

**EL CONTRATO COMO JUSTICIA CONMUTATIVA
VOLUNTARIA. PARTE III**

**THE CONTRACT AS VOLUNTARY COMMUTATIVE
JUSTICE. PART III***

James Gordley**
Universidad de Tulane

Hao Jiang***
Universidad Bocconi de Milán

Recibido: 30/06/2023 - Aceptado: 20/07/2023

Resumen: Al momento no existe una teoría unánimemente aceptada acerca de por qué los contratos obligan. Los autores proponen una que se basa en una idea que se remonta a tiempos de Aristóteles: el contrato como una cuestión de la justicia conmutativa voluntaria. En la Parte I del artículo los autores argumentan que esta teoría ofrece una mejor explicación sobre la obligatoriedad de los contratos que las teorías modernas que se basan en la autonomía y en la eficiencia. En la parte II y III muestran cómo esta teoría puede explicar las principales doctrinas del common law que gobiernan cuándo y cómo un contrato de cambio es obligatorio. Finalmente, en la parte IV, analizan los remedios por incumplimiento contractual.

Palabras clave: Teoría del contrato, Justicia conmutativa, Tradición aristotélica.

* Traducción de Javier Habib. Universidad de San Pablo-Tucumán.

** Profesor distinguido W.R. Irby de la Escuela de Derecho de Tulane; BA, MBA University of Chicago; JD Harvard Law School.

*** Profesor Asociado de Derecho Privado Comparado, Departamento de estudios jurídicos, Universidad Bocconi de Milán; LLB, Nanjing Audit University; JD, LLM, SJD, Tulane Law School.

Abstract: At present, there is no generally accepted theory of why contracts are binding. We will propose one based on an idea that goes back to Aristotle: contract as voluntary commutative justice. In Part I, the authors of this article show why that explanation better accounts for the enforceability of contracts than modern explanations based on autonomy and efficiency. In Part II and III, they show how this theory can explain the principal common law doctrines that govern when and how a contract of exchange is enforced. Finally, in Part IV, the authors discuss remedies for breach of contract.

Keywords: Contract law theory, Commutative justice, Aristotelian tradition.

III. La voluntariedad en los contratos de intercambio

Según Aristóteles, como cuestión de justicia conmutativa, un contrato no debe enriquecer a una de las partes a expensas de la otra.¹⁹⁹ Hemos visto que, ex ante, un contrato que es económicamente justo, no hace eso más que una apuesta justa. Según Aristóteles, tal transacción también debe ser voluntaria. La transacción es voluntaria si una parte recibe algo que valora más que lo que da a cambio.

Permitir que las personas hagan eso es el propósito del contrato de cambio. En esta parte concluiremos que si una parte no recibe algo que valora más de lo que da a cambio debido a un error, o un cambio de circunstancias, o incluso a un cambio de opinión, el contrato no debe ejecutarse, a menos que su inejecución sea económicamente injusta para la otra parte.

¹⁹⁹ Ver ARISTÓTELES, *supra* nota 3, en V.iv 1132a–32b.

A. Una Idea de Sentido Común

Hemos presentado una noción de sentido común acerca de lo que significa que un intercambio sea voluntario. Se diferencia de las ideas más elaboradas de aquellos que construyen teorías contractuales con la idea de la voluntad o autonomía. Es muy similar a la de los economistas en la práctica, aunque no en la teoría.

1. Intercambio Voluntario y Autonomía

Los artífices de las teorías de la voluntad, antiguas y nuevas, necesitan de una idea más compleja de voluntariedad. Si una persona elige comprar un automóvil o un refrigerador, no es suficiente para ellos decir simplemente que en el momento de contratar esa persona quiere ese artículo más que su precio. Deben decir que su elección es una manifestación de su voluntad, o un ejercicio de su autonomía. Para que la voluntad o la autonomía sirvan como fundamento de una teoría del contrato, estos conceptos deben significar algo más que el simple hecho de que una parte eligió comprar un refrigerador o un automóvil.

En tales teorías, la voluntad o la autonomía de una de las partes explica por qué un contrato es vinculante, en el sentido de que luego del contrato esa parte no pueda cambiar de opinión. Sería de esperar que estas teorías expliquen por qué las partes se obligan por ciertos términos que nunca acordaron pero que el derecho sin embargo integra en el contrato. Sería de esperar, asimismo, que expliquen por qué ciertas partes no están obligadas por ciertos términos que de hecho acordaron, pero que

el derecho jamás ejecutaría por ser injustos. Como hemos explicado, las teorías basadas en la autonomía de la voluntad no pueden hacer nada de esto.

Dagan y Heller han tratado de basar una teoría del contrato en la autonomía de la voluntad aún reconociendo que las teorías que giran en torno a lo que constituye la libertad “han llegado a un callejón sin salida”.²⁰⁰ Notaron, correctamente, que “[a]ún la voluntariedad, que es la cuestión más trans-substantiva, debería salvaguardarse con mejores herramientas divergentes, que varíen según los tipos contractuales y las esferas de la contratación.”²⁰¹ La voluntariedad, de hecho, tiene un significado diferente en los contratos de intercambio que, por ejemplo, en los contratos donativos o en los contratos de matrimonio. En los contratos de cambio, sin embargo, la voluntad tiene el significado simple que hemos descrito. Una ventaja de esa simple idea de voluntariedad en el intercambio es que evita la plétora de significados que el término podría tener en otros arreglos voluntarios, o cualquier significado que supuestamente tenga cuando uno describe a la autonomía, en un sentido más amplio, como “el valor último del contrato”.²⁰²

Otra ventaja es que esta idea simple de voluntariedad evita confundir la cuestión de si un intercambio es voluntario, con la de si los términos del intercambio son justos. Que los términos sean justos depende de los riesgos que las partes hayan asumido, y de si han sido compensadas por asumir esos riesgos. Siempre que un contrato sea justo, las partes no necesitan comprender la importancia de estos riesgos, y la manera en que han sido compensados.

²⁰⁰ DAGAN & HELLER, *supra* nota 5, p. 10.

²⁰¹ *Id.* p. 136.

²⁰² *Id.* p. 16.

En realidad, es imposible que las partes comprendan todas las cláusulas a las que están obligadas. Algunos términos aparecen en contratos de adhesión que no se espera que sean leídos. Algunos términos serían imposibles de entender sin una educación legal. El intento reciente más ambicioso de abordar el problema de la falta de consentimiento es el trabajo *Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis* de Robin Kar y Margaret Radin.²⁰³ Estos autores utilizan análisis lingüístico para identificar aquellos términos auxiliares no negociados que las partes de hecho acordaron. Intentan identificar estos términos mediante un sofisticado análisis de lenguaje, basándose especialmente en la distinción entre el significado del hablante y el significado de la oración. Proponen herramientas analíticas para distinguir los pseudo-contratos de los contratos. El objetivo de estos autores es preservar la libertad de contratación mediante la determinación de los términos que las partes realmente han acordado, dado el contexto lingüístico. Su análisis, sin embargo, se refiere a las dificultades procedurales para llegar a un consentimiento genuino. Pero todavía nos dejan con el problema de cómo explicar por qué las partes están obligadas por muchos términos que desconocían, y a los que no podrían haber dado un consentimiento significativo desde ningún punto de vista.

Según nuestro abordaje, una parte que firma un contrato justo para comprar una casa o un automóvil no necesita comprender el significado de cada uno de los términos. Si tuviera que hacerlo, la mayoría de la gente no podría comprar casas ni automóviles. Al separar la cuestión de si los términos son voluntarios de si son justos, evitamos los problemas de imaginar

²⁰³ Robin Bradley Kar & Margaret Jane Radin, *Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis*, 132 HARV. L. REV. 1138 (2019).

que todos los términos que vinculan a las partes son de alguna manera voluntarios.

2. *Intercambio Voluntario y Preferencias Reveladas*

A diferencia de Aristóteles, los economistas explican la elección en términos de “preferencias reveladas”. A pesar de la diferencia, las consecuencias prácticas son muy parecidas.

Como hemos visto, los economistas definen la eficiencia de Pareto como un estado en el que una de las partes no puede mejorar sin empeorar la situación de otra. Definen lo que hace que una parte esté mejor en términos de sus preferencias reveladas. A veces dicen que cuando una parte revela sus preferencias está maximizando la utilidad. En un momento, pensaron en la “utilidad” de la misma manera que un utilitarista clásico como Jeremy Bentham: se trataba de una cantidad de placer. Como observó Paul Samuelson, los economistas han “dejado de creer en la existencia de alguna magnitud o cantidad introspectiva de tipo numérico”.²⁰⁴ Definen la utilidad en términos de satisfacción de preferencias. La utilidad de una persona aumenta cuando esta es capaz de satisfacer más preferencias. Como señaló Samuelson, los economistas definen a las “preferencias” como lo que una persona realmente elige, independientemente de por qué lo eligen.²⁰⁵ “Así, el comportamiento del consumidor en el mercado se explica en términos de preferencias, que a su vez se definen sólo por el comportamiento. El resultado puede ser muy fácilmente

²⁰⁴ PAUL ANTHONY SAMUELSON, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS 91 (7th prtg. 1963) (apareciendo en la primera edición de 1947).

²⁰⁵ Ver id.

circular...”²⁰⁶ Circular o no, los economistas afirman que lo único que están asumiendo es que las personas eligen ciertas acciones y no otras.

Los escritores de la tradición aristotélica habrían estado de acuerdo. Es cierto que para ellos la elección de una persona contribuye a su bienestar si es una elección sabia. Sin embargo, creían que un contrato debe hacerse cumplir aún cuando alguna de las partes haya actuado de manera tonta.²⁰⁷ Más adelante adoptaremos la misma posición. Demostraremos que, en la práctica, el contrato de cambio es voluntario cuando las partes consideran que lo que reciben es de mayor valor que lo que dan. Esa comprensión de la voluntariedad concuerda con el sentido común. Elijo comprar un automóvil o un refrigerador porque vale más para mí que el precio que tengo que pagar.

El problema de explicar el derecho contractual en términos de eficiencia no está vinculado a la idea de los economistas de cuándo un intercambio es voluntario. El problema, como hemos visto, está en explicar por qué un contrato es vinculante cuando una de las partes ha cambiado de opinión, en el sentido de que lo que debe recibir no es ya más valioso para él que lo que debe dar. Como observó Calabresi, *ex ante*, se espera que el contrato mejore a cada parte, pero es posible que *ex post* no lo haga.²⁰⁸ Nuestra respuesta es que, en ese caso, no hay razón para que el contrato sea ejecutado, a no ser que la liberación de una de las

²⁰⁶ Id. De manera similar, Arthur Leff dijo que es “definitivamente circular” decir

“lo que la gente hace es bueno, y su bondad puede ser determinada por ... lo que ... ellas hacen.” Arthur Allen Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, 60 VA. L. REV 451, 458 (1974).

²⁰⁷ Comparar LESSIUS, *supra* nota 41, en lib. 2, cap. 18, dub. 1, no. 10, y MOLINA, *supra* nota 40, en disp. 271, no. 4, con SOTO, *supra* nota 80, en lib. 4, q. 7, a. 1 (argumentando que una promesa que es suficientemente imprudente no puede ser obligatoria, aunque sea en la consciencia).

²⁰⁸ Ver Calabresi, *supra* nota 67, p. 1226–27.

partes sea injusta para la otra. Los economistas no pueden dar esa respuesta porque no hablan de equidad, sino de eficiencia.

B. Reevaluando la Doctrina del Common Law

Esta sección discutirá las doctrinas del error, frustración del fin y la lesión [unconscionability].

1. Las Doctrinas del Error y Frustración del Fin

Las doctrinas del error y frustración del fin del contrato tienen que ver con la voluntariedad. Tienen una relación entre sí, similar a la que tienen las doctrinas de la lesión [unconscionability] y la causa [consideration] con la doctrina de la imposibilidad. Como hemos visto, las dos primeras refieren a si un contrato es económicamente injusto al momento en que se lo hizo; la última refiere a si el contrato se ha tornado injusto. De manera similar, la doctrina del error refiere a si un contrato fue involuntario al momento en que se lo celebró, y la frustración del fin refiere a si se ha tornado involuntario.

El Second Restatement of Contracts reconoce que estas dos doctrinas están íntimamente relacionadas.²⁰⁹ No reconoce, sin embargo, que el error y la frustración del fin refieran a la involuntariedad. De acuerdo con el Second Restatement, se debe otorgar compensación por error cuando el error refiere a “una suposición básica” que tuvo “un efecto material en el intercambio de prestaciones acordado”.²¹⁰ Un problema de esta formulación, como vimos al discutir la doctrina de la imposibilidad, es que la expresión “suposición básica” no tiene

²⁰⁹ Ver RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRS. § 152(1)–(2) cmts. a–b (AM. L. INST. 1981).

²¹⁰ Id. § 152(1).

un significado claro. Pero otro problema tiene que ver con el requisito de que el error deba tener un “efecto material” en el intercambio acordado. Lo que importa es si la transacción fue involuntaria debido al error, incluso si no tuvo tal efecto. Suponga que una parte acuerda comprar el artículo 699 de un catálogo, creyendo que es una cortadora de césped, cuando resulta ser un juego de palos de golf. La razón para otorgar reparación es que el cumplimiento exigido por el contrato es uno al que el comprador nunca estuvo de acuerdo. No tiene nada que ver con el valor relativo de la cortadora de césped y los palos de golf.

Un contrato no cumple su finalidad a menos que sea voluntario en el sentido de que cada parte recibe algo que valora más de lo que da a cambio. En consecuencia, la única razón por la que una parte debería quedar obligada en contra de su voluntad es que su liberación sea económicamente injusta para la otra parte.

Un contrato es involuntario en este sentido cuando los bienes o servicios de que trata no sirven a los fines del comprador. El hecho de que sea económicamente justo otorgar reparación depende normalmente de una distinción que está implícita en los casos judiciales, pero que los jueces no mencionan explícitamente. Los bienes o servicios pueden ser inadecuados para los propósitos de los compradores en general, o pueden ser inadecuados solo para los propósitos de un comprador en particular. Normalmente, en el primer caso, dar remedio no es económicamente injusto para el vendedor; en el segundo caso, es económicamente injusto.

Un contrato de cambio normalmente compensa a cada parte por el riesgo de recibir un precio menos favorable si espera para contratar más adelante. Cada parte renuncia a la posibilidad de

recibir una oferta más favorable de un tercero para evitar el riesgo de recibir una oferta menos favorable. Si los bienes o servicios fueran inadecuados para los fines del comprador, el vendedor no habría renunciado a la oportunidad de realizar un intercambio voluntario con otra persona. El contrato ya no está asignando el riesgo de obtener un precio menos favorable. Ejecutar tal contrato sería económicamente justo sólo cuando las partes estuvieran intentando asignar un riesgo muy diferente: el riesgo que surge si no se sabe a qué fines servirán los bienes o servicios en cuestión.

En contraste, si los bienes o servicios no son adecuados para los fines de un comprador en particular, pero si son adecuados para los fines de los compradores en general, normalmente sería económicamente injusto otorgar una compensación. El vendedor perdería entonces la garantía de no recibir un precio menos favorable. Otorgar compensación sería económicamente justo sólo si el comprador hubiera pagado un monto adicional para que el vendedor asuma un riesgo que no asumiría si contratara con otra persona. Esta distinción explica la manera en que los tribunales han estado aplicando la doctrina del error y de la frustración del fin.

a. Prestaciones Inadecuados para los Fines de los Compradores en General

Una de las razones por las que los bienes o servicios pueden ser inadecuados para los fines de los compradores en general es que no puedan ser usados para lograrlos. En tales casos, los tribunales han dado alivio. Un contrato de venta de un fundo rural se anuló por error cuando “el único propósito del contrato era permitir que los demandados cultivaran jojoba” y no había

suficiente agua para ello.²¹¹ Lo mismo sucedió con un contrato de venta de un fundo que las partes creían adecuado para construcción, y resultó ser que las restricciones legales impedían que el comprador pudiera construir.²¹² También lo fue un contrato de venta de una moneda rara, de interés para coleccionistas, siempre y cuando la moneda fuera genuina, pero resultó ser una falsificación.²¹³ De manera similar, en *Griffith v. Brymer*, se anuló un contrato por error en el que los demandados alquilaban un departamento a un precio elevado para ver la procesión de coronación del rey Eduardo VII.²¹⁴

En este caso, las partes contrataron una hora después de que se hubiera tomado la decisión de operar al rey, lo que hacía imposible la procesión. En *Krell v. Henry*, las partes celebraron un contrato similar antes de que se tomara la decisión de cancelar la procesión.²¹⁵ La corte dio remedio por frustración del propósito. En un caso clásico de Nueva York, *Alfred Marks Realty Co. v. Hotel Hermitage Co.*, el tribunal aplicó la doctrina de la frustración del fin porque el demandado acordó colocar un anuncio en el programa que se imprimiría en ocasión de una carrera internacional de yates a llevarse a cabo en septiembre de 1914.²¹⁶ El anuncio habría sido inútil porque las carreras se cancelaron debido a al estallido de la Primera Guerra Mundial.

Una segunda razón por la que los bienes o servicios de un contrato puedan ser inadecuados para los propósitos del comprador es que, aunque parezcan servirlos, ningún comprador con esos propósitos en mente los compraría si supiera la verdad.

²¹¹ *Renner v. Kehl*, 722 P.2d 262, 265 (Ariz. 1986).

²¹² Ver *Rancourt v. Verba*, 678 A.2d 886, 886–87 (Vt. 1996); *Gartner v. Eikill*, 319 N.W.2d 397, 398, 400 (Minn. 1982).

²¹³ Ver *Beachcomber Coins, Inc. v. Boskett*, 400 A.2d 78, 78–79 (N.J. App. Div. 1979).

²¹⁴ Ver, en general, (1903) 19 T.L.R. 434 (KB Div.).

²¹⁵ Ver *Krell v. Henry* (1903) 2 KB 740.

²¹⁶ Ver 156 N.Y.S. 179, 179–80 (N.Y. App. Div. 1915).

Los bienes en cuestión son valiosos porque sirven algún otro propósito. Si se mantiene la eficacia del contrato, el comprador que solo desea cumplir con su propósito original los revenderá, y comprará algo más barato que sea igualmente aceptable para sus propios propósitos. En tales casos, los tribunales han otorgado acciones. En el famoso caso de *Sherwood v. Walker*, una vaca de un linaje distinguido, que valía mucho si podía criar, fue vendida por poco ya que era reputada estéril.²¹⁷ Según la opinión mayoritaria, el comprador quería la vaca por su carne. Pero la vaca estaba preñada en el momento de la venta. Hubiera sido físicamente posible sacrificar la vaca, pero ningún comprador habría comprado una vaca fértil de cría para ese propósito. El tribunal otorgó una acción por error.

Lo mismo ocurre cuando las partes se equivocan sobre si una joya, una antigüedad, una obra de arte, o un instrumento musical es genuino. Físicamente, uno puede usar un anillo, sentarse en una silla, decorar una pared con una pintura, o tocar un piano, ya sea que el diamante del anillo sea real o no, la silla sea un Sheraton, la pintura un Rembrandt o el piano un Steinway. Pero si el propósito de uno pudiera ser servido por una imitación, uno no pagaría el precio del artículo genuino. Los tribunales han otorgado acciones cuando, por ejemplo, los violines vendidos como Stradivarius, Guernerius y Bernardel eran imitaciones.²¹⁸

Por el contrario, es económicamente justo hacer cumplir el contrato cuando las partes no estaban seguras de los propósitos que servirían los bienes o servicios en cuestión. Los tribunales han denegado revocación por error cuando las partes celebraron

²¹⁷ Ver 33 N.W. 919, 923 (Mich.1887).

²¹⁸ Ver *Smith v. Zimbalist*, 38 P.2d 170, 171 (Cal. App. 1934); *Bentley v. Slavik*, 663 F. Supp. 736, 742 (S.D. Ill. 1987).

el contrato a pesar de ese riesgo.²¹⁹ *Sherwood* era un tal caso según una opinión minoritaria, que decía que el comprador entendió que la vaca podía ser estéril pero la compró para ver si podía lograr que se reprodujera.²²⁰ De ser así, la venta debería haberse confirmado. De manera similar, hay reclamos denegados en el caso venta inmobiliaria, en el caso en que una roca de composición desconocida resultó ser un diamante sin tallar, y en un caso en el que se había vendido una caja fuerte cerrada que contenía dinero en efectivo.²²¹ Se denegó acción cuando las partes no sabían quién había pintado dos obras de arte y optaron por no verificarlas, y cuando un tasador expresó dudas acerca de la autenticidad de una escopeta Parker A-1 antigua, pero las partes siguieron adelante con la venta de todos modos.²²² También se denegó acción cuando una pintura, que los críticos generalmente creían que era obra de Albert Bierstadt, resultó ser obra de John Ross Key.²²³ Quienes compran y venden arte deben reconocer que las atribuciones de los críticos de arte, incluso cuando son ampliamente aceptadas, son intrínsecamente inciertas. Una parte que compra o vende arte asume ese riesgo.

²¹⁹ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 154(b) (AM. L. INST. 1981) (“Una parte soporta el riesgo de error cuando ... (b) es consciente, al tiempo de la celebración del contrato, que tiene un conocimiento limitado de los hechos relacionados al error, pero trata su conocimiento limitado como suficiente...”).

²²⁰ 33 N.W. p. 924 (*Sherwood, J.*, en desacuerdo).

²²¹ Ver *Lewanee Cnty. Bd. of Health v. Messerly*, 331 N.W.2d 203, 210 (Mich. 1982); *Wood v. Boynton*, 25 N.W. 42, 44 (Wis. 1885); *City of Everett v. Estate of Sumstad*, 631 P.2d 366, 368 (Wash. 1981).

²²² Ver *Estate of Nelson v. Rice*, 12 P.3d 238, 241 (Ariz. Ct. App. 2000); *Cydrus v. Houser*, No. 98CA2425, 1999 Ohio App. LEXIS 5746, en *9 (Ohio Ct. App. Nov. 29, 1999).

²²³ Ver *Firestone & Parson, Inc. v. Union League of Phila.*, 672 F. Supp. 819, 821 (E.D. Pa. 1987).

b. Una Prestación Inadecuada para el Propósito de un Particular Comprador

Cuando los bienes o servicios solo son inadecuados para los propósitos de un comprador en particular, el vendedor podría haberlos vendido a otros compradores que sí los quieren. Si el comprador pudiera anular el contrato por no poder utilizar la prestación para sus fines particulares, estaría privando al vendedor de su garantía de que no tendrá que aceptar un precio menos favorable que otro comprador este dispuesto a pagar. En consecuencia, dicho comprador debe arriesgarse a que la prestación sirva sus propósitos particulares o, en su caso, pedir al vendedor una garantía especial de que la prestación puede ser utilizada para sus fines particulares. Como en ese caso le estaría pidiendo al vendedor que asuma un riesgo adicional, el vendedor le cobrará una cantidad adicional. Si el comprador no está dispuesto a pagar esa garantía, o si el vendedor no está dispuesto a dársela, no es injusto para el comprador tener que correr el riesgo de que la prestación le termine siendo inadecuada.

No sorprende, entonces, que a menudo se haya denegado acción por error cuando los bienes o servicios eran adecuados para los propósitos de los compradores en general, pero no para los de un comprador particular. Se confirmó la validez de un contrato en el que un vendedor había vendido un armario antiguo que el comprador descubrió que no podía usar porque era demasiado grande para caber con sus otros muebles. También fue denegada la acción en un caso en que se había vendido una draga diseñada para tender tuberías, que el comprador terminó descubriendo que no podía usar sin

efectuarle ciertas modificaciones.²²⁴ En este caso, el tribunal denegó la acción porque había sido el demandante quien “se equivocó al suponer que la draga era adaptable, sin modificación, al uso que él tenía en mente”.²²⁵

Lo mismo ocurre con la doctrina de la frustración del fin. Se denegó acción en el caso en que un comprador estadounidense de pieles de cordero no pudo recibir la mercadería que había comprado a un canadiense para su reventa, debido a regulaciones de importación más estrictas. Como señaló el tribunal, “el resto del mundo estaba allí dispuesto para el comprador ... como destinatarios del envío.”²²⁶ Los bienes no servían para los propósitos de este comprador en particular, pero habrían podido servir para los propósitos de otros. En estos casos, dar alivio privaría al vendedor de un beneficio que habría tenido si hubiera estado tratando con compradores para quienes los bienes hubieran sido adecuados.

A veces, sin embargo, el vendedor no contrata para evitar el riesgo de tener que vender la misma prestación a otra persona a un precio más bajo. En tales casos, los tribunales han otorgado medidas cautelares por frustración del fin incluso cuando el fin frustrado era el de un sólo comprador en particular, y no el de los compradores en general. En *La Cumbre Golf & Country Club v. Santa Bárbara Hotel*, la empresa hotelera había celebrado un contrato con Club de Campo y Golf por el que los huéspedes del hotel podrían jugar en el campo de golf.²²⁷ La empresa hotelera no tuvo que pagar cuando el hotel se incendió y no hubo más huéspedes. En *Chase Precast Corp. v. John J.*

²²⁴ Ver *Valiulis v. L'Atelier Wholesale Antiques*, 519 So. 2d 312, 313 (La. Ct. App. 1988); *Anderson Bros. v. O'Meara*, 306 F.2d 672, 673 (5th Cir. 1962).

²²⁵ *Anderson Bros.*, 306 F.2d p. 675.

²²⁶ *Swift Canadian Co. v. Banet*, 224 F.2d 36, 38 (3d Cir. 1955).

²²⁷ 271 P. 476, 476 (Cal. 1928).

Paonessa Co., el estado de Massachusetts había contratado a una empresa constructora para reemplazar una franja de pasto en una calle con barreras de concreto.²²⁸ El contratista contrató a un subcontratista para que construyera las barreras. El proyecto fue cancelado a causa de protestas de residentes enojados. El contratista había pagado por todas las barreras que el subcontratista ya había producido. El tribunal sostuvo que no tenía que pagar por el lucro cesante generado por el hecho de no tener que construir las que aún quedaban, según el contrato. Ni el club de golf, ni el contratista, estaban vendiendo una prestación que ahora tenían que revender a otra persona que pudiera pagar un precio más bajo. En consecuencia, dar alivio no era económicamente injusto para ninguno de ellos.

2. *La Doctrina de la lesión [Unconscionability]*

Hemos dicho que un contrato de cambio es voluntario cuando una parte valora más lo que recibirá que lo que dará a cambio. A veces ocurre que los contratantes efectúan intercambios de manera voluntaria, pero se equivocan de sobremanera acerca del valor que tendrá para sí mismo lo que recibirá. Creemos que tales contratos deben hacerse cumplir.

Sin embargo, en casos raros, tales contratos han sido considerados lesivos [unconscionable] ya que el vendedor sabía que el comprador no se beneficiaría. Tal regla fue adoptada por el Uniform Consumer Credit Code, que establece que se dará acción por “lesión” [“unconscionability”] cuando hubiera “conocimiento por parte del vendedor ... al momento de la

²²⁸ 566 N.E.2d 603, 605 (Mass. 1991).

venta ... de la incapacidad del consumidor de obtener beneficios sustanciales del bien o servicios vendidos o alquilados”.²²⁹

El Uniform Consumer Credit Code da dos ilustraciones sobre cuándo procede la acción.²³⁰ En la primera, un vendedor puerta-a-puerta vendió dos aspiradoras a dos personas en situación de vulnerabilidad que compartían el mismo apartamento y la misma alfombra. En el otro, un vendedor de puerta-a-puerta le vendió a un trabajador hispano una enciclopedia en inglés. El trabajador era soltero y solo hablaba español.

De acuerdo con otra disposición del Uniform Consumer Credit Code, un contrato puede considerarse lesivo [unconscionable] cuando hubo “creencia, por parte del vendedor, locador o mutuante, de que no existe una probabilidad razonable de pago total de la obligación por parte del consumidor o deudor”.²³¹ Hay préstamos hipotecarios que han violado ambas disposiciones ya que, como era sabido por el prestamista, el prestatario tendría que pagar un alto porcentaje de sus pequeños ingresos.²³² Luego de la crisis de 2008, muchos propietarios de viviendas sostuvieron que las empresas los habían seducido para tomar créditos que no podían pagar. En *Commonwealth v. Fremont Investment and Loan*, el Fiscal General de Massachusetts inició una acción alegando que una serie de préstamos de alto riesgo eran “injustos” en el sentido de la Ley de Protección al Consumidor porque la tasa de interés aumentaría en tres años a más del 50% de los ingresos de los

²²⁹ UNIF. CONSUMER CREDIT CODE § 5.108(4)(b) (NAT’L CONF. OF COMM’RS ON UNIF. STATE L. 1974).

²³⁰ Ver id. § 5.108(4)(b) cmt. 4.

²³¹ Id. § 5.108(4)(a).

²³² *Veer Hughes v. Abell*, 867 F. Supp. 2d 76, 82 (D.C. Cir. 2012) (explicando que la cuota mensual “llegaba aproximadamente al 46% de [su] salario mensual de \$3,511.83”); ver también *Williams v. First Gov’t Mortg. & Invs.*, 225 F.3d 738, 743 (D.C. Cir. 2000) (estableciendo que el prestatario tenía una casa de siete personas y “un ingreso disponible de más o menos \$1,200, y más de la mitad era destinada a cubrir pagos mensuales de \$686”).

prestatarios.²³³ El mutuante argumentó que los préstamos fueron hechos “con la expectativa, razonable en ese momento”, de que podrían ser refinanciados, ya que “los precios de la vivienda mejorarían durante el plazo introductorio del préstamo”.²³⁴ La Corte Suprema de Massachusetts dijo que “era irrazonable, e injusto para el mutuario, que [el mutuante] estructure sus préstamos sobre un optimismo tan insoportable.”²³⁵

Uno puede simpatizar con los tribunales que dan alivio. Sin embargo, en estos casos, el intercambio fue voluntario, en el sentido de que la parte que repudiaría el contrato, pensó al celebrarlo que la ejecución valía más para él que lo que debía dar a cambio. No se equivocó en cuanto a la prestación o el precio. Fue una tontería contratar. Un aristotélico diría que eligió, pero eligió imprudentemente.

Otorgar acciones en tal caso es peligroso. Los vendedores no querrían tratar con alguien que a la postre pudiera argumentar que actuó imprudentemente. Además, los tribunales serían capaces de poner su juicio del valor de las prestaciones por sobre el de las partes. Los jueces no lo hacen cuando otorgan acciones por injusticia económica. Cualquiera, en efecto, puede beneficiarse de un precio más favorable. Los jueces ponen su juicio por encima del de las partes cuando deciden que una de las partes fue imprudente al valorar tanto el objeto por el que pagó.

Parece obvio que dos personas de bajos recursos, que comparten una sola alfombra, no necesitan de dos aspiradoras. Pero ¿es obvio que el trabajador-soltero de habla hispana no puede usar la enciclopedia? Si lo es, el tribunal le está diciendo: “Tienes razón en reclamar puesto que la prestación no era para

²³³ Ver 897 N.E.2d 548, 550–51 (Mass. 2008).

²³⁴ Id. p. 558.

²³⁵ Id.

ti”. Puede parecer obvio que los prestatarios de *Hughes*, *Williams* y *Fremont* terminarían quebrando. Sin embargo, otorgar un remedio legal es decirles: “No importa cuán valioso pueda ser para usted ser dueño de esa casa, pero es una tontería intentar adquirirla cuando las probabilidades están en contra de que pueda llegar a pagarla”. Todos los inversores a veces experimentan un “optimismo insoportable”. También lo hacen los estudiantes que se inscriben en colegios y universidades de cuatro años. Se estima que el 40% no se graduará dentro en seis años. “Incluso [diez] años después de la graduación, el 32% de los graduados universitarios terminan con trabajos que [no] requieren un título universitario...”²³⁶ ¿Debería un tribunal decir: “Invertir sus propios ahorros de la manera en que lo ha hecho es demasiado peligroso”? Hay ocasiones —las leyes sobre drogas son un ejemplo— en que el derecho de una persona a elegir es reemplazado por el derecho a actuar como otra persona lo haría. Establecer esto como un principio general del derecho contractual es infringir una libertad que es muy valiosa: la libertad de asumir la responsabilidad de las propias decisiones, sabias o insensatas.²³⁷

3. Términos Auxiliares Ofensivos

Un contrato de cambio es voluntario cuando las partes valoran más lo que recibirán que lo que darán a cambio. En consecuencia, para celebrar dicho contrato voluntariamente, las partes deben conocer lo que deben recibir y lo que deben dar.

²³⁶ Douglas Belkin, Making the College Bet Pay Off, WALL ST. J. A3, Dec. 11, 2018.

²³⁷ Ver James Gordley, Morality and Contract: The Question of Paternalism, 48 WM. & MARY L. REV. 1733, 1758 (2007).

Generalmente, es suficiente que las partes comprendan los términos principales del contrato: el precio y el objeto. No importa si entienden los términos auxiliares siempre que sean económicamente justos. A veces, sin embargo, un término auxiliar puede ser tan ofensivo que afecta el valor de lo que una de las partes debe dar o recibir. Entonces, el intercambio puede ser involuntario.

El derecho que se ocupa de estos términos ofensivos está poco desarrollado. Excepto por la doctrina de la lesión [unconscionability], no existe una doctrina general que pueda usarse para brindar acciones; además de que la doctrina de la lesión [unconscionability] rara vez se aplica.

Algunas situaciones son tratadas con leyes especiales. Por ejemplo, algunos tipos de conducta ofensiva pueden violar prohibiciones de discriminar por raza o género. No se puede incluir un término contractual que viole tales disposiciones. La dificultad radica en que puede haber términos ofensivos no previstos en las leyes especiales.

Otras situaciones son tratadas como violaciones al orden público. La dificultad de este enfoque es que sólo brinda protección contra cláusulas que puedan ofender la dignidad o principios morales de una persona, cuando la ofensa esté también ofendiendo el orden público. Como lo expresó la Corte Suprema de Illinois, “[E]l orden público se refiere a lo que es correcto y justo y lo que afecta colectivamente a los ciudadanos del Estado. Se encuentra en la Constitución y las leyes del Estado y, ante el silencio, se debe buscar en sus decisiones judiciales”.²³⁸ “[L]as cuestiones que son objeto del orden public[o]” son distintas “de las cuestiones puramente

²³⁸ *Palmateer v. Int'l Harvester Co.*, 421 N.E.2d 876, 878 (Ill. 1981).

personales”.²³⁹ Una ofensa al sentido de la dignidad, o las normas morales, de una persona puede ser puramente personal, y no afectar a los ciudadanos del estado colectivamente.

Típicamente, las violaciones al orden público se dan cuando los contratos establecen sanciones a la parte que se niegue a violar una ley que beneficie a terceros o se niegue a renunciar a un beneficio legal establecido para ella misma. Por ejemplo, es una violación del orden público exigir a un empleado a cometer perjurio,²⁴⁰ participar en la fijación de precios,²⁴¹ modificar los informes de control de contaminación exigidos por el estado,²⁴² realizar un procedimiento médico para el cual no tenía licencia,²⁴³ violar la ley de protección al consumidor,²⁴⁴ o ocultar la violación de un estatuto que prohíbe el robo.²⁴⁵ Sin duda, la contravención al orden público violaría los estándares morales de un ciudadano respetuoso de la ley, y quizás también violaría su sentido de la dignidad, pero esto sólo porque sus normas morales requieren que sea respetuoso de la ley y, por lo tanto, obedezca los estatutos que se preocupan por el bienestar de los demás. También es una violación del orden público exigir que se renuncie al beneficio de leyes que tienen por objeto promover su propio bienestar. Por ejemplo, un empleador no puede prohibir a su empleado que se afilie a un sindicato, o que

²³⁹ Id.

²⁴⁰ *Ver* Petermann v. Int'l Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen & Helpers of Am., Local 396, 344 P.2d 25, 27 (Cal. Ct. App. 1959).

²⁴¹ *Ver* Tameny v. Atl. Richfield Co., 610 P.2d 1330, 1331, 1334 (Cal. 1980).

²⁴² *Ver* Trombetta v. Detroit, Toledo & Ironton R.R., 265 N.W.2d 385, 388 (Mich. Ct. App. 1978).

²⁴³ *Ver* O'Sullivan v. Mallon, 390 A.2d 149, 149–50 (N.J. Super. Ct. 1978).

²⁴⁴ *Ver* Harless v. First Nat'l Bank, 246 S.E.2d 270, 276 (W. Va. 1978).

²⁴⁵ *Ver* Vermillion v. AAA Pro Moving & Storage, 704 P.2d 1360, 1361 (Ariz. Ct. App. 1985).

presente un reclamo de compensación laboral.²⁴⁶ En tales casos, sus normas morales y su sentido de la dignidad son violadas sólo porque podría considerar inmoral o servil tener que eludir una ley diseñada para su propia protección.

En otro tipo de casos, la parte que busca argumentar que una cláusula ofende su sentido de la dignidad o normas morales también debe argumentar que viola el orden público tal y como queda expresado en las leyes o decisiones judiciales.²⁴⁷ Hay ciertas demandas que han tenido éxito, pero las dificultades implicadas pueden ser ilustradas con un caso de Arizona, *Wagenseller v. Scottsdale Memorial Hospital*.²⁴⁸ Una empleada del hospital alegó que fue despedida por haber ofendido a su supervisora al negarse a participar en una obra de teatro que parodiaba la canción *Moon River*, la cual concluía con destapes. El tribunal entendió que exigir a un empleado a exponer sus nalgas era una violación del orden público ya que una ley estatal que prohíbe la exposición indecente “establece una política clara de que la exposición pública del ano o los genitales es contraria a las normas públicas de moralidad”.²⁴⁹

Con todo, según este razonamiento, los límites del derecho del empleador de despedir a la actora dependen de una decisión de la legislatura sobre qué conducta criminalizar. El tribunal en cuestión se otorgó cierto margen de maniobra al decir que hubiera alcanzado el mismo resultado aún cuando el empleador no hubiera violado la ley, siempre que se observara una

²⁴⁶ *Ver* Glenn v. Clearman’s Golden Cock Inn, 13 Cal. Rptr. 769, 771 (Ct. App. 1961); Frampton v. Cent. Ind. Gas Co., 297 N.E.2d 425, 427 (Ind. 1973).

²⁴⁷ *Ver* Wagenseller v. Scottsdale Mem’l Hosp., 710 P.2d 1025, 1031 (Ariz. 1985).

²⁴⁸ *Ver id.* p. 1035 (diciendo que “todos los espectadores eran voyeurs y no se ofenderían”).

²⁴⁹ *Id*

violación a la política subyacente.²⁵⁰ Pero esta flexibilidad fue removida por una ley posterior de Arizona, que estableció que una violación al orden público debe ser una violación de la ley.²⁵¹

Supongamos que no hay ley en Arizona que prohíba la exposición indecente. Supongamos que la obra de teatro requería que la demandante se desnude hasta lo que constituya el mínimo legal de ropa que se debe usar sin violar el estatuto. Supongamos que lo que se le dijo a la demandante era que se presente en un evento de playa de la compañía usando un bikini o un traje de baño de dos piezas y que ella se hubiera negado a hacerlo, aunque otras empleadas no se hayan opuesto. El empleador no debería tener el derecho contractual de exigir ningún tipo de comportamiento que un empleado considere degradante o moralmente ofensivo simplemente porque la legislatura no lo tipificó como delito. Además, como ilustra el ejemplo del bikini, el estándar personal de dignidad y moralidad de un empleado puede violarse aún cuando no lo haría al de otras personas.

Un mejor enfoque sería entonces enfrentar la pregunta de una manera directa: ¿cuándo es que una intrusión a los estándares personales de dignidad o moralidad justifican una acción contractual que se base sólo en esa causa? En tales casos, los tribunales podrían dar alivio en base a que el término es lesivo [unconscionable] aunque no sea económicamente injusto. Es útil

²⁵⁰ Ver id.

²⁵¹ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 23-1501(A)(3) (2018) (“Un empleado tiene acción contra el empleador por terminación del contrato sólo si una o más de estas circunstancias ocurren: ... (b) El empleador ha terminado la relación laboral en violación de una ley de este estado.”). Según un tribunal de Arizona, “la legislatura previó una excepción expresa a la indicación de la corte [en *Wagenseller*] que ella, en lugar de la legislatura, tiene la autoridad para definir orden público.” *Galati v. Am. W. Airlines, Inc.*, 69 P.3d 1011, 1013 n.2 (Ariz. Ct. App. 2003).

distinguir los casos en los que una intrusión a estos estándares favorece los intereses de la otra parte y los casos, como *Wagenseller*, en los que no lo hace.

Si un término contractual favorece los intereses de una parte, quien lo encuentre ofensivo no debería gozar de acción si los conoció cuando celebró el contrato, a menos que no haya tenido otra alternativa razonable que aceptar. El Second Restatement of Contracts proporciona un buen principio general: “Cuando la otra parte tenga razones para creer que la parte que manifiesta tal asentimiento no lo haría si supiera que el escrito contiene un término en particular, el término no es parte del acuerdo.”²⁵² Por el contrario, si la parte que manifiesta su asentimiento tiene razones para creer que la otra parte no sabría que cierto término es ofensivo para él, debe preguntar si el contrato contiene tal término.

Supongamos que una mujer es contratada para trabajar en una joyería y firma un contrato en el que se compromete a cumplir con los procedimientos de seguridad. Suponga que uno de los procedimientos requiere que pase por un detector de metales que toma fotografías de desnudos que serán vistas por una empleada mujer. Pocas mujeres se opondrían a que no se exija al empleador a llamar la atención sobre ese tipo de procedimiento en el proceso de contratación de una empleada. Si las fotografías fueran vistas por empleados y empleadas, suficientes mujeres se opondrían, y el empleador debería estar obligado a informar sobre esta cláusulas a futuras empleadas.

Como ejemplo adicional, Stephen Curry, jugador estrella del equipo campeón de la NBA en 2017, los Golden State Warriors, se negó a visitar la Casa Blanca y reunirse con el presidente

²⁵² RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 211(3) (AM. L. INST. 1981).

Donald Trump, debido a sus diferencias políticas. Supongamos que a Curry, en su contrato de trabajo con los Warriors, se le exige que visite la Casa Blanca y se reúna con el presidente. Supongamos que ese término estuviera enterrado entre los otros, por lo que es poco probable que él lo sepa a menos que le fuera señalado explícitamente. Si hubiera sido costumbre que los campeones de la NBA visiten la Casa Blanca sin importar quién es el presidente, un jugador profesional como Curry debería haber conocido el término, o ser presumido como que lo conocía y que por tanto debía preguntar si asumía la obligación de visitar al presidente. Si no hubiera sido costumbre, entonces si su empleador sabía que Curry podría objetar, su empleador debería haberle dicho que tendría que hacer la visita.

Una persona que sabe del término ofensivo puede, sin embargo, no tener otra alternativa razonable que aceptarlo. Puede estar actuando en una emergencia. Supongamos que una mujer embarazada rompió bolsa inesperadamente a las 4:00 a.m. y cuando la llevaron de urgencia al hospital más cercano para someterla a una cesárea, firmó un acuerdo que permitiría al hospital filmar toda la operación y mostrársela a estudiantes de medicina con fines educativos. Debido a que suficientes mujeres se opondrían, el hospital debería llamarle la atención sobre este término. Sin embargo, incluso si lo hiciera, la cláusula no debería ser obligatoria. La razón no es sólo que la mujer la habría encontrado ofensiva y no tenía otra alternativa razonable, sino también que el hospital puede educar adecuadamente a los estudiantes de medicina filmando el parto de mujeres que no se opongan a estas cláusulas.

Supongamos que a un empleado se le informó cuando fue contratado que estará sujeto a un código de vestimenta establecido y modificado periódicamente por un comité

ejecutivo. Supongamos que el empleado es judío y el comité le prohíbe usar kipá. Si el trabajo es en la industria de servicios y requiere contacto diario con los clientes por parte de los empleados que visten con un casco de uniforme, el término responde al interés del empleador, quien debería poder exigir al empleado que se vista como los demás.²⁵³ Si el empleador tenía razones para creer que el empleado objetaría, el empleado debería haber sido advertido de este requisito con anticipación. Si la prohibición de usar un kipá no contribuye en nada al negocio del empleador, el empleador no debería poder prohibirlo.

Esta distinción fue ignorada en *Pierce v. Ortho Pharmaceutical Corp.*²⁵⁴ La demandante, Dr. Grace Pierce, “era la única médica de un equipo de profesionales que estaba desarrollando loperamida, un fármaco líquido para el tratamiento de la diarrea en bebés, niños y ancianos. La formulación propuesta contenía sacarina”.²⁵⁵ El “equipo estuvo de acuerdo con que la fórmula no era adecuada para niños”.²⁵⁶ Dr. Pierce se negó a continuar trabajando en el proyecto cuando, en respuesta a una directiva de la división de marketing, se tomó la decisión de seguir desarrollando el fármaco. Aunque la empresa la invitó a optar por trabajar en otro proyecto, ella renunció alegando que la nueva asignación equivalía a una degradación, y que le habían dicho que nunca sería promovida,

²⁵³ La Corte Suprema hizo una distinción similar en *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986), sosteniendo que la garantía de libertad de religión de la primera enmienda no se violó cuando a un rabino que prestaba servicio en la Fuerza Aérea se le prohibió usar la kipá. La disposición no fue arbitraria, según el tribunal, porque, en “[e]l considerado juicio profesional de la Fuerza Aérea[,] . . . el equipamiento tradicional del personal con uniformes estandarizados fomenta la subordinación de las preferencias e identidades personales a favor de la misión general del grupo”. Id. en 508.

²⁵⁴ 417 A.2d 505, 513 (N.J. 1980).

²⁵⁵ Id. p. 506–07.

²⁵⁶ Id. p. 507.

debido a su “incapacidad para relacionarse con el personal de marketing”.²⁵⁷ El tribunal estuvo de lado de la empleadora.

Con el enfoque que estamos sugiriendo, la Dr. Pierce debería haber prevalecido en el juicio en tanto fuera capaz de probar que la empresa podría haberla asignado a otro proyecto, sin perjudicar sus intereses, y sin degradarla o disminuir sus responsabilidades o perspectivas de promoción. En cambio, el tribunal desestimó su demanda con el argumento de que, dado que no se le había pedido que violara un estatuto, su creencia de que estaba violando su juramento hipocrático no importaba. Desafectarla no era “contrario a un claro mandato de orden público”²⁵⁸.

Hasta ahora, hemos estado discutiendo situaciones en las que la cláusula que una parte encuentra ofensiva sirve a algún interés de la otra parte. Existen, sin embargo, cláusulas que no lo hacen. Exigir el cumplimiento de tales cláusulas es arbitrario. En tales casos, la cláusula no debe de ser vinculante, sin importar que la parte que la encuentre ofensiva pueda haberla esperado.

Un ejemplo es *Wagenseller*. La cláusula en cuestión, que sus empleados expusieran sus nalgas, no favorecía en modo alguno al interés del hospital. Otro ejemplo sería que los empleados deban asistir a un evento anual de la oficina en la que el CEO se exprese en términos innecesariamente ofensivos. Por ejemplo, el CEO habitualmente hace bromas raciales o sexuales. Aquellos que las encuentren ofensivas no deberían estar obligados a asistir. Ello es así aún cuando aquellos que no asistan no sean miembros de la raza o género que se ridiculiza, y por lo que no puedan alegar discriminación contra ellos mismos por motivos de raza o sexo.

²⁵⁷ Id.

²⁵⁸ Id. p. 513–14.

Tales términos no deben ser obligatorios porque la prestación requerida no era querida. Aunque se trate de términos auxiliares, la prestación que requieren debe ser entendida y aceptada conscientemente por los empleados. Caso contrario el contrato es involuntario. En contraste, si los términos son económicamente justos, como hemos visto, deberían ser vinculantes aún cuando una de las partes no sea consciente de ellos.

IV. Remedios por Incumplimiento Contractual

En el que ha sido llamado el artículo de investigación más influyente que se haya escrito, Lon Fuller y William Perdue argumentaron que el remedio normal por incumplimiento contractual protegía el “interés de expectativa”, que es el interés de “que se me coloque en una posición tan buena como si el contrato se hubiera cumplido”.²⁵⁹ Comenzaron su artículo diciendo que “las reglas jurídicas sólo pueden entenderse con referencia a los fines que sirven”.²⁶⁰ Hemos visto por qué un contrato de intercambio es obligatorio. Si el contrato es económicamente justo, cada parte es compensada por asumir el riesgo de que el contrato sea desventajoso. Permitirle que se eche atrás es como permitirle que revoque una apuesta justa. De ser así, Fuller y Perdue se equivocaron al concluir que el propósito del remedio normal de incumplimiento contractual es proteger el interés de expectativa. El remedio adecuado haría eso sólo por coincidencia. El remedio apropiado debería ser el

²⁵⁹ L.L. Fuller & William Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52, 54 (1936) (énfasis omitido). Esta posición ha sido reconocida por el RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 344 (AM. L. INST. 1981).

²⁶⁰ Fuller & Perdue, *supra* nota 259, p. 52.

de otorgar el valor de la apuesta; debe compensar a la parte cumplidora por los riesgos que asumió la parte incumplidora.

Al hablar del interés de expectativa, Fuller y Perdue señalaron: “No es ... fácil explicar por qué la regla normal” pone a la parte en tan buena posición como si el contrato se hubiera cumplido. Aunque algunos dicen que hacerlo compensa a la parte que no incumple, “en este caso ‘compensamos’ al demandante dándole algo que nunca tuvo”.²⁶¹ Hacer eso, sugirieron, es una manera indirecta de proteger el interés perdido [reliance interest]. Algunas pérdidas son difíciles de probar. Por ejemplo, las “‘ganancias evitadas’ por la confianza, es decir, los detrimentos involucrados en la pérdida de oportunidad de celebrar otros contratos”.²⁶² Poner al demandante donde habría estado si el contrato se cumpliera “es una cura ... en el sentido de que ofrece la medida de recuperación más probable para reembolsar al demandante por los (a menudo muy numerosos y muy difíciles de probar) actos y abstenciones que constituyen su confianza en el contrato.”²⁶³

Si estuvieran en lo correcto, la ejecución de los contratos buscaría proteger a la parte que asumió gastos por confiar en una promesa. El remedio normal, en principio, sería la compensación por la pérdida sufrida por confiar. La predicción de Grant Gilmore se habría hecho realidad: *La muerte del contrato* habría llevado al surgimiento de un derecho diferente, muy parecido a la responsabilidad extracontractual.²⁶⁴

Pero eso no puede ser así. Los contratos son obligatorios incluso cuando las partes cambian su posición antes de la prestación. Los daños surgidos por la confianza no son el

²⁶¹ Id. pp. 52-53.

²⁶² Id. p. 60.

²⁶³ Id.

²⁶⁴ Ver en general GILMORE, *supra* nota 1.

remedio normal. Cada parte contrata para cerrar un trato favorable, uno en el que cada parte asume ciertos riesgos y es compensado por los riesgos que asume. Sería circular decir que al hacerlo, las partes confían la una en la otra porque olvidan la oportunidad de contratar en términos similares con otra persona. La razón por la que cada parte desea contratar con alguien es la de cerrar un trato favorable.

En consecuencia, el propósito de darle a una parte algo que nunca tuvo es el mismo que el de permitir que un asegurado cobre la cantidad adeudada según lo establecido por la póliza. Se pagó a la compañía de seguros para que asumiera ese riesgo, y no se le debe permitir retractarse cuando el riesgo se materializa.

A. El Riesgo de Recibir un Precio Menos Favorable

Como hemos visto, cuando las partes de un contrato acuerdan un precio lo que hacen es protegerse contra el riesgo de recibir un precio menos favorable. Cuando la parte cierra el contrato, como en el caso de la póliza de seguros, debe tener el beneficio del precio que se le garantizó.

En consecuencia, el remedio típico es y debería ser el de permitir que la parte que no incumple obtenga ese beneficio. Coincidentemente, ese remedio a menudo coloca a una parte en una posición tan buena como si el contrato se hubiera cumplido. El cumplimiento específico permite que una parte reciba la prestación que se le prometió al precio establecido en el contrato. La indemnización por daños y perjuicios debería otorgarle la diferencia entre el precio menos ventajoso ahora disponible para él y el precio del contrato. Las fórmulas son bien

conocidas. En un contrato de compraventa de bienes, el comprador recibe la diferencia entre el precio de mercado más alto y el precio del contrato. El vendedor recibe la diferencia entre el precio del contrato y el precio más bajo de mercado o reventa. La parte que se obligó a prestar un servicio recibe la diferencia entre el precio del contrato y los costos ahorrados por el incumplimiento. La parte para la que se iba a realizar el servicio recibe el costo de completarlo menos el precio del contrato.

Estos remedios protegen lo que Fuller y Purdue llamaron el “interés de expectativa” del demandante.²⁶⁵ Pero hacerlo no es un fin en sí mismo. El fin es obligar a cada una de las partes a la asignación de riesgos a la que cada una de ellas convino cuando contrataron. A veces, ese fin se logra poniendo a la parte no incumplidora en una posición tan buena como la que habría tenido si se hubiera cumplido el contrato, pero a veces no es así. Examinaremos dos situaciones en las que no lo es.

1. La Parte que no Incumple Está Peor: El Vendedor del Volumen Perdido

La parte que no incumple puede estar peor a causa del incumplimiento, no porque se haya visto obligada a aceptar un precio menos favorable, sino porque se haya perdido de realizar una venta adicional. La doctrina ortodoxa le permite recuperar la cantidad extra que habría ganado en la venta si el comprador no hubiera incumplido el contrato. Ese sería el resultado adecuado si la protección del “interés de expectativa” fuera un fin en sí mismo. Según nuestro enfoque, no lo es, ya que la parte que no

²⁶⁵ Fuller & Perdue, supra nota 259, p 54 (énfasis omitido).

incumplió no se vio privada de su garantía de que no tendría que vender a un precio menos favorable.

La sección 2-708(2) del Uniform Commercial Code permite la recuperación de “la ganancia [...] que el vendedor habría obtenido del pleno cumplimiento por parte del comprador”.²⁶⁶ Un ejemplo es *Neri v. Retail Marine Corp.*²⁶⁷ El comprador había comprado un barco de un modelo específico a un distribuidor de barcos. Seis días después, el comprador notificó al vendedor que deseaba rescindir el contrato ya que estaba a punto de ser hospitalizado y operado. Cuatro meses más tarde, el barco encargado por el comprador y recibido por el distribuidor fue vendido a otro comprador, por el precio que el primer comprador había acordado pagar. El primer comprador era responsable del precio del contrato menos los costos que el comerciante se ahorró en no tener que adquirir otro barco. El comerciante estaba peor de lo que hubiera estado si se hubiera cumplido el contrato con el primer comprador.

Debido a sus problemas médicos, el barco ya no valía más para el primer comprador que el dinero que tenía que pagar por él. El intercambio se había vuelto involuntario en el sentido que hemos descrito antes. Hemos sostenido que cuando eso sucede, incluso si la razón fuere que una de las partes cambió de opinión, el contrato no debe ejecutarse, a menos que sea económicamente injusto para la otra parte.

En el caso del vendedor de un volumen perdido, no es económicamente injusto. Las partes contratan a un precio determinado para evitar el riesgo de recibir un precio menos favorable. En *Neri*, el vendedor no recibió un precio menos favorable. Si el contrato no es ejecutado, él no se vería

²⁶⁶ U.C.C. § 2-708(2) (AM. L. INST. & NAT’L CONF. OF COMM’RS ON UNIF. STATE L. 2017).

²⁶⁷ Ver en general 285 N.E.2d 311 (N.Y. 1972)

perjudicado. Si el contrato es ejecutado, estaría protegido contra el riesgo de que el comprador tenga que pagar por una cosa que no desea. Ese riesgo es como el que crean los jugadores cuando apuestan ante un lanzamiento de moneda. Si ninguna de las partes estuviera obligada por los términos de la apuesta, ninguna se vería perjudicada. Cuando existe un riesgo de daño que una de las partes debe soportar, las partes adversas al riesgo lo colocarán en la parte que pueda soportarlo más fácilmente. Pero las personas que son adversas al riesgo no estarán prestas a celebrar un contrato que crea un riesgo de daño que existe sólo si el contrato es vinculante.

Supongamos que hay dos comerciantes de barcos ubicados uno al lado del otro, en competencia. Un posible comprador va primero a uno, luego al otro y luego de regreso al primero, buscando términos más favorables. Supongamos que negocia acerca de cuánto se le cobraría si se le concediera el privilegio de revocar unilateralmente. La presión de la competencia llevaría a cada distribuidor a otorgarle ese privilegio sin cargo adicional. Cada comerciante se daría cuenta de que si el comprador no se echa atrás, venderá un barco extra. Si el comprador revoca, no perderá nada.

2. Cuando la Parte que No Incumple No Está Peor

En los casos que acabamos de discutir, la parte que no está incumpliendo está peor que si el contrato hubiera sido ejecutado, pero no porque tuviera que aceptar un precio menos favorable que el que le garantizaba el acuerdo. En raras situaciones, la parte que no incumple puede terminar no estando peor, aunque tenga que aceptar un precio menos favorable.

Un ejemplo es *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*.²⁶⁸ El demandado se obligó a venderle lechuga al demandante por \$0.09 la libra. Cuando el precio subió, el demandado incumplió el contrato y vendió la lechuga a un tercero a un precio más alto. El demandante recuperó comprando lechuga al precio más alto, que procesó y revendió a terceros. Sin embargo, el demandante no salió peor parado, porque sus contratos para revender la lechuga no eran de precio fijo, sino de costo más ganancia. En consecuencia, pudo trasladar el precio más alto que pagó a sus clientes. El tribunal otorgó al demandante la diferencia entre el precio más alto que pagó por la lechuga y el precio del contrato. Ese resultado sería erróneo si el propósito de otorgar un remedio fuera poner al demandante en una posición tan buena como la que habría tenido si se hubiera cumplido el contrato. Sin embargo, el tribunal llegó al resultado correcto. Las partes apostaron sobre si el precio de la lechuga subiría o bajaría, y la parte que no incumplió ganó la apuesta. Debido a que aseguró su apuesta, recibió una ganancia inesperada. Si no se le permitía recuperar, la ganancia inesperada tenía que ir a la parte que incumplió; es decir, a la parte que perdió la apuesta. Lo que es más, el contrato garantizaba a la parte incumplidora que recibiría el precio del contrato incluso si el precio de la lechuga bajaba. La parte que no incumplió proporcionó esa garantía. No debería importar que bajo las circunstancias especiales del caso, la parte que no incumplió proporcionó esa garantía sin riesgo para sí misma.

²⁶⁸ Ver en general 42 Cal. Rptr. 2d 286 (Ct. App. 1995).

B. El Riesgo de los Daños Consecuenciales

Una consecuencia del incumplimiento contractual es que la parte que no incumple puede verse obligada a aceptar un precio menos favorable que el que se le garantizó. Pero también pueden surgir otras consecuencias adversas. Si nuestro enfoque es correcto, el hecho de que la parte que no incumple pueda recuperarlos depende de si las hipótesis adversas se encuentran entre los riesgos que asumió la parte que incumplió. Decir que lo que se protege es su interés de expectativa oscurece este tipo de cuestión. Ya que esta teoría sugiere que la no incumplidora debe estar en una posición tan buena como si el contrato hubiera sido cumplido, sin análisis ninguno, acerca de los riesgos que asumió la parte incumplidora y fue compensada por asumir.

Si las consecuencias adversas de un incumplimiento serían muy similares para cualquier comprador o cliente de la parte incumplidora, normalmente esta puede asumir el riesgo de las consecuencias al costo más bajo, y será compensada por asumirlo cobrando a cada comprador o cliente un poco más. El vendedor está en la mejor posición de prever y controlar el riesgo de incumplimiento y distribuir ese riesgo entre transacciones similares. Si las consecuencias adversas difieren de un cliente a otro, el vendedor seguirá siendo compensado si cobra un precio más alto a aquellos clientes para quienes es probable que las consecuencias adversas sean anormalmente grandes. Pero el vendedor no sería compensado si cobrara a todos sus compradores o clientes el mismo precio aunque, para algunos de ellos, las consecuencias adversas de un incumplimiento sean mucho más probables que para otros. El vendedor no debe ser responsable ante una parte que sufre un

daño anormalmente grande a menos que esa parte haya pagado una cantidad adicional para que él asuma ese riesgo adicional.

El Common Law a menudo protege al vendedor contra la responsabilidad por tales daños invocando la regla de *Hadley v. Baxendale*.²⁶⁹ En ese caso, el molino del demandante se detuvo por la avería de un eje. El demandante contrató al demandado para que transporte el eje a un fabricante así lo pueda usar como modelo para fabricar uno nuevo. El incumplimiento contractual consistió en un retraso del transporte, y el accionante demandó por las ganancias que perdió debido a que el molino estuvo detenido por un prolongado período de tiempo. El tribunal denegó el petitorio alegando que ese daño no era previsible en el momento en que se celebró el contrato.

Si nuestro enfoque es correcto, no debería importar si el daño era previsible al momento en que se celebró el contrato. Lo que debería importar es si el demandado fue compensado por asumir el riesgo de que el daño ocurriera. En *Hadley*, la empresa de transporte no fue compensada por asumir ese riesgo. Presuntamente, la compañía de transporte cobró la misma cantidad por transportar el eje en cuestión que habría cobrado por transportar cualquier otra cosa del mismo peso y volumen a la misma distancia. Podría haber incluido una cantidad extra por cubrir el riesgo de daño que un incumplimiento pueda ocasionar a un cliente típico. Pero no hay prueba de que la demandada le haya cobrado a la demandante una cantidad adicional por correr el riesgo de ser responsable en caso de que el molino se detenga por un tiempo. Un contrato es económicamente justo cuando cada parte es compensada por los riesgos que el contrato le atribuye. Habría sido injusto responsabilizar al demandado.

²⁶⁹ (1854) 9 Exch. 341.

Los tribunales, a menudo, han aplicado la regla de *Hadley*, a pesar de que el daño del demandante sea previsible, siendo el daño anormalmente grande, y el precio del contrato no ajustado para reflejar tal riesgo. *Hadley* mismo pudo haber sido un caso así. Según se lee en el caso, “el demandante le dijo al demandado que el molino estaba parado”.²⁷⁰ Victor Goldberg ha demostrado que esa nota no era errónea.²⁷¹ Dos años luego de la decisión, John William Smith y Sir Henry Signer Keating, patrocinantes de *Baxendale* y *Hadley* respectivamente, fueron coautores de una selección de casos destacados, en la que señalaron que el demandante le dijo al transportista que el molino estaba detenido.²⁷²

El Second Restatement of Contracts acepta la regla de *Hadley* de que “[l]os daños no son recuperables por pérdidas que la parte incumplidora no tenía motivos de prever . . . al momento del contrato.”²⁷³ Sin embargo, en una ilustración basada en *Hadley*, el Restatement explica que la razón por la cual un tribunal podría denegar resarcimiento es que los daños sean desproporcionadamente altos.

A, un camionero privado, se obliga ante B a entregar en su fábrica una máquina que acaba de ser reparada y sin la cual la fábrica de B, como A sabe, puede reabrir. La entrega se retrasa porque el camión de A se descompone.

²⁷⁰ Id. en p. 341.

²⁷¹ Ver VICTOR P. GOLDBERG, *RETHINKING THE LAW OF CONTRACT DAMAGES* 166–67 (2019). Ver Venkatesan Niranjan, *The Contract Remoteness Rule: Exclusion, Not Assumption of Responsibility* (2017), en ANDREW DYSON, JAMES GOUDKAMP & FREDERICK WILMOT-SMITH, *DEFENCES IN CONTRACT* 187, 198–99 (2017).

²⁷² Ver JOHN WILLIAM SMITH & SIR HENRY SINGER KEATING, *A SELECTION OF LEADING CASES ON VARIOUS BRANCHES OF THE LAW: WITH NOTES* 431 (1856).

²⁷³ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 351(1) (AM. L. INST. 1981).

En una acción de B contra A por incumplimiento contractual, el tribunal puede, después de tomar en consideración ciertos factores tales como la ausencia de un contrato escrito y la extrema desproporción entre el lucro cesante de B y el precio de los servicios de transporte, excluir la recuperación por lucro cesante.²⁷⁴

De hecho, hay una serie de casos que se remontan casi hasta *Hadley*, que niegan resarcimiento cuando los daños fueron desproporcionados, aunque hayan sido previsibles.²⁷⁵

La regla de *Hadley* fue el resultado de una peculiaridad de la historia del derecho en cuanto a que se reemplazó una regla anterior que limitaba el resarcimiento de daños desproporcionadamente altos. El tribunal de *Hadley* adoptó una regla propuesta por Robert Pothier, un jurista francés del siglo XVIII, que pasó al Código Civil francés.²⁷⁶ Pothier siguió la

²⁷⁴ Id. § 351 illus. 17.

²⁷⁵ Ver *Postal Instant Press, Inc. v. Sealy*, 51 Cal. Rptr. 2d 365, 373–75 (Ct. App. 1996) (no haciendo lugar al pedido del franquiciante de regalías futuras del franquiciado); *Sundance Cruises Corp. v. Am. Bureau of Shipping*, 7 F.3d 1077, 1084 (2d Cir. 1993) (decidiendo por el no recupero de pérdidas ocasionadas por defectos de un barco que el defendido había certificado no tener); *Armstrong Rubber Co. v. Griffith*, 43 F.2d 689, 691 (2d Cir. 1930) (sin dar compensación al daño causado al negocio del demandante generado por la entrega de cubiertas defectuosas por parte del demandado); *McEwen v. McKinnon*, 11 N.W. 828, 830 (Mich. 1882) (sin compensar la pérdida de ganancia de una industria cuando el demandado falló en entregar una caldera); *Snell v. Cottingham*, 72 Ill. 161, 170 (1874) (no reconoció pérdidas ocasionadas por el no uso de una avenida que no fue construida y entregada a tiempo); *Moulthrop v. Hyett*, 17 So. 32, 33–34 (Ala. 1895) (sin reconocer daños por pérdida de ganancias cuando el defendido no pudo entregar una maquina para secar ladrillos con la capacidad prometida, a pesar de que el tribunal agregó que los daños eran remotos y especulativos); *Fleming v. Beck*, 48 Pa. 309, 312 (1864) (sin dar compensación por ganancia perdida de un molinero); *Armstrong & Latta v. City of Philadelphia*, 94 A. 455, 458 (Pa. 1915) (sin dar compensación por la ganancia que podría haber obtenido el dueño de una maquina si le hubiera sido devuelta a tiempo). Para más casos, ver Larry T. Garvin, *Disproportionality and the Law of Consequential Damages: Default Theory and Cognitive Reality*, 59 OHIO ST. L.J. 339, 345–60 (1998).

²⁷⁶ Ver REINHARD ZIMMERMANN, *THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION* 830 (1990).

sugerencia de un jurista francés del siglo XVI llamado Charles du Moulin.²⁷⁷ Du Moulin estaba perplejo ante una regla de derecho romano que limitaba los daños que el demandante podía recuperar en algunos contratos al doble del precio del contrato.²⁷⁸ Pensó que su fundamento “es que muy probablemente no se previó o pensó que se sufriría un daño mayor o que había un riesgo más allá del objeto principal que el objeto principal mismo.”²⁷⁹ Pothier ignoró la regla romana y reafirmó el razonamiento de du Moulin, que terminó convirtiéndose en una regla por derecho propio: “La persona que debe una prestación esta obligada sólo por los daños que uno pueda haber previsto en el momento de la celebración del contrato que el acreedor podría sufrir.”²⁸⁰ Si nuestro enfoque es correcto, los romanos tenían razón. Los daños deben limitarse cuando son desproporcionadamente altos. Nuestra ley actual es el producto de dos errores: uno de Du Moulin en cuanto a su estimación de la razón de ser de la regla, y el otro de Pothier, que sustituyó la razón por la regla misma.

La justificación de la regla, según Baron Alderson, en su opinión en *Hadley*, es que “de haberse conocido las circunstancias especiales [que provocaron un daño imprevisto] las partes habrían previsto términos especiales para el incumplimiento contractual”.²⁸¹ Eso puede ser, pero ¿Por qué suponer que la parte infractora está dispuesta a ser responsable de daños previstos si no acepta correr ese riesgo? ¿Por qué habría aceptado sin cobrar una cantidad extra?

²⁷⁷ Ver id. at 829.

²⁷⁸ Ver id. (donde se discute el intento de Du Moulin's de racionalizar C. 7.47.1).

²⁷⁹ CAROLUS MOLINAEUS, TRACTATUS DE EO QUOD INTEREST no. 60 (1574).

²⁸⁰ Robert Pothier, *Traité des obligations*, en 2 OEUVRES DE POTHIER 497 (Bugnet ed., 2d ed. 1861).

²⁸¹ *Hadley v. Baxendale*, (1854) 9 Exch. 341, 355.

Las defensas económicas más sofisticadas de la regla se han basado en la misma suposición. Según Posner, la regla de la previsibilidad “induce a la parte que tiene conocimiento del riesgo a, tomar las precauciones apropiadas por sí misma o, si cree que la otra parte podría ser la más eficiente en prevenir o distribuir la pérdida (aseguradora), a revelar el riesgo a esa parte, y pagarle para que lo asuma.”²⁸² De acuerdo con Ian Ayres y Robert Gertner, la regla de la previsibilidad obligará a la parte que sabe que el daño puede ocurrir a aceptar la responsabilidad por ello o a transmitir esa información a quien pueda prevenirlo mejor.²⁸³ Si no, presumiblemente, se negará a aceptar la responsabilidad. Si la parte que recibe la información acordó asumir la responsabilidad y cobrar extra por ese supuesto, debería ser responsable. El problema es que la regla de la previsibilidad no exige que esa parte esté de acuerdo, sino simplemente que esté informada y, una vez informada, pueda prever la pérdida que pueda ocurrir.

V. Distribución de Riquezas Injusta: Injusticias Que el Derecho de Contratos No Puede Remediar

Hay otros casos en los que un contrato es injusto y, sin embargo, el derecho de los contratos no puede proporcionar un remedio adecuado. Como se señaló anteriormente, una función del mercado es racionar el precio de los bienes para aquellos que están dispuestos a pagar más por ellos. A cualquier precio por debajo del fijado en un mercado competitivo, habría colas de personas que desearían comprar. Los bienes irían a quienquiera

²⁸² POSNER, supra nota 72, p. 141.

²⁸³ Ian Ayres & Robert Gertner, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 99 YALE L.J. 87, 101 (1989).

que sea el primero en la fila, o tenga amigos que puedan ayudarlos a obtenerlos.

Acaso sea justo racionar los bienes según los precios de mercado depende de si es justa la distribución del poder adquisitivo en la sociedad. Estos son asuntos que Aristóteles diría se refieren a la justicia distributiva más que a la conmutativa.²⁸⁴ La justicia distributiva asegura, en la medida de lo posible, que cada ciudadano posea una porción justa de los recursos. La justicia conmutativa preserva esa porción. Los contratos son una cuestión de justicia conmutativa. Permiten que cada parte reciba algo que quiere más de lo que da a cambio, sin que una se enriquezca a expensas de la otra. La doctrina de la lesión [unconscionability] no puede ser de ayuda en un mundo en que las personas son demasiado pobres como para pagar por atención médica básica y una vivienda digna.

Los precios de los contratos—por ejemplo, el salario que se paga por el trabajo—afectan el acceso a bienes que la gente puede adquirir. Rakoff tiene razón cuando dice:

[S]i vamos a ser realistas sobre el derecho de los contratos, en el momento actual, las leyes que establecen salarios mínimos, por ejemplo, son una parte tan importante del derecho de los contratos como lo es la tradicional Ley de Fraudes ... [N]osotros vivimos en una sociedad de mercado, donde para sobrevivir uno tiene que participar en el mercado una y otra vez y en donde la distribución básica de la riqueza tiene se realiza a través del mismísimo mecanismo del contrato.²⁸⁵

²⁸⁴ Rakoff, *supra* nota 174, p. 737.

²⁸⁵ *Id.* en pp. 736–37.

Por la misma razón, Dagan y Heller tienen razón en cuanto a que un contrato de trabajo es un tipo de contrato diferente al intercambio ordinario.²⁸⁶ Lo describiríamos como un tipo de contrato mixto. Los salarios pagados, las condiciones de trabajo y el tipo de trabajo deben reflejar tanto la justicia conmutativa voluntaria del intercambio, como el nivel de vida que la justicia distributiva debe promover. Para nosotros, eso es una ilustración del valor de distinguir entre justicia distributiva y conmutativa. Si la distribución de la riqueza es injusta, los contratos que celebre la gente serán injustos y, todavía, los tribunales se enfrentarán con este dilema: parecerá incorrecto tanto ejecutar tales contratos como anularlos.

En *Carboni v. Arrospide*, una persona en condiciones de vulnerabilidad pidió prestada una gran suma de dinero al 200% de interés para pagar los gastos médicos de familiares en el Perú.²⁸⁷ El tribunal sostuvo que el contrato era desproporcionado [unconscionable] y dio una explicación inconsistente. Según el tribunal, fue sustancialmente desproporcionado [substantive unconscionability] porque el prestatario fácilmente podría haber obtenido términos más favorables. Fue procedimentalmente desproporcionado [procedurally unconscionable] porque no pudo obtener una mejor tasa debido a su mal crédito, y nadie le iba a prestar por menos. Si el tribunal tenía razón al discutir este último punto entonces el prestatario debería haber recibido la tasa de interés para una persona con su crédito en un mercado competitivo. La tasa de interés reflejaba las escasas perspectivas de que pudiera devolver el dinero al prestamista. Si los tribunales se negaran a hacer cumplir tales contratos, otras personas en la posición del

²⁸⁶ Ver DAGAN & HELLER, supra nota 5, p. 96.

²⁸⁷ 2 Cal. Rptr. 2d 845, 846 (Ct. App. 1991).

demandado tendrán que dejar a sus familiares sin atención médica en lugar de acceder a prestamos. Al mismo tiempo, hacer cumplir un préstamo a una tasa de interés del 200% parece escandaloso.

En casi todos los Estados, los contratos de arrendamiento contienen una garantía implícita de habitabilidad, que requiere que el inmueble debe ser apto para la habitación humana.²⁸⁸ Suponga que una persona de bajos recursos se interesa en alquilar un apartamento en ruinas, en el que observa ratas y cucarachas; el arrendador le informa que la calefacción se apaga periódicamente en invierno, la plomería a veces falla, el techo gotea y que no tiene intención de arreglar estas fallas. El propietario está dispuesto a alquilar por \$100 al mes (que es todo lo que el inquilino puede pagar) siempre y cuando el inquilino acepte tomar las instalaciones tal y como están, sin garantía de habitabilidad. En la mayoría de los Estados, esta garantía es irrenunciable.²⁸⁹ En el lenguaje del derecho contractual, la renuncia estaría viciada [would be unconscionable]. Sin embargo, es probable que si el propietario asumiera esta responsabilidad sin cobrar más renta, operaría a la pérdida. Si los tribunales sostienen que la renuncia es nula, es posible que el inquilino no encuentre un lugar donde vivir con lo que pueda pagar. Si el tribunal acepta la renuncia, el arrendador estaría alquilando un local que no es apto para habitación humana. Este no es un problema que el derecho de contratos pueda resolver. Solo puede resolverse garantizando que la gente pueda pagar atención médica y viviendas adecuadas.

²⁸⁸ Ver 1 MILTON R. FRIEDMAN, *FRIEDMAN ON LEASES* app. p. 10A-2 (5th ed., 2005).

²⁸⁹ Ver JESSE DUKEMINIER ET AL., *PROPERTY: CONCISE EDITION* 325 (2014).

Un dilema similar puede aparecer en condiciones de escasez a corto plazo. Un caso de Texas, decidido en 1960, sin ninguna referencia a la doctrina de la lesión [unconscionability], confirmó un préstamo de \$29 en dracmas griegas a una mujer en la Grecia ocupada por los nazis.²⁹⁰ Ella había acordó devolver \$2,000 al prestamista. Si el tribunal hubiera tenido que aplicar la doctrina de lesión [unconscionability], es difícil saber si debería haber validado el contrato o no. Durante la ocupación nazi, muchos griegos murieron de hambre. Para esa mujer, \$29 pueden haber significado la diferencia entre la vida y la muerte. El precio de un préstamo de esa cantidad, en un mercado competitivo, puede haber sido enorme por la misma razón que una cantimplora de agua puede tener un precio enorme para personas que están en un bote salvavidas con muy poco para beber. La vida y la muerte no puede ser racionada en términos de precio. Parece indignante que el prestamista le haya cobrado tanto a esta mujer para sobrevivir. Sin embargo, es paradójico negarse a hacer cumplir el contrato. Ella es la que sobrevivió, y se benefició del mismo sistema de racionamiento de precios del que se queja.

Un problema del óptimo de Pareto, como hemos visto, es que un contrato puede dejar a ambas partes mejor ex ante y dejar a uno de ellos peor ex post. Otro problema es que ignora la injusticia que resulta de la distribución del poder adquisitivo. Según Calabresi, por “el test de Pareto”, un cambio es deseable si “hace que alguien en esa sociedad esté mejor y nadie en ella empeore”.²⁹¹ Supuestamente, ese cambio es deseable “por extraño o nefasto que sean los puntos de partida y gustos que definan, y por escandalosas que fueran las distribuciones de

²⁹⁰ Ver *Batsakis v. Demotisis*, 226 S.W.2d 673, 675 (Tex. Civ. App. 1949).

²⁹¹ Calabresi, *supra* nota 67, en p. 1215.

riqueza y poder que nuestro derecho creó o dio por sentado.”²⁹²
La mala distribución de la riqueza y el poder nada tienen que ver con la eficiencia, que es el objetivo de los economistas. Tienen mucho que ver con la justicia, que es el objetivo del sistema jurídico. Sin embargo, esa injusticia no es una que el derecho de contratos pueda corregir.

Conclusión

Como hemos visto, la autonomía por sí sola no explica al derecho de contratos. Tampoco lo hace la eficiencia.

Hemos tratado de mostrar que una teoría del derecho de los contratos no puede prescindir del principio de la justicia conmutativa o equidad económica. Un contrato de cambio es económicamente justo cuando cada parte es compensada por los riesgos que asumió. Si no es justamente compensada, el mal a remediar es la injusticia, no la falta de autonomía, las desventajas negociales o las debilidades personales que explican por qué la otra parte pudo tratarlo injustamente. Esta teoría no contradice a la economía moderna. Las herramientas de la economía moderna nos permiten explicar mejor cuándo una parte recibe una compensación justa. Explican por qué, normalmente, es compensado de manera justa, cuando contrata al precio de mercado, por el riesgo de que cambien los precios. Si desconoce el contrato cuando el precio de mercado fluctúa, actúa como una persona que se retracta luego de perder una apuesta justa.

²⁹² *Id.* en 1216.

Para cumplir su propósito, el contrato debe ser voluntario. Es voluntario cuando cada parte recibe algo que valora más de lo que debe dar a cambio. Si no lo hace, el contrato no debe ejecutarse, excepto cuando no hacerlo sería económicamente injusto para la otra parte.

Esperamos que nuestra teoría explique no solo por qué los contratos de intercambio son ejecutados, sino también las principales doctrinas que rigen esa ejecución y las acciones disponibles para ejecutarlos.