regla supletoria del tipo general sobre cantidad sería, excepto para el porcentaje más pequeño de las transacciones, una penalidad supletoria. Por ejemplo, sólo el porcentaje más pequeño de las partes contractuales querría en realidad una regla de cantidad sobre algún número elegido al azar como, digamos, 39 ó 2003.

¹²⁶ Richard Epstein critica el análisis del Juez Posner en el caso *EVRA Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F.2d 951, 954 (7th Cir. 1982), debido a que la culpa concurrente del perjudicado por un hecho ilícito requiere un costoso ajuste *ex post* por las cortes. EPSTEIN. Nota 64 *supra*. p. 134.

¹²⁷ 815 F.2d 429 (7th Cir. 1987).

¹²⁸ *Ibid.* p. 436; *Ibid.* pp. 446-447 (Posner, J., en discordia).

¹²⁹ *Ibid.* p. 436.

¹³⁰ *Ibid.* p. 448 (Posner, J., en discordia).

¹³¹ Este punto invierte la observación de Posner que a veces podría ser “más barato para la corte “redactar” el término contractual necesario para abordar la contingencia si y cuando esta ocurre”. POSNER. R. Nota 2 *supra*. p. 82.

¹³² Ver notas 95-103 *supra*.

específicas habrían acordado *ex ante* no tuviera costo para la corte, las reglas “a medida” pueden no ser óptimas.

En suma, hallar la regla eficiente puede implicar una investigación complicada. Las partes informadas pueden dejar vacíos en los contratos por razones estratégicas —ellas podrían preferir permanecer en un grupo indiferenciado que pagar su cuota completa en un equilibrio eficiente pero sin subsidios. Los legisladores que piensan en términos de eficiencia deben por lo tanto estar atentos a las fuentes de los vacíos contractuales y los costos resultantes de reunión y separación asociados con su elección de regla supletoria.

III. UNA TEORÍA SOBRE LOS VACÍOS CONTRACTUALES

Las secciones precedentes han intentado desarrollar una teoría para elegir reglas supletorias. Pero antes de implementar cualquier regla supletoria estándar, las cortes necesitan establecer, como una cuestión previa lógica, reglas para decidir cuándo un contrato es incompleto¹³³. Ciertamente, los litigantes en muchos casos no sólo discutirán acerca de cómo se debe cubrir el vacío sino también si en efecto hay uno¹³⁴.

Por ejemplo, retornando nuevamente a *Jordan v. Duff & Phelps*¹³⁵, los jueces Easterbrook y Posner discutieron no sólo sobre cómo cubrir el vacío en el contrato sino también, y más fundamentalmente, si había un vacío a cubrir¹³⁶. La opinión mayoritaria de Easterbrook concluye que si bien el deber fiduciario de revelar información relevante podría ser pactado en contra, el acuerdo de las partes no negó de forma suficiente este deber: “La posibilidad de que una empresa pueda negociar en contra del deber fiduciario no asiste a Duff & Phelps; ella no obtuvo tal acuerdo, expresa o

implícitamente”¹³⁷. La decisión de Easterbrook luego procede a cubrir este vacío respecto al deber de informar mediante la regla supletoria de deber fiduciario. Posner, en discordia, encuentra que el “acuerdo de accionistas, que definió los derechos del empleado como accionista con mayor especificidad”¹³⁸ pactó suficientemente en contra de cualquier deber fiduciario: “El acuerdo que resultó (llamémoslo “accionista a voluntad”) es incompatible con una inferencia que Duff y Phelps asumieron para mantenerlo al corriente de acontecimientos que afecten el valor de la empresa”¹³⁹. En *Jordan*, entonces, dos prominentes economistas del derecho discutieron no sólo acerca de cómo se debería cubrir el vacío sino también acerca de lo que constituye un vacío.

Esta pregunta de cuándo un contrato es incompleto es idéntica a la pregunta de qué es suficiente para lograr pactar en contra de una regla supletoria. Un fallo de la corte que señala que los intentos de las partes por pactar en contra de una determinada regla supletoria son insuficientes es idéntico a uno que señala que todavía hay un vacío en el contrato. Al responder una pregunta, las cortes necesariamente responden la otra. Las cortes necesitan desarrollar una teoría sobre los vacíos antes de que puedan dirigirse a cómo cubrirlos mejor.

Si la academia se ha mostrado reacia a desarrollar una teoría de elección de regla supletoria, entonces, y en mayor grado, no ha abordado cuáles debieran ser las condiciones necesarias y suficientes para pactar en contra de las reglas supletorias. Al determinar estas condiciones, las cortes están estableciendo los costos de pactar en contra de una regla supletoria específica¹⁴⁰. El conocimiento existente que señala que los costos de transacción son responsables por los contratos incompletos implícitamente sugiere que los legisladores deberían minimizar los costos de pactar

¹³³ A un nivel incluso más básico, las cortes no serán capaces de determinar si un contrato tiene vacíos sin una teoría previa de formación del contrato. En general, las cortes necesitarán determinar:

- 1) si las partes han formado un contrato,
- 2) si el contrato tiene vacíos, y
- 3) cómo deberían ser cubiertos los vacíos.

En las Secciones I y II implícitamente asumimos que habían suficientes indicios objetivos del acuerdo de voluntades de las partes para inferir la formación del contrato. Ver BARNETT, “A consent theory of contract”. En: COLUM. L. REV. No. 86. 1986. p. 269 (discutiendo las teorías de formación contractual). El enfoque de esta Sección sobre las formalidades legales debería informar las teorías de las cortes sobre la formación contractual y los vacíos contractuales.

¹³⁴ Esta idea también es formulada en FREED, M. y D. POLSBY. “Hard cases make bad law: employment at will at the edge”. 1988 (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores). Por ejemplo, Freed y Polsby critican el análisis de Richard Epstein, ver EPSTEIN. Nota 120 *supra*. p. 980, que la corte proporción la regla “llenadora de vacíos” correcta en el caso *Coleman v. Graybar Elec. Co.*, 195 F.2d 374 (5th Cir. 1952), un caso de contrato de trabajo por tiempo indeterminado/resolución ilegal: “El contrato en *Graybar* era cualquier cosa menos silencioso en ese punto... Tal acuerdo difícilmente habría podido “pactar en contra” con más claridad, salvo que hubiese reservado específicamente el derecho al empleador de actuar de mala fe”. FREED, M. y POLSBY, D. *supra*, p. 2.

¹³⁵ 815 F.2d 429 (7th Cir. 1987); ver notas 127-131 *supra*.

¹³⁶ El Juez Posner argumentó por la alternativa. Si bien concluyó que el contrato no tenía un vacío, *ibid.* p. 449 (Posner, J., en discordia) (“las partes no se quedaron en silencio”), alternativamente encontró que aun si hubiera un vacío éste debería ser cubierto de forma distinta a lo que recomendaba Easterbrook. Ver nota 129 *supra*.

¹³⁷ 815 F.2d at 436.

¹³⁸ *Ibid.* p. 447 (Posner, J., en discordia) (citando el voto mayoritario).

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Estos costos fueron representados como ci en el primer modelo de elección de regla supletoria. Ver Sección II *supra*.

en contra de las reglas supletorias de tal forma, que si a algunas de las partes contratantes no les gusta el estándar en el mostrador, podrían crear a bajo costo una estructura corporativa o contractual que les acomode.

Pero las reglas legales muestran una mayor diversidad de lo que esta simple teoría sugiere¹⁴¹. Las partes que deseen pactar en contra, tanto de reglas supletorias legales, como del *common-law*, encontrarán varios grados de dificultad. Por ejemplo, muchas secciones del U.C.C. establecen reglas que rigen "salvo pacto en contrario"¹⁴², pero la § 2-206 estipula que las ofertas contractuales deben ser interpretadas como invitaciones a cualquier forma razonable de aceptación "salvo inequívocamente señalado de otra forma"¹⁴³, y el Comentario Oficial a la norma enfatiza este punto señalando que esta regla supletoria rige "salvo que el oferente haya dejado claramente establecido que no será aceptable"¹⁴⁴.

Asimismo, en el contexto corporativo, la regla del *common-law* de la responsabilidad del promotor requiere de esfuerzos extraordinarios para negar la regla supletoria de responsabilidad solidaria. Por ejemplo, en *Stanley J. How & Ascos. v. Boss*¹⁴⁵, un promotor fue declarado responsable bajo un contrato aun cuando firmó en el acuerdo de pre constitución: "Por: Edwin A. Boss, Agente de una corporación de Minnesota a ser formada, la que será la obligada"¹⁴⁶. La corte sostuvo que "dado que el acuerdo no estaba completamente claro, las palabras "la que será la obligada" no eran suficientes para contrarrestar la regla

por la cual la persona que firma por una corporación inexistente es normalmente responsable de forma personal"¹⁴⁷. Pactar en contra de leyes corporativas presenta diferentes grados de dificultad. Por ejemplo, ciertas reglas supletorias de gobierno corporativo pueden ser cambiadas sólo en las actas de constitución, mientras otras pueden ser superadas de forma menos costosa por enmiendas al estatuto¹⁴⁸.

A veces, incluso reglas aparentemente imperativas pueden ser sorteadas a un costo. Algunos métodos para pactar en contra de reglas legales son mejor descritos como ejemplos de abuso de derecho¹⁴⁹. En otras ocasiones los legisladores parecen permitir que reglas aparentemente imperativas sean anuladas si las partes estructuran la transacción adecuadamente. Por ejemplo, la regla aparentemente imperativa que señala que los *limited partnerships* deben tener al menos un asociado administrador (esto es, un socio que mantenga responsabilidad personal ilimitada) puede ser contractualmente anulada en jurisdicciones que permitan a las personas jurídicas servir como el único asociado administrador¹⁵⁰.

A. El caso *Peevyhouse* y el espectro de la regla supletoria imperativa

Mientras el costo de pactar en contra de una regla supletoria se vuelve extremadamente alto, la regla empieza a verse como una regla imperativa¹⁵¹. La conocida sentencia de la Corte Suprema de Oklahoma en el caso *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.*¹⁵²

¹⁴¹ Comparar con BLACK. Nota 1 *supra* (argumentando que las normas corporativas supletorias son triviales). Los argumentos de Black insinúan que las formalidades corporativas no impiden a las corporaciones de establecer formas "a medida" de gobierno corporativo. Pero los costos de pactar en contra de algunas reglas supletorias "fuertes" (esto es, cumpliendo ciertas formalidades corporativas) probablemente le den a algunas formalidades una naturaleza más fundamental o no trivial. Ver, por ejemplo, notas 148-150 *infra*.

¹⁴² Ver, por ejemplo, U.C.C. § 2-303 (1976).

¹⁴³ U.C.C. § 2-206 (1976).

¹⁴⁴ *Ibid.* en *Official Comment 1*.

¹⁴⁵ 222 F. Supp. 936 (S.D. Iowa 1963).

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 939.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 942. El fallo es consistente con la doctrina del *common-law* de interpretación de ambigüedades contractuales en contra del redactor. Ver nota 82 *supra*.

¹⁴⁸ Las reglas supletorias que sólo pueden ser pactadas en contra en el acta de constitución incluyen: el directorio puede ser dispensado exclusivamente en circunstancias limitadas o sus funciones pueden ser restringidas, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 8.01 (1984)*; la facultad de compensar a los directores puede ser restringida o eliminada, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 8.11 (1984)*; los sindicatos de accionistas pueden ser autorizados, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 7.25 (1987)*; y se le puede otorgar más o menos de un voto por acción a las clases de acciones, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 7.21 (1987)*. Las reglas supletorias que pueden ser contratadas tanto en el acta de constitución como en los estatutos incluyen: se puede fijar o modificar el número de directores dentro de los límites, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 8.03 (1987)*; se pueden establecer los requisitos para ser director, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 8.02 (1987)*; las acciones pueden ser emitidas sin certificado, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 6.26 (1987)*; la facultad de los directores de modificar los estatutos puede ser restringida, *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. §§ 10.20, 10.22 (1987)*. Ver *REVISED MODEL BUSINESS CORP. ACT ANN. § 2.02 official comment*.

¹⁴⁹ En el campo de los impuestos abundan ejemplos en los que ciudadanos astutos intentan abusivamente pactar en contra de las obligaciones impositivas en formas que el Congreso no previó o no quería. Ver, por ejemplo, los casos *Heintz v. Comm'r*, 25 T.C. 132 (1955) (un accionista de una corporación en fusión revocó contractualmente una regla imperativa sobre la realización de las ganancias capital); *Zuckman v. United States*, 524 F.2d 729 (Ct. Cl. 1975) (accionistas de una corporación revocaron contractualmente reglas imperativas para llevar a cabo pérdidas).

¹⁵⁰ En el caso *Delaney v. Fidelity Lease Ltd.*, 526 S.W.2d 543 (Tex. 1975), la Corte Suprema de Texas anuló este intento contractual para burlar la regla de responsabilidad personal del asociado administrador. Sin embargo, la legislación de Texas modificó sus leyes corporativas para permitir a una corporación "ser organizadora, socia, miembro, asociada o administradora de cualquier *partnership*..." *Tex. Bus. Corp. Act Ann. art. 2.02A(18) (Vernon 1989)*.

¹⁵¹ A la inversa, si admitimos la posibilidad de hacer *lobbies* para cambiar la ley actual, incluso las reglas imperativas son en realidad reglas supletorias donde los costos de hacer el lobby para cambiarlas son prohibitivamente altos. Esta idea fue presentada por Joseph Grundfest en la conferencia de Columbia del 9 y 10 de diciembre de 1988, nota 13 *supra*.

¹⁵² 382 P.2d 109 (Okla. 1962), cert. denied, 375 U.S. 906 (1963).

ejemplifica esta idea. Los Peevyhouse alquilaron su terreno contemplando que sería explotado a tajo abierto. El contrato contenía cláusulas específicas en las que se establecía que Garland nivelaría el terreno al final del periodo alquiler. Como luego se advirtió, la nivelación del terreno “involucraría el traslado de miles de yardas cúbicas de tierra, a un costo estimado por expertos técnicos de alrededor de \$29 000”¹⁵³. Garland presentó pruebas de que tal nivelación incrementaría el valor de mercado del terreno en tal sólo \$300¹⁵⁴. A la corte se le solicitó elegir los criterios apropiados para la determinación de los daños y perjuicios: el costo de cumplir el contrato (\$29 000) o el *diminution in value* (\$300).

El voto mayoritario, que limitaba los daños de Peevyhouse a un *diminution in value*, claramente indicaba que se podía pactar en contra de lo resuelto por la corte. Debe advertirse que la regla, como se ha establecido, no interfiere con el derecho del propietario de “hacer lo que quiera con lo suyo”, o su derecho, si decide, contratar por “mejoras” que actualmente tienen el efecto de reducir el valor de la propiedad. Cuando tal resultado es contemplado en realidad por las partes, y es el propósito principal de tal contrato, parecería que el criterio usual para la determinación de daños y perjuicios sería el costo de cumplir el contrato¹⁵⁵.

Este pasaje parece enfatizar que, a pesar de la decisión en este caso en particular, las partes mantienen el derecho a pactar en contra de la regla supletoria estándar del *diminution in value*.

Sin embargo, el voto en discordia, apunta a las disposiciones específicas del contrato que fueron agregadas a las cláusulas que el demandado usualmente incluía en sus contratos de alquileres de explotación de carbón y que parecían establecer el deber de nivelación en el demandado. Ante estas

previsiones contractuales, se deja al lector de Peevyhouse con dos interpretaciones alternativas. O el voto mayoritario está 1) falsamente creando una regla imperativa; o 2) creando una regla supletoria “fuerte” (que las enmiendas de Peevyhouse no superaron suficientemente)¹⁵⁶. La forma más sencilla de distinguir entre estas interpretaciones contrarias es preguntarse qué palabras extras podrían haber sido agregadas al contrato por los Peevyhouse para “revertir” la regla supletoria de la mayoría. Si la mayoría está realmente haciendo lo que dice, deberíamos poder escribir tal contrato. Si no podemos determinar con seguridad lo que tal contrato necesitaría decir, la hipótesis alternativa –que el caso Peevyhouse está realmente creando una regla imperativa– se torna más convincente¹⁵⁷.

Si bien el dictamen de Peevyhouse ha sido criticado por arribar a un resultado equivocado¹⁵⁸, este análisis sugiere que la mayoría también se equivocó al no establecer más claramente que palabras serían suficientes para pactar el costo de los daños de cumplimiento del contrato. Aun cuando la sentencia (acertada o equivocadamente) resolvió el problema de la incertidumbre acerca de lo que los daños supletorios serían, hizo poco para resolver la incertidumbre acerca de cómo uno podría pactar en contra de esta regla. Incluso las partes informadas que hayan leído Peevyhouse y habrían sabido que “no interfiere con el derecho del propietario a “hacer lo que quiera con lo suyo””¹⁵⁹ enfrentarían todavía una incertidumbre considerable sobre cómo ejercer tal derecho.

Esta discusión sugiere que en muchos casos las sentencias deberían hacer más que meramente decidir cual debería ser la regla eficiente; estas deberían establecer “puertos seguros” de lenguaje contractual que sería suficiente para alcanzar otros resultados contractuales¹⁶⁰. Como el caso Peevyhouse ilustra,

¹⁵³ Ibid. p. 111.

¹⁵⁴ Muchos comentaristas han criticado la opinión de la mayoría por ignorar el valor subjetivo (fuera del mercado) para los Peevyhouse del terreno. Ver, por ejemplo, MURIS. “Cost of completion or diminution in market value: the relevance of subjective value”. En: J. LEGAL STU. No. 12. 1983. p. 379 (argumentando que las cortes deben reconocer el valor subjetivo para cumplir con la meta compensatoria del derecho contractual). Sin embargo, el que la corte descansara tanto en el valor de mercado probablemente sea el resultado de la estrategia procesal del demandante. Los Peevyhouse, al tratar de atraer la atención del jurado en los costos de cumplimiento, pueden haber decidido estratégicamente no presentar ninguna evidencia de valor subjetivo. Y el fallo de la corte parece indicar que la evidencia de daño subjetivo debería ser incluida para la reducción de daños: “Luego de una búsqueda cuidadosa en las actas, no hemos encontrado evidencia alguna de una cifra mayor [que los \$300 de la disminución de mercado], y los demandantes no argumentan en sus escritos que se ha sufrido un *diminution in value* mayor”. *Peevyhouse*, 382 P.2d at 114. Uno pronosticaría que en un litigio posterior los demandantes empezarían a presentar evidencia de valor subjetivo que sería incluida en la reducción de daños.

¹⁵⁵ *Peevyhouse*, 382 P.2d at 114 (citas omitidas).

¹⁵⁶ El uso por parte de la mayoría de la palabra “usualmente” en la última oración citada parece agregar un cierto apoyo a la interpretación de la imperatividad. Después de todo, ¿está la corte sugiriendo que aun si las partes intentan contratar explícitamente el costo de cumplimiento, aún pueden haber situaciones “extraordinarias” en las cuales se aplicará el estándar de *diminution in value*?

¹⁵⁷ Siguiendo el lenguaje de la mayoría, sugerimos que las partes potenciales que intentan superar el estándar de *diminution in value* incluyan la siguiente cláusula:

Las partes específicamente pretenden y contemplan que el arrendatario deberá nivelar el terreno, incluso si los costos de cumplimiento son extremadamente desproporcionados a la afectación en el valor de incumplir con nivelar el terreno. Este es un objeto principal del arrendamiento. Al incluir esta disposición, estamos explícitamente pactando en contra del fallo del caso *Peevyhouse v. Garland Coal*.

Si esta disposición no fuera suficiente, la regla Peevyhouse en realidad sería imperativa.

¹⁵⁸ Ver, por ejemplo, BIRMINGHAM. “Damage measures and economic rationality: the geometry of contract law”. En: DUKE L.J. 1969. p. 49.

¹⁵⁹ *Peevyhouse*, 382 P.2d at 114.

¹⁶⁰ Las cortes se pueden enfrentar al límite constitucional de resolver sólo “casos o controversias” en discusión. U.S. CONST. art. III, § 2, cl. 1. Pero otros fallos han establecido posibles puertos seguros. Ver, por ejemplo, el caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) (estableciendo el requisito de la “lectura de derechos” para las personas detenidas por la policía).

otorgando a partes potenciales ejemplos de lenguaje explícito, las cortes pueden reducir dramáticamente la incertidumbre y costos de pactar en contra de reglas supletorias “a medida”¹⁶¹.

B. Determinación del nivel eficiente de formalidades legales

Pueden haber buenas razones económicas para reglas supletorias “fuertes” en las que las cortes intencionalmente aumenten los costos procesales para las partes de pactar en contra de la regla supletoria. Estas razones son análogas a las dadas en uno de los primeros e intuitivos análisis económicos al derecho contractual: el artículo clásico de Lon Fuller, “Consideration and Form”¹⁶². Fuller sugirió que las formalidades legales atienden a funciones de prueba, prevención y canalización. Las condiciones necesarias y suficientes para pactar en contra de una regla supletoria son ejemplos de formalidades que requieren las cortes. Nuestra discusión, por consiguiente, sigue las categorías de Fuller.

En el análisis de Fuller, la función de prueba de las formalidades legales es proporcionar información a las cortes que permita bajar los costos de decisiones posteriores. Este análisis es bastante acorde a nuestra conclusión anterior que las penalidades supletorias podrían justificarse en motivos de eficiencia como formas de alentar la revelación de información¹⁶³. En la elección de las condiciones necesarias (las formalidades) para pactar en contra de una regla supletoria, las cortes deberían considerar aspectos similares relativos a la información. Vamos más allá de Fuller y argumentamos que la función de prueba de las formalidades legales puede servir para informar no sólo a las cortes si no a las partes dentro del contrato¹⁶⁴. Por ejemplo, si una penalidad supletoria es elegida para fomentar que una parte revele información a la otra, la corte puede querer regular el proceso de pactar en contra de la regla de tal forma que se transmita información útil.

La construcción de formalidades para facilitar el flujo interno de información está también relacionada a la

función de prevención de las formalidades legales. Fuller argumenta que algunas formalidades, tal como ciertos requerimientos escritos, responden a una función de prevención al forzar a las partes a asumir una mínima cantidad de reflexión antes de verse obligadas por un contrato. Pero, como ya se discutió, cuando las partes de un contrato tienen diferente cantidad de información, los legisladores pueden querer establecer formalidades que estén más dirigidas hacia la protección de la parte relativamente desinformada. Por ejemplo, una decisión contraria a Peevyhouse, en la cual las cortes no sólo eligen como regla supletoria que la indemnización sea fijada en función a los costos de cumplimiento sino también requieren lenguaje extremadamente explícito para optar por la obtención de una compensación a los daños derivados del *diminution in value*, podría estar justificada para proteger a los propietarios relativamente desinformados acerca de sus derechos legales¹⁶⁵. Proteger es dar información. El prestar atención a cómo las formalidades legales afectarán el flujo de información debería brindar formación a la teoría de vacíos de los legisladores así como a su teoría de elección de regla supletoria.

Finalmente, Fuller sugirió que las formalidades legales podrían atender a una función de canalización la cual, por ejemplo, permitiría a las partes canalizar sus acuerdos contractuales hacia la ejecución jurídica o extra-jurídica. La teoría de Fuller de canalización es muy parecida a nuestra discusión anterior sobre el equilibrio de “reunión” y, especialmente, de “separación”¹⁶⁶. Como discutimos en nuestro modelo Hadley, diferentes reglas supletorias pueden llevar a diferentes grados de separación¹⁶⁷. Como con la canalización, el efecto de separación de las normas supletorias puede permitir a las partes ordenarse en diferentes grupos.

Pueden haber situaciones en las cuales las cortes deberían incrementar los costos de pactar en contra de las reglas supletorias para forzar a la mayoría de partes a incorporarse en un canal particular. Por ejemplo, si un cierto tipo de contrato genera una externalidad leve, podemos querer desalentar al mayor número de personas a entrar a este tipo de contrato.

¹⁶¹ El propósito de tales puertos seguros contractuales no debería ser impedir a las partes acordar otros estándares. Las alternativas de los puertos seguros podrían proporcionar beneficios adicionales dado que las interpretaciones del *common-law* especificarían de forma más completa sus significados.

¹⁶² FULLER. “Consideration and form”. En: COLUM. L. REV. No. 41. 1941. p. 799. En verdad, el hecho que el artículo sea reivindicado por economistas (es, por ejemplo, reimpresso en KROMAN, A. y R. POSNER. “The economics of contract law”. 1979. p. 40) es apenas un tributo a la solidez de sus ideas como a su *nexo* con la economía.

¹⁶³ Ver notas 47-60 *supra*.

¹⁶⁴ Ver notas 53-60 *supra*.

¹⁶⁵ Del mismo modo, si la retención estratégica de información explica por qué los empleadores no revelan a los empleados la verdadera probabilidad de una rescisión futura, los empleados podrían hacer inversiones ineficientes en bienes como vivienda o capital humano. En tales situaciones podría ser eficiente para las cortes no sólo hacer una regla supletoria en contra de los despidos arbitrarios sino requerir a los empleadores que declaren específicamente que desean ser capaces de despedir incluso por razones arbitrarias. Comparar con EPSTEIN. Nota 120 *supra* (argumentando en contra de tal regla); FREED, M. y D. POLSBY. Nota 134 *supra*.

¹⁶⁶ Ver notas 111-114 *supra*.

¹⁶⁷ Ver notas 114-116 *supra*.

Pero si hay una pequeña clase de partes contractuales que serán dañadas más de lo que la sociedad gana si es que dejan de contratar, entonces las cortes querrán considerar el método de “canalizar” o “separar” las transacciones socialmente beneficiosas de las perjudiciales.

Una forma de hacer esto sería por autorización directa, pero hay algunas formas de alentar a las partes a ordenarse en la categoría correcta mediante reglas legales. Por ejemplo, al aumentar artificialmente los costos de pactar en contra de una regla supletoria de no-contrato, las cortes pueden desalentar a los contratos de beneficios bajos pero no a los de beneficios elevados. Si bien tales formalidades legales pueden generar los tipos eficientes de contratación, podrían seguir siendo ineficientes debido a que los costos de transacción adicionales que las formalidades generan son costos sociales que podrían ser evitados simplemente con la imposición de un impuesto de igual magnitud. El impuesto sería una transferencia al gobierno en vez de una pérdida muerta. Si las cortes están impedidas de imponer impuestos¹⁶⁸, las formalidades intencionalmente costosas que aumenten el costo de pactar en contra de las reglas supletorias “fuertes” pueden ser las alternativas regulatorias más eficientes dentro de su grupo de elección. La función de canalización de las formalidades legales puede también recibir una justificación de índole informativa dado que el mismo proceso de auto ordenamiento revela información acerca de las preferencias de la parte¹⁶⁹.

Tal formalidad intencionalmente costosa no sería usada conjuntamente con una penalidad supletoria. Dado que todo el sentido de las penalidades supletorias es alentar a que las partes pacten en contra de ellas, las formalidades que aumentan los costos de hacerlo serían contraproducentes. En esencia, las reglas de penalidad alientan, y las reglas “fuertes” desalientan, los cambios contractuales.

C. Respuestas legales a los pactos en contra de reglas imperativas

Una diferencia importante entre reglas supletorias e imperativas es que si las partes pretenden pactar en contra de una regla supletoria y fracasan, simplemente

se verán atadas por la regla supletoria mientras que, si las partes pretenden contratar en contra de una norma imperativa y fracasan, la ley puede elegir sancionar el intento imponiendo una penalidad distinta al (y, desde la perspectiva *ex ante* de las partes, peores que el) estándar imperativo. Desde una perspectiva *ex ante*, la posibilidad de recibir esta penalidad *ex post* es sólo otro costo esperado de pactar en contra de la regla supletoria.

La respuesta legal que se impone a las partes que tratan de pactar en contra de reglas imperativas también puede recibir una interpretación de naturaleza supletoria. En estos casos, las cortes remueven las cláusulas que transgreden la regla imperativa y luego eligen una regla supletoria para cubrir el vacío. Por ejemplo, en el caso *Frostifresh Corp. v. Reynoso*¹⁷⁰, el tribunal de primera instancia estableció una regla imperativa que señalaba que los minoristas no podían vender a márgenes irracionales. En consecuencia, la corte removió la provisión contractual del precio (que era más de tres veces el costo del minorista), pero luego tuvo que decidir cómo cubrir el vacío. La corte de primera instancia sentenció que el contrato reconstruido debería tener un precio que sólo cubra el costo del minorista. La corte de apelaciones revocó y otorgó “un beneficio razonable” en vez del beneficio cero¹⁷¹. La diferencia entre estas decisiones es muy similar a la tensión entre una regla supletoria “a medida” y una de penalidad. La reconstrucción del contrato para darle al vendedor una ganancia razonable es idéntica al estándar del U.C.C. de precio razonable. El estándar de beneficio cero es análogo a una regla de penalidad la que, en el presente caso, impone la penalidad al vendedor por tratar de pactar en contra de una regla imperativa, a diferencia de las penalidades supletorias antes analizadas, las que sancionaban a las partes por no pactar en contra de ellas.

Esta misma tensión surge con los convenios de no competencia. Las cortes han establecido una regla imperativa por la cual las partes no pueden hacer convenios de duración excesiva. En *Fullerton Lumber Co. v. Torbog*¹⁷², por ejemplo, la Corte Suprema de Wisconsin sostuvo que un convenio de diez años era excesivo pero luego pasó apuros en decidir si se debía reformular el contrato para imponer un deber de no

¹⁶⁸ Ver, por ejemplo, AYRES, I. y P. SCHMITT. “Court-ordered funding of school desegregation remedies: federalism versus minority rights”. § 3 (1989)(artículo inédito ubicado en los archivos de los autores) (discutiendo los límites constitucionales sobre los tributos impuestos judicialmente).

¹⁶⁹ La posibilidad de que las cortes deseen incrementar intencionalmente los costos de pactar en contra de una regla supletoria podría potencialmente explicar su negativa a estructurar puertos seguros alternativos. Si hay incertidumbre acerca de qué es suficiente para superar una regla supletoria “a medida”, las partes serán desalentadas *ex ante* de siquiera intentarlo. Este argumento podría proporcionar una disculpa para el fallo *Peevyhouse*. Sin embargo, en *Peevyhouse* las externalidades sociales de la minería a tajo abierto se inclinan por una regla supletoria de “costo de cumplimiento”. Esta explicación de canalización es por consiguiente inapropiada a los supuestos de hecho de *Peevyhouse*.

¹⁷⁰ 52 Misc. 2d 26, 274 N.Y.S.2d 757 (Dist. Ct. 1966), rev'd 54 Misc. 2d 119, 281 N.Y.S.2d 964 (App. Term 1967).

¹⁷¹ *Frostifresh Corp. v. Reynoso*, 54 Misc. 2d 119, 281 N.Y.S.2d 964 (App. Term 1967).

¹⁷² 270 Wis. 133, 70 N.W.2d 585 (1955).

competencia por un periodo razonable o penalizar al empleador por transgredir la limitación imperativa permitiendo inmediatamente al ex trabajador competir¹⁷³.

Si la meta de una norma imperativa es desalentar a las personas de siquiera intentar pactar en contra de una provisión, entonces parecería que la penalidad de la reconstrucción sería el resultado elegido¹⁷⁴. Esto es, nuevamente, análogo a nuestra discusión previa de reglas de penalidad, en la que sugerimos que las cortes deberían elegir la penalidad que proporcione la “disuasión menos costosa”¹⁷⁵. La diferencia es que en nuestra discusión previa las penalidades intentaban disuadir la generación de vacíos y aquí las penalidades buscan promoverlos (esto es, disuadir los pactos en contra). La preferencia por penalidades supletorias que cubran los vacíos dejados en contratos en evidente desigualdad puede justificar el examen que en el *common-law* se conoce como “*blue pencil*” por el cual simplemente ejecutan los contratos luego de que la provisión ofensiva ha sido eliminada (con un lapicero azul)¹⁷⁶.

CONCLUSIÓN

Este artículo ha sugerido cómo legisladores inclinados a la eficiencia deberían proceder en relación con la problemática de cubrir los vacíos en los contratos. Las razones por las cuales las partes dejan vacíos en los contratos deberían afectar fuertemente esta decisión. Nuestra teoría de reglas supletorias debería, en un sentido, ser guiada por nuestras teorías sobre por qué hay vacíos contractuales. Anteriores teóricos han argumentado que las partes dejan vacíos en los contratos debido a que el costo de incluir cláusulas adicionales supera al beneficio. En consecuencia, han sugerido que las cortes simplemente deberían llenar los vacíos con la cláusula que las partes “habrían querido”.

Este artículo, sin embargo, ha desarrollado una segunda causa para los vacíos contractuales. Hemos mostrado que cuando una parte sabe más que la otra, la parte informada puede decidir estratégicamente no pactar en contra incluso de una regla supletoria ineficiente. Debido a que el proceso de pactar en contra de una regla puede revelar información, la parte informada puede retener información relevante para obtener una porción más grande del reducido *pie* contractual. Esta posibilidad de vacíos estratégicos nos lleva a procurar formas más diversas de reglas supletorias. En particular, los legisladores pueden reducir los incentivos para esta búsqueda de rentas a través de este comportamiento negocial estratégico estableciendo penalidades supletorias que fomenten a las partes mejor informadas a revelar su información por el hecho de pactar en contra de la regla supletoria.

Nuestro análisis no implica que las penalidades supletorias deban ser usadas en toda clase de escenarios contractuales. La decisión de las cortes o de legisladores que piensan en términos de eficiencia de imponer una penalidad supletoria, sea ésta mayoritaria y general, o “a medida” de acuerdo con “lo que las partes habrían querido”, en un escenario contractual particular, no es una decisión trivial. El primer paso en el proceso de toma de decisión debe ser preguntarse “¿por qué existe el vacío?”. Hemos sugerido que las partes pueden dejar de pactar en contra de las reglas supletorias ineficientes por razones estratégicas como de costos de transacción. Cuando las partes dejan de pactar en contra de una regla supletoria porque quieren cambiar el costo de transacción *ex ante* a una determinación *ex post* subsidiada por la corte, una penalidad supletoria de no-ejecución puede ser apropiada. Cuando las consideraciones estratégicas causan que una parte más informada no plantee cuestiones que podrían mejorar la eficiencia contractual, una regla supletoria que penaliza a la parte mejor informada puede alentar la revelación de información¹⁷⁷.

¹⁷³ La mayoría reconstruyó el contrato para tener una cláusula de duración “razonable”. 270 Wis. at 146-47, 70 N.W.2d at 592. La oposición habría penalizado al empleador por permitir al empleado competir inmediatamente. *Id.* at 148-52, 70 N.W.2d at 593-94 (Gehl, J., en discordia).

¹⁷⁴ Una penalidad por siquiera intentar pactar en contra de una disposición legal imperativa puede ser necesaria para impedir estos intentos en un mundo donde algunos conflictos no son litigados. Si todos los conflictos fueran litigados, los intentos por pactar en contra de una regla supletoria imperativa nunca tendrían éxito. Pero si algunas partes contractuales fallan en impugnar una regla supletoria imprevisible, entonces la imposición de una penalidad cuando quiera que un caso llega a corte podría justificarse para evitar la disuasión insuficiente. Por ejemplo, generalmente se cree que acreedores y propietarios acostumbran incluir toda clase de cláusulas ilegales en sus contratos no tanto porque creen que las cláusulas serán válidas en la corte, sino porque saben que la mayoría de deudores y arrendatarios tienen un mayor respeto por el contenido de los contratos escritos que la mayoría de cortes. Los autores están agradecidos a las conversaciones con Richard Craswell por este punto. Ver. CRASWELL. Nota 22 *supra*. pp. 64-65.

¹⁷⁵ Ver Sección I-B *supra*.

¹⁷⁶ Ver Fullerton, 270 Wis. at 43, 70 N.W.2d at 590. El examen “*blue pencil*” es el examen tradicional de divisibilidad. Si, luego de remover las cláusulas abusivas, el contrato todavía es comprensible en lo que las partes todavía podrían haber acordado, la corte lo hará cumplir.

¹⁷⁷ En muchos escenarios contractuales, como contratos simples para transacciones pequeñas, resulta sencillo señalar a los costos de transacción como la fuente de los vacíos. Sin embargo, en otros casos, las partes escriben contratos largos y complicados que son cuidadosamente considerados tanto por las partes como por sus abogados. En estas situaciones, una contingencia no pactada puede ser suficientemente importante por lo que resultaría irrazonable atribuir los vacíos a los costos de transacción. Algunas cláusulas omitidas, por ejemplo, pueden ser muy baratas de incorporar en el contrato desde una perspectiva de costos de transacción, tales como liquidación anticipada de daños o depósitos no reembolsables. En tales casos, las cortes encontrarán difícil señalar a los costos de transacción como la fuente de los vacíos, por lo que las penalidades supletorias deberían ser consideradas.

Los legisladores no deben, sin embargo, imponer penalidades supletorias indiscriminadamente. Incluso si se determina que consideraciones estratégicas son una fuente significativa de contratos incompletos, las cortes o los legisladores deben considerar los costos y beneficios de las penalidades supletorias *per se*. Toda vez que la meta de una regla de penalidad es inducir a la revelación de información, los legisladores deben considerar la probabilidad de que la penalidad en verdad cause que la información sea revelada¹⁷⁸, el beneficio (en actitudes de precaución o confianza más eficientes) de la información revelada, y los costos de pactar explícitamente en contra de la regla. Si la información privada es adquirida con recursos económicos, el valor de la revelación de información debe ser ponderado con los incentivos privados de adquirirlo. Las penalidades supletorias resultarán probablemente más eficientes si la información privada es adquirida pasivamente. En suma, una regla supletoria de penalidad debe ser usada si da como resultado la revelación de información valiosa con bajos costos de transacción¹⁷⁹.

Durante la discusión hemos citado ejemplos de normas legales y reglas del *common-law* que son en términos generales consistentes con las categorías de nuestra teoría de penalidades supletorias, reglas supletorias "a medida" y reglas supletorias generales. Pero creemos que tanto legisladores como cortes deben ser más sensitivos al proceso de contratación. Los legisladores deben considerar explícitamente tanto el equilibrio de información como el contractual que se generan por la aplicación de reglas supletorias alternativas. Reglas supletorias diferentes pueden desarrollar diferentes grados de separación o reunión. Cuando partes contratantes heterogéneas se separan en diferentes tipos de acuerdos contractuales, reducen la ineficiencia de la reunión estratégica pero al costo de una mayor

contratación. Los legisladores necesitan evaluar el peso de estos costos de reunión y separación al escoger la regla adecuada; pero fundamentalmente, necesitan ser capaces de predecir cuánta reunión o separación pueden generar las diferentes clases de reglas.

El análisis del artículo es un tanto general y puede ser aplicado a un espectro amplio de situaciones legales¹⁸⁰. Por ejemplo, al interpretar leyes, las cortes son llamadas a menudo a llenar vacíos. Un número de académicos ha usado una aproximación del tipo "legislación-como-contrato" para resolver tales cuestiones¹⁸¹. Jon Macey ha propuesto un tipo de penalidad supletoria al sugerir que los vacíos en normas legales sean llenados con legislación que tenga un contenido de interés público¹⁸². La regla supletoria de Macey no supone ir hacia lo que la legislación habría contratado y, consecuentemente, fuerza a la legislación a hacer públicos sus *pork-barrels deals*. El Juez Scalia ha ido más lejos, sin embargo, en articular una regla supletoria estándar de interpretación legal¹⁸³. En *Agency Holding Corp. v. Malley-Duff & Assoc.*¹⁸⁴, se solicitó a la Corte Suprema proporcionar una regla supletoria de prescripción para una pretensión civil *RICO* vs 20fs20¹⁸⁵ porque la legislación guardaba silencio sobre el asunto. Mientras que la mayoría determinó un plazo de prescripción de cuatro años como lo que el Congreso hubiera querido, el Juez Scalia defendió que no debería haber regla de prescripción alguna. Scalia fue "indiferente al miedo de que esta conclusión pudiera resultar "repugnante a los genios de nuestras leyes"¹⁸⁶ e incluso sugirió que esta penalidad supletoria podría alentar al Congreso a pactar en contra de ella: "De hecho, incluso, podría instar a que el Congreso promulgue un periodo de prescripción que considere "apropiado", decisión más cercana a su competencia que a la nuestra"¹⁸⁷. Irónicamente, el Juez Scalia está argumentando por una forma extrema de

¹⁷⁸ Por ejemplo, sugerimos que la regla supletoria de penalidad de daño cero de Goldberg no fomentaría suficientemente a los minoristas a contratar por una autoliquidación de daños, y aun si una penalidad mayor si lo hiciera, el monto de los daños auto liquidados en equilibrio podría "reunirse" a un nivel de desinformación bajo. Ver Sección I.C.2 *supra*. Las cortes también deberían considerar la posibilidad de que algunas partes, sin ignorancia o descuido, dejen de pactar en contra de las reglas supletorias de penalidad.

¹⁷⁹ La regla Hadley es un ejemplo de una penalidad supletoria que 1) es barata de pactar en contra incluyendo una cláusula de autoliquidación de daños, 2) probablemente causará que la información de daños sea revelada y, 3) facilitará precauciones más eficientes.

Debemos agregar una importante advertencia vinculada con la transición. El cambio legal de una regla supletoria a otra puede ser costoso – especialmente si el cambio es a penalidad supletoria. Hasta que las partes estén informadas de la nueva regla, pueden haber costos de transición mientras las partes continúen negociando bajo la sombra de una ley inválida.

Finalmente, notamos que en varios escenarios contractuales, ambas partes pueden tener información privada que deciden retener. En tales escenarios de "asimetría informativa dual", las penalidades supletorias pueden no ser suficientes para asegurar que toda la información privada sea revelada.

¹⁸⁰ Ver discusión en nota 10 *supra*.

¹⁸¹ Ver EASTERBROOK. "The Supreme Court, 1983 term-foreword: the Court and the economic system". HARV. L. REV. No. 98. 1984. pp. 4, 15-16.

¹⁸² MACEY. "Promoting public-regarding legislation through statutory interpretation: an interest group model". En: COLUM. L. REV. No. 86. 1986. pp. 223, 236-240.

¹⁸³ Para una discusión más general sobre la utilización de penalidades supletorias para forzar al Congreso a promulgar la ley, ver MARSHALL, L. "Let Congress do it: the case for an absolute rule of statutory stare decisis". 1989. (artículo inédito ubicado en los archivos de los autores).

¹⁸⁴ 483 U.S. 143, 157 (1987) (Scalia, J., en concurrencia).

¹⁸⁵ Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO), 18 U.S.C. § 1964 (1982 & Supp. V 1987).

¹⁸⁶ 483 U.S. at 170 (Scalia, J., en concurrencia) (citando *Occidental Life Ins. Co. v. EEOC*, 432 U.S. 355 (1977) citando *Adams v. Woods*, 6 U.S. (2 Cranch) 336, 342 (1805).

¹⁸⁷ 483 U.S. at 170.

activismo judicial. Sólo escogiendo una regla supletoria que esté completamente reñida con la intención del Congreso puede la Corte asegurarse que el Congreso revele su intención. Entonces, el mensaje fundamental de Scalia es que el activismo extremo puede convertirse en una forma de deshabilitación de la limitación judicial. Ejemplos como tales resaltan nuestra tesis primaria de que las reglas supletorias eficientes pueden a veces desviarse de lo que las partes habrían querido. Con mayor importancia, demuestran que nuestra elección de regla supletoria debe estar basada en el entendimiento de por qué las partes –incluso las legislaturas– dejan vacíos en sus textos¹⁸⁸.

Finalmente, sugerimos que los profesores se enfoquen más explícitamente en la diferencia entre reglas supletorias e imperativas. Frecuentemente los alumnos pueden recitar las varias reglas aprendidas en un curso sin saber si son obligatorias o no. Enseñar qué reglas son supletorias no es una pretensión meramente pedagógica. Para representar efectivamente a sus clientes, los abogados necesitan saber no sólo cuáles son las reglas legales, sino, si pueden ser abrogadas para promover los intereses de sus clientes¹⁸⁹. El conocimiento de las reglas supletorias y de cómo pactar en contra de ellas es un prerrequisito de una abogacía efectiva.

¹⁸⁸ Por ejemplo, el vacío en el tema de la prescripción de RICO en *Malley-Duff* es difícil de explicar como una legislación *hidden pork-barrel*.

¹⁸⁹ Especialmente en el derecho corporativo, el mecanismo para contratar alrededor de una regla supletoria puede ser indirecto. Por ejemplo, mientras que las leyes corporativas no le dan al directorio el derecho de rechazar una fusión, ciertos planes "*poison pill*" tienen el efecto de hacer que el directorio rechace cualquier oferta de adquisición hostil. Ver el caso *Dynamics Corp. of Am. v. CTS Corp.*, 805 F.2d 705 (7th Cir. 1986) (analizando el impacto económico del "*poison pill*").