

Traducción de
EDUARDO L. SUÁREZ

ROBERT COOTER y THOMAS ULEN

DERECHO Y ECONOMÍA



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

VI. TEORÍA ECONÓMICA DEL CONTRATO

El movimiento de las sociedades progresistas ha sido hasta ahora un movimiento del Estatus al Contrato.

HENRY MAINE, *Ancient Law*, 1861, p. 170.

Cualquiera que en materia de negocios estipula con otro se propone hacer esto: "Dame tú lo que me hace falta, y yo te daré lo que te falta a ti". Ésta es la inteligencia de semejantes compromisos, y éste es el modo de obtener del otro mayor parte en los buenos oficios de que se necesita en el comercio de la sociedad civil. No de la benevolencia del carnicero, del vinatero, del panadero, sino de sus miras al interés propio es de quien esperamos y debemos esperar nuestro alimento.

ADAM SMITH, *The Wealth of Nations*, 5a. ed., 1789, p. 22.

Una promesa invoca la confianza en mis acciones futuras, no sólo en mi sinceridad actual.

CHARLES FRIED, *Contract as Promise*, 1981, p. 11.

LA GENTE hace promesas constantemente: los vendedores prometen felicidad; los amantes prometen matrimonio; los generales prometen la victoria, y los niños prometen portarse mejor. El derecho se involucra cuando alguien trata de lograr que se cumpla una promesa. Veamos algunos ejemplos:

Ejemplo VI.1: El tío rico. El tío rico de un estudiante universitario pobre se entera en la fiesta de graduación de que su sobrino se graduó con honores. Conmovido por buenos sentimientos, el tío promete al sobrino un viaje alrededor del mundo. Más tarde, el tío olvida su promesa. El estudiante demanda a su tío, pidiendo al tribunal que lo obligue a pagarle un viaje alrededor del mundo.

Ejemplo VI.2: El Chevy abandonado. Un vecino ofrece vender a otro un automóvil usado por \$1000. El comprador entrega el dinero al vendedor, y el vendedor le entrega las llaves del automóvil al comprador. Para su gran sorpresa, el comprador descubre que las llaves corresponden al Chevrolet abandonado en el traspatio, no al brillante Cadillac que se encuentra en la cochera. El vendedor se sorprende igualmente de saber que el comprador esperaba recibir el Cadillac. El comprador pide al tribunal que ordene al vendedor entregarle el Cadillac.

Ejemplo VI.3: El exterminador de saltamontes. Un agricultor, respondiendo al anuncio que vio en una revista de "un medio seguro para exterminar los saltamontes", envía por correo \$25 y recibe también por correo dos bloques de madera con las instrucciones: "Coloque al saltamontes en el bloque A y aplástelo con el bloque B". El comprador pide al tribunal que obligue al vendedor a devolverle los \$25 y pagarle \$500 por concepto de daños punitivos.

¿Deberían los tribunales hacer cumplir las promesas en estos ejemplos? Una promesa es legalmente exigible si los tribunales ofrecen un remedio a la víctima de la promesa incumplida. Tradicionalmente, los tribunales se han mostrado cautelosos en lo tocante al cumplimiento de las promesas que no se otorgan a cambio de algo. En el ejemplo VI.1, la promesa de un viaje alrededor del mundo es un regalo para el sobrino. El tío rico no recibe nada a cambio, de modo que, de acuerdo con el análisis tradicional, los tribunales no deberían hacer cumplir la promesa del tío. En el ejemplo VI.2, el dinero se entrega a cambio de una promesa, pero el vendedor creía que otorgaba una promesa distinta de la que el comprador creía que estaba recibiendo. Los tribunales se niegan a menudo a hacer cumplir las promesas confusas. En el ejemplo VI.2, los tribunales requerirían probablemente que el vendedor devolviese el dinero y el comprador las llaves del automóvil. El ejemplo VI.3 implica un engaño, no una confusión. Un "método seguro para exterminar los saltamontes" significa algo más de lo que el vendedor entregó. Por lo general, los tribunales otorgan un remedio a las víctimas de promesas engañosas.

Si se incumple una promesa legalmente exigible, ¿cuál debería ser el remedio? Un remedio requiere que el violador de la promesa la cumpla. Por ejemplo, si el tribunal decidiera que el vendedor del ejemplo VI.2 incumplió su promesa, podría ordenar que el vendedor entregue el Cadillac al comprador. Esta clase de remedio es imposible en el ejemplo VI.3, porque el vendedor no puede exterminar los saltamontes como lo prometió. En consecuencia, en el ejemplo VI.3 el remedio debe implicar el pago de daños monetarios como una compensación por no haber entregado un exterminador eficaz de los saltamontes.

Nuestros ejemplos ilustran las dos cuestiones fundamentales del derecho de los contratos: "¿Qué promesas deben hacerse cumplir legalmente?" y "¿cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?" Los tribunales enfrentan estos interrogantes cuando deciden las disputas contractuales, y las legislaturas enfrentan estos interrogantes cuando debaten proyectos legislativos para regular los contratos. Una teoría del derecho de los contratos debe guiar a tribunales y legislaturas contestando estos dos interrogantes.

1. TEORÍA DE LA NEGOCIACIÓN: UNA INTRODUCCIÓN A LOS CONTRATOS

A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, los tribunales y los comentaristas legales angloamericanos desarrollaron la "teoría de la negociación de contratos" para contestar estos dos interrogantes fundamentales del derecho de los contratos. La teoría de la negociación sostenía que la ley debería hacer cumplir las promesas otorgadas en una negociación. A fin de aplicar esta respuesta, los teóricos aislaron y abstraieron los elementos mínimos de una negociación característica. Los elementos mínimos de una negociación siguen siendo fundamentales para entender la noción que los abogados tienen de los contratos. Explicaremos la teoría de la negociación para aislar los elementos mínimos de una negociación, y luego utilizaremos estos elementos como bloques de construcción de una teoría económica de los contratos.

A. ¿Qué promesas deberían ser legalmente exigibles?

"¿Qué promesas deberían ser legalmente exigibles?" La teoría de la negociación tiene una respuesta clara para este interrogante, a la que llamaremos *el principio de la negociación: una promesa es legalmente exigible cuando se formula como parte de una negociación; de otro modo, una promesa no es legalmente exigible*. La teoría de la negociación hace depender el cumplimiento legal de una clasificación de las promesas como "negociaciones" o "no negociaciones". En consecuencia, la teoría requiere una especificación exacta de las condiciones necesarias y suficientes para que el tribunal concluya que hubo una negociación.

Los teóricos de la negociación distinguieron tres condiciones: oferta, aceptación y consideración. "Oferta" y "aceptación" tienen en esta teoría el mismo significado que en el discurso común: una de las partes debe formular una oferta ("Me llevaré ese Chevy abandonado por \$1 000"), y la otra parte debe aceptarla ("Hecho"). A veces, las prácticas comerciales y las convenciones sociales prescriben las señales que deberán emitirse para hacer y aceptar ofertas. Por ejemplo, en una subasta, un comprador puede señalar una oferta de

compra levantando una mano, y el subastador puede señalar la aceptación gritando "¡Vendido!". A veces, el derecho de los contratos y los estatutos especifican procedimientos para la oferta y la aceptación. Por ejemplo, la mayoría de los estados requieren contratos escritos y su registro para las ventas de inmuebles.

El "promitente" es la persona que otorga una promesa, y el "receptor de una promesa" es la persona que recibe una promesa. En una negociación, el receptor induce al promitente a hacer la promesa. La inducción puede consistir en dinero, como ocurre cuando el agricultor paga \$25 por la promesa de un instrumento que extermina saltamontes. La inducción puede consistir en bienes, como ocurre cuando un vendedor de automóviles entrega un automóvil a cambio de la promesa de un pago futuro. La inducción puede consistir en un servicio, como ocurre cuando un pintor pinta una casa a cambio de la promesa de un pago futuro. O la inducción puede consistir en otra promesa, como ocurre cuando un agricultor promete entregar trigo a un mayorista en el otoño, y el mayorista promete pagar cierto precio al recibir la mercancía. Así pues, las formas de una negociación incluyen el dinero por una promesa, los bienes por una promesa, los servicios por una promesa y la promesa por una promesa.

Independientemente de la forma, cada negociación implica una *inducción recíproca*: el receptor da algo para inducir al promitente a otorgar la promesa, y el promitente otorga la promesa para inducir al receptor. La ley utiliza el término técnico *consideración* para describir lo que da el receptor al promitente para inducir la promesa. Por ejemplo, el hecho de que el agricultor pague \$25 es una consideración para la promesa de proporcionar un instrumento que extermine saltamontes. La entrega de un automóvil, el pintado de una casa o una promesa de entregar cosechas pueden ser consideraciones para una promesa de pago futuro.

De acuerdo con la teoría de la negociación, el contrato permanece incompleto hasta que el receptor entregue algo al promitente para inducir la promesa. Una vez completado, el contrato se vuelve legalmente exigible. En otras palabras, *la consideración vuelve legalmente exigible a la promesa*. La teoría de la negociación sostiene que las promesas aseguradas por una consideración son legalmente exigibles, mientras que las promesas que carezcan de una consideración no son legalmente exigibles.

Ilustremos la teoría de la negociación aplicándola a los tres ejemplos del principio de este capítulo. En el ejemplo VI.1, el sobrino no dio aparentemente nada para inducir la promesa de su tío rico de un viaje alrededor del mundo. Aparentemente no hubo consideración, de modo que la promesa no es legalmente exigible. En general, la promesa de hacer un regalo, que no es inducida por la promesa de algo a cambio, no es legalmente exigible bajo la teoría de la negociación.

En cambio, en el ejemplo VI.2 sí hubo una consideración a cambio de la promesa de entregar el automóvil usado. El interrogante planteado en el ejemplo VI.2 consiste en saber si hubo una oferta y una aceptación. El vendedor pensaba que estaban hablando del Chevy abandonado, mientras que el comprador creía que estaban hablando del immaculado Cadillac. El vendedor ofreció vender un bien y el comprador aceptó comprar otro bien. No hubo "reunión de las mentes". Sin una reunión de las mentes, no hay oferta ni aceptación: sólo hay una falla de la comunicación.

En el ejemplo VI.3, el vendedor ofreció un método seguro para exterminar saltamontes a cambio de \$25, el comprador aceptó la oferta y la consideración asumió la forma del pago de \$25. Por lo tanto, la promesa es legalmente exigible de acuerdo con la teoría de la negociación.

Concluiremos esta sección relacionando las negociaciones con la justicia. La mayoría de las personas tienen ciertas creencias acerca de las negociaciones justas. En una negociación justa, cada parte entrega un valor equivalente. En el lenguaje del derecho, un contrato es justo cuando el valor de la promesa es proporcional al valor de la consideración. En una negociación injusta, en cambio, el valor de la promesa es desproporcionado al valor de la consideración. Para ilustrar una negociación injusta, recordemos que el hermano mayor (Esaú), en una famosa historia bíblica, prometió ceder sus derechos hereditarios a un hermano menor (Jacob) a cambio de un plato de lentejas.

De acuerdo con la teoría de la negociación, un tribunal debería hacer cumplir las promesas inducidas por una consideración, independientemente de que la consideración tenga o no un valor equivalente al de la promesa. Aquí basta que el promitente crea que la consideración es adecuada para inducir la promesa. La teoría de la negociación sostiene que los tribunales deberían determinar si ocurrió una negociación sin inquirir si la negociación fue justa. En consecuencia, la doctrina de la consideración exige que los tribunales hagan cumplir algunas promesas injustas, como el intercambio de una herencia por un plato de lentejas.¹

Otra teoría limitaría a los tribunales a hacer cumplir las negociaciones justas. Para aplicar tal teoría, un tribunal tendría que preguntarse si el valor de la promesa era equivalente al valor de la consideración. A menudo, las personas difieren acerca del valor de los bienes, y los litigantes con frecuencia disfrazan los valores a la vista de los tribunales. Determinar la equivalencia de las cosas intercambiadas requiere que los tribunales obtengan mucha información. La supervisión de la justicia en todas las negociaciones abrumaría a los tribunales

¹ Si Esaú se hubiera estado muriendo de hambre cuando prometió su herencia por un plato de lentejas, es posible que el contrato no hubiese sido legalmente exigible en los términos de la doctrina de la negociación, porque operaría una excepción, llamada "la defensa de necesidad", que analizaremos en el capítulo siguiente.

e inhibiría al comercio. En consecuencia, la mayoría de las personas desea que los tribunales hagan cumplir las negociaciones, sin supervisarlas. Es posible que este hecho explique por qué los tribunales en general no examinan la justicia de las negociaciones. Sin embargo, algunas negociaciones son tan desmesuradas que la mayoría de las personas requiere poca información para condenarlas como injustas. Los tribunales estadounidenses modernos se niegan a veces a hacer cumplir las negociaciones extremadamente desmesuradas. (Véase en el capítulo siguiente el análisis de la "inconsciencia".)

Pregunta VI.1: Los individuos cambian a menudo la forma de una promesa, tratando de incrementar su certeza de que los tribunales la harán cumplir en sus términos. Para ilustrar, supongamos que el tío rico del ejemplo VI.1 deseara asegurar a su sobrino el apoyo legal de la promesa de un viaje alrededor del mundo. Es más seguro que los tribunales hagan cumplir las promesas formuladas dentro de una negociación, en relación con las promesas formuladas como un regalo. La tradición prescribe cómo cambiar la forma de una promesa, de un regalo a una negociación. De acuerdo con la tradición, el tío ofrecería solemnemente un viaje alrededor del mundo para su sobrino a cambio de un chile, y el sobrino entregaría solemnemente al tío un chile. Más recientemente, la gente disfraza un regalo como una negociación pronunciando la frase: "en consideración de lo cual, te doy \$1". ¿Hará esta charada que la promesa del tío sea legalmente exigible bajo la teoría de la negociación? Conteste este interrogante utilizando la doctrina de que los tribunales exigen la presencia de la consideración pero no su adecuación. Conteste también este interrogante utilizando la doctrina de que los tribunales deben negarse a exigir el cumplimiento de las negociaciones extremadamente injustas.

Pregunta VI.2: El derecho romano hacía legalmente exigibles ciertas clases de promesas y negaba tal sanción a otras clases de promesas. En el derecho romano, por lo general el cumplimiento forzoso de una promesa requería la oferta y la aceptación, pero casi nunca requería la consideración. El derecho romano carecía de la doctrina de la consideración porque no se basaba en la teoría de la negociación. Relacione estos hechos del derecho romano con la sanción legal de una promesa de entregar un regalo.

JURISPRUDENCIA TIPO HUMPTY-DUMPTY: LA HISTORIA DE LA PALABRA "CONSIDERACIÓN"

Cuando yo uso una palabra, quiere decir lo que yo quiero que diga... ni más ni menos.

HUMPTY-DUMPTY en LEWIS CARROLL,
Through the Looking-Glass.

EN LA TEORÍA de la negociación de contratos, "consideración" significa algo que el receptor entrega al promitente para inducir la promesa. De acuerdo con la teoría de la negociación, la consideración vuelve a la promesa legalmente exigible. Los tribunales angloamericanos aceptaron la teoría de la negociación en los primeros años de este siglo y por lo tanto adoptaron el principio legal de que la consideración vuelve legalmente exigible una promesa. Más tarde, con el paso de los años, se acumularon las excepciones a este principio. Sin embargo, los tribunales son lentos para descartar los principios abstractos que adoptan. En lugar de renunciar al principio de la consideración, los tribunales hicieron algo característico en ellos: cambiaron el significado de la "consideración". En vez de significar "algo que el receptor entrega al promitente para inducir la promesa", la palabra "consideración", tal como la usan los tribunales, llegó a significar "aquello que vuelve legalmente exigible una promesa".

Una tautología es una proposición que es cierta por la definición de las palabras, como cuando decimos que "todos los esposos están casados". Cuando los tribunales cambiaron el significado de "consideración", redujeron el principio legal de la consideración a una tautología. Si "consideración" significa "aquello que vuelve legalmente exigible una promesa", no tendrá ninguna fuerza el principio de que "la consideración vuelve legalmente exigible una promesa". Cuando se reduce a una tautología, un principio legal sólo llama nuestra atención sobre el significado de una palabra, en lugar de decirnos algo acerca de las consecuencias legales de nuestras acciones. Habiendo convertido el principio de la consideración en una tautología, los tribunales podrían afirmar su verdad sin temor a equivocarse. Por lo tanto, tenemos aquí un ejemplo de una jurisprudencia tipo Humpty-Dumpty.

B. ¿Cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?

La teoría de la negociación tenía también una respuesta para el segundo interrogante fundamental de la teoría de los contratos: "¿Cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?" De acuerdo con la teoría de la negociación, el receptor tiene derecho al "beneficio de la negociación", es decir, al beneficio que habría obtenido del cumplimiento de la promesa. El cálculo de la compensación de acuerdo con esta fórmula implica una respuesta al interrogante contrario a los hechos: "¿Cómo habría mejorado la situación del receptor si el promitente hubiese cumplido la promesa?" El interrogante contrario a los hechos se refiere al beneficio que el receptor podría esperar razonablemente del cumplimiento. En consecuencia, llamamos *daños de expectativa* a la medida del daño según la teoría de la negociación.

Adviértase que la conexión existente entre las respuestas a los dos interrogantes: "¿Qué promesas deben hacerse cumplir legalmente?" y "¿cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?" Las promesas pueden exigirse legalmente, de acuerdo con la teoría de la negociación, si forman parte de una negociación; y el remedio para el incumplimiento de una promesa legalmente exigible es un premio por el valor esperado de la negociación. El hecho de una negociación establece la obligación legal, y el valor esperado de una negociación mide los daños.

Supongamos que las promesas son legalmente exigibles en los tres ejemplos presentados al inicio de este capítulo. ¿Qué mide los daños de expectativa? El daño de expectativa para el estudiante del ejemplo VI.1 es igual al valor que tenga para él un viaje alrededor del mundo. El daño de expectativa del comprador del ejemplo VI.2 es igual a la diferencia entre el valor que el comprador otorgue al Chevy abandonado y el valor que otorgue al immaculado Cadillac. En el ejemplo VI.3, el daño de expectativa del agricultor es igual al valor de los cultivos destruidos por los saltamontes.

Los valores contrarios a los hechos son difíciles de calcular. El costo de un viaje alrededor del mundo, como en el ejemplo VI.1, depende de la ruta que se siga y de que el viajero vaya en primera clase o en la clase económica. El valor de un Cadillac único y antiguo, como en el ejemplo VI.2, depende de las preferencias subjetivas del comprador. El valor de la exterminación de los saltamontes en el ejemplo VI.3 depende del valor de los cultivos que se habrían cosechado si no hubiesen sido destruidos por los insectos.

C. Crítica a la teoría de la negociación

Es clara la respuesta de la teoría de la negociación para el primer interrogante del derecho de los contratos. Desafortunadamente, la respuesta es también errada. A veces, la persona que hace una promesa desea cumplirla, y lo mismo ocurre con la persona que la recibe. El derecho de los contratos debería hacer cumplir tal promesa para ayudar a las personas a obtener lo que desean. Sin embargo, la teoría de la negociación niega el cumplimiento forzoso cuando la promesa no surgió de una negociación.

Por ejemplo, supongamos que un comprador inicia su búsqueda de un automóvil tomando un Chevrolet nuevo para hacer un viaje de prueba. Después de la prueba, el comprador planea continuar su búsqueda visitando otros distribuidores de automóviles. El vendedor desea inducir al comprador a que considere con cuidado la compra del Chevrolet nuevo. En consecuencia, el vendedor promete vender el Chevrolet nuevo al comprador, por un precio estipulado, siempre que el comprador acepte en el término de una semana. En otras palabras, el vendedor hace una "oferta en firme" y promete "mantenerla abierta" durante una semana. El comprador no quiere perder tiempo considerando la oferta cuidadosamente para descubrir después que el vendedor se retracta. En consecuencia, el comprador desea que la promesa sea legalmente exigible. El vendedor sabe que será más probable que el comprador considere la oferta con cuidado si la promesa es legalmente exigible, de modo que el vendedor desea que en tal caso la promesa sea legalmente exigible. Por lo tanto, el promitente y el receptor desean que la promesa sea legalmente exigible. A pesar de los deseos de ambas partes, la teoría de la negociación no considera la promesa legalmente exigible porque el comprador no dio nada al vendedor a cambio de su promesa de mantener abierta la oferta ("no hay consideración").

En otro ejemplo, supongamos que una prominente ex alumna promete entregar a la Universidad Old Siwash los fondos necesarios para la construcción de un edificio nuevo, que la universidad desea erigir. La ex alumna también desea que la universidad empiece la construcción de inmediato. A fin de obtener el efectivo necesario para la donación, la ex alumna debe liquidar activos, lo que llevará algún tiempo. La universidad no se atreve a iniciar la construcción sin tener una promesa legalmente exigible. En este ejemplo, ambas partes desean que la promesa sea legalmente exigible, pero la teoría de la negociación niega tal carácter a esta promesa, porque "carece de consideración". Las promesas de donativos no son inducidas por la perspectiva de una ganancia, de modo que siempre carecen de consideración.

En los dos ejemplos precedentes, ambas partes de la promesa desean que sea legalmente exigible, pero la teoría de la negociación rechaza tal carácter. Una teoría legal que defrauda los deseos de las personas afectadas por la ley

es una teoría *dogmática*. En cambio, una teoría legal que satisfaga los deseos de las personas afectadas por la ley es una teoría *que da respuesta*. Los tribunales de los Estados Unidos prefieren ahora dar respuesta antes que ser dogmáticos. En consecuencia, a menudo hacen cumplir las ofertas firmes y las promesas de donativos.² A resultas de tales hechos, la teoría de la negociación es típicamente considerada como una teoría errada.³

2. TEORÍA ECONÓMICA DEL CONTRATO

Queremos remplazar la teoría de la negociación con una teoría de los contratos menos dogmática, que dé más respuesta. En los dos ejemplos anteriores, el cumplimiento forzoso del contrato mejora aparentemente la situación de las dos personas, medida por sus propios deseos, sin empeorar la situación de nadie. Siempre que un cambio de la ley mejore la situación de alguien sin empeorar la situación de nadie, la "eficiencia de Pareto" requiere que se cambie la ley. La "ley eficiente en el sentido de Pareto" es un nombre técnico para la ley que da respuesta. Una teoría del derecho basada en la eficiencia de Pareto da respuestas y no es dogmática.

En general, *la eficiencia económica requiere el cumplimiento forzoso de una promesa si el promitente y el receptor deseaban ese cumplimiento cuando se hizo la promesa.* *
Elaboraremos esta idea central de la teoría económica de los contratos para contestar el primer interrogante del derecho de los contratos: "¿Qué promesas deben cumplirse legalmente?"

A. Cooperación y compromiso

Muchos intercambios ocurren de manera instantánea y simultánea, como cuando un comprador paga en efectivo los bienes que compra en la tienda. En un intercambio simultáneo e instantáneo, hay escasa razón para prometer nada. Por lo general, formular promesas se refiere a los *intercambios diferidos*, es decir, a las transacciones que requieren el paso del tiempo para su terminación. Por ejemplo, una parte paga ahora y la otra promete entregar los bienes más tarde

² El *Uniform Commercial Code* § 2-205 permite que ciertas ofertas firmes, pero no todas, sean legalmente exigibles durante un periodo que no exceda de tres meses. (Al inicio del capítulo VII se describe el UCC en un recuadro.) Los tribunales estadounidenses generalmente obligan al cumplimiento de las promesas de regalos hasta el punto de una confianza razonable. Cuando el receptor de la promesa es una organización no lucrativa, tal como una universidad, los tribunales estadounidenses a veces hacen cumplir en su totalidad las promesas de regalos.

³ Un famoso comentarista de la historia de la teoría de los contratos—Grant Gilmore, *The Death of Contract*, 1974—creía que la teoría clásica, o de la negociación, estaba casi muerta desde que nació.

("el pago por una promesa"); una parte entrega bienes ahora y la otra promete pagar después ("los bienes por una promesa"), o una parte promete entregar bienes más tarde y la otra promete pagar cuando se entreguen los bienes ("promesa por promesa").

El paso del tiempo entre el intercambio de promesas y su cumplimiento crea incertidumbres y riesgos. Las incertidumbres y los riesgos crean obstáculos para el intercambio y la cooperación. Por ejemplo, consideramos el intercambio diferido cuando las promesas *no* son legalmente exigibles. El vendedor pide al comprador que pague ahora por la entrega futura de bienes. Esta promesa que no es exigible implica un alto riesgo de que el vendedor no entregue los bienes como lo prometió. Un comprador cauto podrá negarse a pagar ahora por una promesa de entregar bienes en el futuro que *no* es exigible. El comprador cauto desea algo más fuerte que una obligación moral por parte del vendedor de entregar los bienes. Además, el comprador cauto puede estar dispuesto a pagar ahora por una promesa *exigible* de entregar los bienes en el futuro. Por lo tanto, el carácter exigible de las promesas estimula el intercambio y la cooperación entre los individuos.

Adviértase que las dos partes de este ejemplo desean que la promesa del vendedor sea exigible en el momento en que se hace. El comprador cauto desea el carácter exigible a fin de proveer un incentivo para el cumplimiento del vendedor y un remedio para el incumplimiento del vendedor. El vendedor desea el carácter exigible a fin de inducir al comprador a hacer la compra. Al volver exigible la promesa, el tribunal puede dar a ambas partes lo que desean. En esa forma promoverá el intercambio y estimulará la cooperación al reducir la incertidumbre y el riesgo.

A fin de desarrollar esta idea, describiremos una situación llamada el "juego de la agencia" que surge a menudo en la actividad comercial. En este juego, el primer jugador decide si pondrá o no un activo valioso bajo el control del segundo jugador. El primer jugador podría ser un inversionista de una corporación, un consumidor que anticipa fondos para la compra de bienes, un depositante de un banco, el comprador de una póliza de seguros, o alguien que contrata los servicios de una compañía de transportación, por ejemplo. Si el primer jugador pone el activo bajo el control del segundo jugador, este último decidirá si coopera o se apropia el activo. La cooperación es productiva. La productividad podría asumir la forma del beneficio derivado de una inversión, el excedente del comercio o el interés de un préstamo. Las partes se dividen el producto de la cooperación, de modo que ambas se benefician. La apropiación es redistributiva. La redistribución beneficia al segundo jugador a expensas del primero.

En el cuadro VI.1 representamos estas alternativas y les asignamos números. Los números indican la diferencia de la riqueza de los dos jugadores antes y después de jugar el juego de la agencia. El primer jugador que hace una mo-

CUADRO VI.1. *Juego de la agencia sin contrato*

		Segundo jugador	
		Cooperar	Apropiarse
Primer jugador	Invertir	0.5, 0.5	1.0, -1.0
	No invertir	0, 0	0, 0

vida en el cuadro VI.1 decide si hará o no una inversión de 1. Si no se hace ninguna inversión, el juego termina y los jugadores no reciben nada. Si se hace una inversión, el segundo jugador decide si cooperará o se apropiará el activo. La cooperación produce una ganancia total de 1. Los jugadores se dividen esa ganancia por partes iguales: el primer jugador recupera la inversión de 1 y además recibe una ganancia de 0.5, y el segundo jugador recibe una ganancia de 0.5. Así pues, los dos jugadores se benefician igualmente con el juego de la agencia. Por otra parte, el segundo jugador puede apropiarse el activo. La apropiación permite que el segundo jugador adquiera la inversión del primer jugador, sin producir nada: el primer jugador pierde 1, y el segundo jugador gana 1.

Consideremos las mejores movidas que cada jugador puede hacer en el cuadro VI.1. Si el primer jugador invierte, el segundo jugador recibirá más de la apropiación que de la cooperación. En consecuencia, la mejor movida del segundo jugador es la apropiación.⁴ El primer jugador podría sospechar que el segundo jugador se apropiará de su activo. En consecuencia, la mejor movida del primer jugador es "no invertir". Hemos demostrado que la solución del juego de la agencia en el cuadro VI.1 es "no invertir".

Las ganancias del juego de la agencia de el cuadro VI.1 suponen que las partes no pueden celebrar un contrato legalmente exigible. El impedimento para un contrato legalmente exigible podría ser el carácter dogmático de la ley o la corrupción de los tribunales. Consideremos ahora de qué manera cambiará la matriz si suponemos una ley responsable y tribunales honestos, de modo que las partes puedan celebrar un contrato legalmente exigible. Suponemos que el segundo jugador ofrece cooperar a cambio de una inversión del primer jugador, y que el primer jugador acepta el ofrecimiento e invierte. La inversión del primer jugador es una consideración para la promesa del segundo jugador. Suponemos que la ley considerará al segundo jugador responsable del pago de daños compensatorios en caso de que incumpla la promesa y se apropie el activo.

⁴ Los especialistas en la teoría de juegos describen como "estrategia dominante" a una movida que es la mejor frente a *cualquier* movida posible de la otra parte. En el cuadro VI.1, el segundo jugador tiene una estrategia dominante. El primer jugador no tiene una estrategia dominante, pero tiene una mejor respuesta ante la estrategia dominante del segundo jugador.

CUADRO VI.2. *Juego de la agencia con contrato*

		Segundo jugador	
		Cumplir	Incumplir
Primer jugador	Invertir (hay contrato)	0.5, 0.5	-0.5, 0.5
	No invertir (no hay contrato)	0, 0	0, 0

El cuadro VI.2 representa las nuevas ganancias del juego de la agencia cuando el primer jugador ofrece invertir a cambio de una promesa *legalmente exigible* de cooperación por parte del segundo jugador. Consideremos las ganancias del primer jugador. Si el primer jugador invierte y el segundo jugador cumple su promesa, el primer jugador recuperará su inversión y recibirá además una ganancia adicional de 0.5. Si el primer jugador invierte y el segundo jugador incumple su promesa, el primer jugador recibirá el pago de daños compensatorios. Suponemos que el pago de daños compensatorios restablece la ganancia del primer jugador al nivel que habría disfrutado si el segundo jugador hubiese cumplido su promesa. Si el segundo jugador hubiese cumplido su promesa, el primer comprador habría recuperado la inversión de 1 y recibido una ganancia de 0.5. Por lo tanto, el primer jugador recibe una ganancia neta de 0.5 por su inversión, independientemente de lo que haga el segundo jugador. Por otra parte, el primer jugador puede recibir una ganancia de 0 si no invierte. Frente a estas dos alternativas, la inversión es la mejor movida del primer jugador.

Supongamos que el primer jugador invierte y consideremos las ganancias del segundo jugador. El segundo jugador recibe una ganancia de 0.5 si cumple lo prometido (cooperación). En cambio, el incumplimiento del contrato (apropiación) genera una ganancia de 1 para el segundo jugador, quien deberá pagar una compensación del primer jugador. Como una compensación, el primer jugador deberá recibir 1 que ha invertido y 0.5 que se esperaba por concepto de beneficios. En consecuencia, una suma de 1.5 deberá restarse de la ganancia de 1 del segundo jugador, quien obtendrá una ganancia neta de -0.5 por haber incumplido el contrato. Por lo tanto, la mejor movida para el segundo jugador es la cooperación.

El cuadro VI.1 muestra que el primer jugador no invertirá cuando las promesas *no* sean legalmente exigibles. El cuadro VI.2 muestra que el primer jugador invertirá y el segundo jugador cooperará cuando las promesas sean legalmente exigibles. Por lo tanto, un contrato legalmente exigible convierte un juego de solución no cooperativa en un juego de solución cooperativa. *El primer propósito del derecho de los contratos es el de permitir que los individuos*

cooperen convirtiendo los juegos de soluciones no cooperativas en juegos de soluciones cooperativas.

Hemos demostrado que la solución única para el juego de la agencia con un contrato es la de "invertir" y "cumplir" (cooperar). Hasta ahora hemos discutido la mejor movida para cada jugador desde el punto de vista de ese jugador. Consideremos ahora la suma de las ganancias de ambos jugadores. La suma de las ganancias de ambos jugadores se encuentra sumando los dos números de cada celda del cuadro VI.1 o VI.2. La eficiencia exige que se escoja la celda que maximice la suma de las ganancias.⁵ Los números suman 1 cuando el primer jugador invierte y el segundo jugador coopera. De otro modo, los números suman cero. La inversión y la cooperación son productivos, mientras que la "no inversión" no cambia nada y la "apropiación" sólo redistribuye el dinero del primer jugador al segundo. Dados estos hechos, podemos expresar de otro modo la conclusión precedente: *El primer propósito del derecho de los contratos es el de permitir que los individuos conviertan los juegos de soluciones ineficientes en juegos de soluciones eficientes.*

El lenguaje de la teoría de los juegos aclara cómo los contratos legalmente exigibles promueven la cooperación. En la teoría de juegos, un *compromiso* elimina una oportunidad. Por ejemplo, Julio César incendiaba a veces los puentes por los que pasaba, a medida que su ejército avanzaba sobre el enemigo. Al incendiar los puentes comprometía a su ejército a atacar, eliminando la oportunidad de la retirada. De igual modo, la celebración de un contrato compromete al segundo jugador del cuadro VI.2 a cooperar. El compromiso se logra eliminando la oportunidad de una apropiación por medio del alto costo de la responsabilidad.

Un compromiso es *creíble* cuando la otra parte observa la eliminación de una oportunidad. Por ejemplo, el compromiso de Julio César para avanzar era creíble en la medida en que sus enemigos observaban el incendio de los puentes. De igual modo, el segundo jugador hace un compromiso creíble de cooperar, en el cuadro VI.2, siempre que el primer jugador conozca las ganancias del segundo jugador. En tal caso, el primer jugador reconocerá que la cooperación es lo que más conviene al segundo jugador.

Contestamos antes el primer interrogante del derecho de los contratos, "¿qué promesas deberían ser legalmente exigibles?", afirmando que una promesa debe ser legalmente exigible si ambas partes deseaban que lo fuera cuando se formuló la promesa. Ambas partes desean que una promesa sea legalmente exigible para que el promitente pueda comprometerse creíblemente a cumplir. Un compromiso creíble de cumplir permite que las partes cooperen, y la cooperación es eficiente.

⁵ Para ser precisos, la eficiencia de costo-beneficio requiere que se escoja la celda que maximice la suma de las ganancias, y la eficiencia de costo-beneficio corresponde en este ejemplo a la eficiencia de Pareto.

Para ilustrar, recordemos el ejemplo del tío rico que prometió a su sobrino un viaje alrededor del mundo. Es posible que el tío rico deba liquidar algunos activos para obtener el dinero necesario para el viaje de su sobrino. Mientras tanto, es posible que el sobrino necesite prepararse para el viaje haciendo algunas compras (boletos de avión, maletas, zapatos de nieve para el Ártico; etc.). El sobrino se resiste a usar su propio dinero en las compras, a menos que la ley obligue a su tío a cumplir la promesa. En consecuencia, el sobrino desea que la promesa sea legalmente exigible cuando se hace. El tío desea que el sobrino se prepare para el viaje. En tal virtud, el tío también desea que la promesa sea legalmente exigible cuando se hace. El carácter legalmente exigible de la promesa permite que el tío haga un compromiso creíble para su sobrino; un compromiso creíble permite que ambos cooperen.

En el segundo ejemplo del principio de este capítulo, el comprador creía que estaba comprando un Cadillac reluciente, y el vendedor creía que estaba vendiendo un Chevrolet abandonado. El comprador quería que la promesa fuese legalmente exigible cuando se hizo, y lo mismo quería el vendedor, pero el comprador y el vendedor estaban pensando en promesas diferentes. Creían de modo erróneo que ambos tenían en mente la misma promesa. En realidad, la cooperación entre ellos no podría producir un excedente. El caso del Chevvy abandonado ilustra la *ausencia* de un acuerdo de cooperación.

En el tercer ejemplo, el agricultor envió \$25 a cambio de una promesa de obtener "un medio seguro para exterminar saltamontes". El vendedor sabía que había hecho una oferta engañosa, y una oferta tal no provee ninguna base para la cooperación. Hemos dicho que la eficiencia económica requiere que una promesa sea legalmente exigible si el promitente y el receptor de la promesa deseaban tal cosa en el momento de formulación de la promesa. En el ejemplo del exterminador de saltamontes, el receptor deseaba que la promesa fuese legalmente exigible, mientras que el promitente deseaba que *no* fuese legalmente exigible. En este ejemplo, la ley no hace cumplir la promesa para que las partes puedan cooperar. Más bien, la ley hace cumplir la promesa para evitar que una de las partes engañe a la otra. El cumplimiento forzoso de algunas promesas engañosas estimula a los individuos para que se abstengan de hacerlas. El ejemplo VI.3 ilustra el hecho de que la eficiencia requiere a veces el cumplimiento forzoso de una promesa aunque una de las partes no deseaba tal cumplimiento cuando se hizo la promesa. En el siguiente capítulo encontraremos más ejemplos, cuando discutamos la información asimétrica entre el promitente y el receptor.

Pregunta VI.3: Explique por qué la teoría económica de los contratos impondría el cumplimiento forzoso de la oferta firme de vender un Chevrolet y la promesa de un donativo a la Universidad Old Siwash.

Pregunta VI.4: Explique por qué los números del cuadro VI.2 indican que el segundo jugador es responsable del pago de daños de *expectativa* en caso de incumplimiento.

Pregunta VI.5: En el cuadro VI.2, ambas partes desean que la promesa del segundo jugador sea legalmente exigible en el momento en que se hace, pero cuando llega el momento de cumplir, es posible que el promitente no desee el cumplimiento forzoso. ¿Qué dicen estos hechos acerca de la eficiencia de Pareto del cumplimiento forzoso de la promesa del segundo jugador? (Pista: Distinga entre la eficiencia de Pareto del cumplimiento forzoso cuando se hace la promesa, que podemos llamar eficiencia de Pareto *ex ante*, y la eficiencia de Pareto del cumplimiento efectivo de la promesa cuando llega el momento de cumplir, que podemos llamar eficiencia de Pareto *ex post*.)

Pregunta VI.6: Como un ejercicio en el campo del vocabulario legal, modificaremos los hechos acerca del contrato del cuadro VI.2 y los describiremos de otro modo. Supongamos que el primer jugador invierte a cambio de la promesa de cooperar del segundo jugador, y que el segundo jugador acepta prometiendo cooperar. ¿Cuál es la "consideración" en este contrato?

Pregunta VI.7: El cuadro VI.2 describe un juego basado en una negociación. Construya una matriz similar para describir un juego basado en una oferta firme.

B. Cumplimiento

Pasemos ahora al segundo interrogante del derecho de los contratos: "¿Cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?" Contestaremos el segundo interrogante utilizando el mismo marco analítico que utilizamos para contestar el primero. Pensemos en el remedio como el "precio" que debe pagar el promitente por incumplir el contrato. Entre mayor sea el precio del incumplimiento, más fuerte será el compromiso de cumplir del promitente. El *segundo propósito del derecho de los contratos es obtener el compromiso óptimo de cumplir*. Explicaremos ampliamente esta proposición.

1. Pago perfecto de los daños de expectativa

Las partes de un contrato tienen a veces una visión miope de su propio interés. Por ejemplo, los vendedores de las ferias trashumantes y los vendedores de automóviles usados tratan astutamente con sus clientes. De igual modo, los casatenientes tratan a menudo astutamente entre sí en las transacciones inmobiliarias. En general, las transacciones de gran cuantía que se hacen por una sola vez provocan tratos astutos. En tales transacciones, es posible que el promitente no se preocupe mucho por la pérdida que el incumplimiento imponga al receptor de la promesa. En efecto, es posible que el promitente sólo se preocupe por su responsabilidad. Si tal es el caso, el promitente cumplirá cuando ello le cueste menos que la responsabilidad por el incumplimiento, e incumplirá cuando el cumplimiento le cueste más que la responsabilidad por el incumplimiento. La fórmula siguiente resume estos hechos:

Cumplimiento efectivo e incumplimiento por un promitente egoísta y miope

[costo del cumplimiento para el promitente > la responsabilidad del promitente por el incumplimiento] \Rightarrow incumplimiento;

[costo del cumplimiento para el promitente < la responsabilidad del promitente por el incumplimiento] \Rightarrow cumplimiento.

Hemos venido discutiendo el compromiso de cumplimiento efectivo del promitente. Pasemos ahora de lo efectivo a lo ideal. La eficiencia requiere que se maximice la suma de las ganancias del promitente y el receptor de la promesa. El cumplimiento de una promesa beneficia al receptor y le cuesta al promitente. Por lo tanto, la eficiencia requiere que el promitente cumpla cuando sus costos sean menores que los beneficios del receptor, y también requiere que el promitente incumpla cuando ocurra lo contrario. La fórmula siguiente resume estos hechos:

Cumplimiento e incumplimiento óptimos

[costo del cumplimiento para el promitente > beneficio del cumplimiento para el receptor de la promesa] \Rightarrow es eficiente incumplir;

[costo del cumplimiento para el promitente < beneficio del cumplimiento para el receptor de la promesa] \Rightarrow es eficiente cumplir.

Una comparación de las fórmulas precedentes revela el remedio que promueve el cumplimiento y el incumplimiento eficientes. El promitente tiene incentivos para comportarse eficientemente cuando el cumplimiento efectivo corresponde al cumplimiento eficiente indicado por las fórmulas. Comparando las fórmulas de los dos apartados anteriores, vemos que son equivalentes cuando el beneficio del receptor de la promesa, derivado del cumplimiento, se iguala a la responsabilidad del incumplimiento para el promitente. En otras palabras, *el promitente tiene incentivos eficientes para cumplir e incumplir cuando la responsabilidad por el incumplimiento se iguala al beneficio perdido por el receptor de la promesa.*

Podemos enunciar esta proposición en varias maneras diferentes. Adviértase que cuando la responsabilidad del promitente se iguala al beneficio perdido por el receptor de la promesa, el promitente internaliza los costos del incumplimiento. En consecuencia, *el promitente tiene incentivos eficientes para cumplir cuando la responsabilidad internaliza los costos del incumplimiento.* Este enunciado llama la atención sobre un supuesto implícito en nuestra discusión. El supuesto implícito es que la responsabilidad engloba todos los costos que el incumplimiento del promitente imponga a otros. En el capítulo siguiente discutiremos algunos costos del incumplimiento que quizá no se incluyan en la responsabilidad.⁶

Como mencionamos antes, la ley otorga con frecuencia el pago de "daños de expectativa" como una compensación por el incumplimiento. El pago perfecto de los daños de expectativa vuelve a colocar al receptor de la promesa en la posición que habría disfrutado si se hubiese cumplido la promesa. En otras palabras, el pago perfecto de los daños de expectativa se iguala al beneficio perdido por el receptor de la promesa a resultados de su incumplimiento. Por ejemplo, el primer jugador del cuadro VI.2 recibe las mismas ganancias independientemente de que el segundo jugador cumpla o incumpla, de modo que el cuadro VI.2 incluye el supuesto de que la víctima del incumplimiento recibe un pago perfecto de los daños de expectativa. Ese pago hace que el promitente internalice los costos del incumplimiento. En consecuencia, *el pago perfecto de los daños de expectativa crea incentivos para el cumplimiento y el incumplimiento eficientes.*

La promesa compromete al promitente al cumplimiento. Entre mayor sea el costo de la responsabilidad, más fuerte será el compromiso de cumplir creado por la promesa. Cuando la responsabilidad se fija al nivel eficiente, el promitente cumplirá si el cumplimiento es más eficiente que el incumplimiento. En consecuencia, *el pago perfecto de los daños de expectativa genera un compromiso eficiente del promitente para cumplir.*

⁶ Por lo general, la responsabilidad excluye dos costos importantes: 1) los costos de litigación del receptor de la promesa, y 2) los costos del incumplimiento impuestos a terceros (es decir, personas distintas del promitente y el receptor).

2. Cumplimiento óptimo: un ejemplo

A fin de ilustrar el compromiso óptimo, construiremos un ejemplo donde el cumplimiento es a veces más eficiente que el incumplimiento, y el incumplimiento es a veces más eficiente que el cumplimiento. La promesa precede al cumplimiento. El espacio de tiempo puede crear incertidumbre acerca del costo del cumplimiento. Por ejemplo, el segundo jugador del juego puede ignorar que surgirán negocios urgentes después de la promesa. Si sucede así, el costo del cumplimiento será elevado, porque el cumplimiento utiliza recursos escasos que se requieren en otra parte. En estas circunstancias, es posible que el costo elevado del cumplimiento supere al beneficio.

En cambio, si el segundo jugador no tiene negocios urgentes, es posible que el costo del cumplimiento sea bajo, porque el cumplimiento utiliza recursos excedentes que no se requieren en otra parte. En estas circunstancias, el beneficio del cumplimiento puede exceder a su bajo costo. En general, las variaciones ocurridas en el costo de oportunidad de los recursos afectan el costo del cumplimiento.

Modificaremos el cuadro VI.1 para representar algunas variaciones en el costo del cumplimiento. El cuadro VI.1 supone implícitamente que los costos de la cooperación son nulos para el segundo jugador. Si el costo de la cooperación es nulo, la ganancia de la cooperación será 0.5 para el primer jugador y 0.5 para el segundo jugador, como aparece en el cuadro VI.1. Consideremos ahora la posibilidad de que el costo de la cooperación sea igual a 1.5. En tal caso, la ganancia de la cooperación será 0.5 para el primer jugador y $0.5 - 1.5 = -1.0$ para el segundo jugador.

Las ganancias se resumen en el cuadro VI.3 cuando la cooperación cuesta al segundo jugador a veces cero, y a veces 1.5. La primera columna indica las ganancias cuando los costos de la cooperación son nulos. Esta columna es idéntica a la primera columna del cuadro VI.1. La segunda columna indica las ganancias cuando la cooperación cuesta 1.5. La segunda columna representa una adición del cuadro VI.1. La tercera columna indica las ganancias de la apropiación. La tercera columna es idéntica a la segunda columna del cuadro VI.1. Al igual que éste, las ganancias del cuadro VI.3 suponen que no hay un contrato legalmente exigible entre las partes.

En los cuadros VI.1 y VI.2, el cumplimiento es siempre más eficiente que el incumplimiento. En el cuadro VI.3, el incumplimiento es a veces más eficiente que el cumplimiento. La eficiencia requiere que los jugadores escojan las acciones que maximicen la suma de las ganancias del primer jugador y el segundo jugador. La suma de las ganancias se obtiene sumando los dos números de cada celda del cuadro VI.3. Cuando el costo del cumplimiento es igual a 1.5, la suma de las ganancias derivadas de la cooperación será igual a $0.5 - 1.0 = -0.5$. En consecuencia, la cooperación es ineficiente. En cambio, la apropiación siem-

CUADRO VI.3. Juego de la agencia con costos de cooperación variables y sin contrato

	Segundo jugador		
	Cooperación (cuesta 0)	Cooperación (cuesta 1.5)	Apropiación
Primer jugador			
Invertir	0.5, 0.5	-1.0, 0.5	1.0, -1.0
No invertir	0, 0	0, 0	0, 0

pre iguala a cero la suma de las ganancias. Cuando la cooperación cuesta 1.5, sería más eficiente la apropiación que la cooperación. La eficiencia requiere que el segundo jugador coopere cuando la cooperación no cuesta nada, y que se apropie el activo cuando la cooperación cuesta 1.5.

Hemos explicado el comportamiento eficiente con las ganancias del cuadro VI.3. Consideremos ahora si los jugadores actúan de manera eficiente cuando buscan su ventaja privada. Si el primer jugador invierte, el segundo jugador recibirá más de la apropiación que de la cooperación. En consecuencia, la mejor movida del segundo jugador es la apropiación. El primer jugador podría sospechar que el segundo jugador se apropiará el activo. En consecuencia, la mejor movida del primer jugador es la de "no invertir". Por lo tanto, la solución del juego de la agencia del cuadro VI.3 es "no invertir". Así como en el cuadro VI.1, la ausencia de un contrato legalmente exigible impide en cuadro VI.3 que las partes cooperen.

Consideremos el cambio que causa en el cuadro VI.3 un contrato legalmente exigible. Supongamos que el segundo jugador promete cooperar y que la promesa es legalmente exigible. Supongamos también que el primer jugador recibe el pago perfecto de los daños de expectativa si invierte y el segundo jugador incumple. El cuadro VI.4 ilustra las ganancias con un contrato legalmente exigible y un pago perfecto de los daños de expectativa derivados del incumplimiento. La ganancia del primer jugador por su inversión es 0.5, independientemente de que el segundo jugador cumpla o incumpla. En cambio, la ganancia del primer jugador es igual a cero si no invierte. En consecuencia, la mejor movida para el primer jugador consiste en invertir.

Consideremos ahora la mejor estrategia para el segundo jugador, tal como se representa en el cuadro VI.4. El segundo jugador debe prometer que cooperará para inducir al primer jugador a invertir. Consideremos las ganancias del segundo jugador cuando hace una promesa legalmente exigible. Si el segundo jugador cumple, las ganancias son las mismas con un contrato legalmente exigible y sin él. En consecuencia, las ganancias del segundo jugador son las mismas en las dos primeras columnas del cuadro VI.3 que en el cuadro VI.4. Si el costo del cumplimiento es nulo, éste genera una ganancia neta de 0.5

CUADRO VI.4. *Juego de la agencia con contrato y costos de cooperación variables*

		Segundo jugador		
		Cumplimiento (cuesta 0)	Cumplimiento (cuesta 1.5)	Incumplimiento
Primer jugador	Invertir (hay contrato)	0.5, 0.5	-1.0, 0.5	-0.5, 0.5
	No invertir (no hay contrato)	0, 0	0, 0	0, 0

para el segundo jugador. Si el costo del cumplimiento es igual a 1.5, éste genera una ganancia neta de -1.0. Consideremos ahora el incumplimiento. Si el segundo jugador incumple, su ganancia será la misma que la indicada para el incumplimiento en el cuadro VI.2, es decir, -0.5.

Hemos descrito las ganancias del segundo jugador derivadas del cumplimiento y del incumplimiento, suponiendo que el jugador hace una promesa legalmente exigible cuyo incumplimiento lo hará responsable del pago perfecto de los daños de expectativa. La comparación de las ganancias revela que la mejor estrategia para el segundo jugador que hace una promesa legalmente exigible es el cumplimiento cuando cuesta cero y el incumplimiento cuando cuesta 1.5. Explicamos anteriormente que la eficiencia requiere que el segundo jugador cumpla cuando el cumplimiento cuesta cero y el incumplimiento cuesta 1.5. Hemos demostrado así que, en general, el pago perfecto de los daños de expectativa provee incentivos para el cumplimiento y el incumplimiento eficientes.

El pago de los daños de expectativa es el remedio más común para el incumplimiento de contratos en los Estados Unidos. Sin embargo, por lo general, el remedio efectivo difiere del remedio ideal. En otras palabras, los pagos de daños de expectativa otorgados de hecho por los tribunales son casi siempre imperfectos. Las imperfecciones son causadas por dificultades prácticas, especialmente por la dificultad que tienen los tribunales para obtener una información correcta. Por ejemplo, los beneficios perdidos pueden ser difíciles de estimar. A veces, las dificultades prácticas hacen que los tribunales abandonen el criterio de los daños de expectativa y otorguen remedios alternativos, como explicaremos en el capítulo siguiente.

Supongamos que el promitente y el receptor de la promesa desean que el contrato especifique el remedio para el incumplimiento. ¿Preferirían, en general, que el contrato especificara el pago perfecto de los daños de expectativa o un remedio diferente? Como hemos explicado, el pago perfecto de los daños de expectativa induce un compromiso eficiente para el cumplimiento y el incumplimiento. El compromiso eficiente maximiza el excedente derivado

del contrato, el cual podrán dividirse las partes. En consecuencia, por lo general las dos partes contratantes se benefician si eligen el pago perfecto de los daños de expectativa como el remedio para el incumplimiento, en lugar de elegir algún otro remedio. Al otorgar el pago de daños de expectativa, casi siempre los tribunales otorgan a las partes el remedio que ambas prefieren cuando celebran el contrato.

En general, la mejor medida del daño crea un nivel eficiente del compromiso de cumplir por parte del promitente, mientras que una medida incorrecta del daño crea un nivel ineficiente del compromiso. El pago de daños por debajo del mejor nivel hace que el promitente incumpla con demasiada frecuencia, lo que hace que el receptor de la promesa se resista a celebrar un contrato. El pago de daños por encima del mejor nivel requiere que el promitente cumpla cuando ello resulta demasiado costoso, lo que hace que el promitente se resista a celebrar un contrato. Demostraremos estos hechos, en un modelo formal, en el capítulo siguiente.

Pregunta VI.8: Supongamos que los altos costos del cumplimiento hacen que el promitente incumpla un contrato y pague en forma perfecta los daños de expectativa al receptor de la promesa. ¿Habría preferido el receptor que el promitente cumpliera?

Pregunta VI.9: Explique el incremento de las ganancias totales cuando se permite que el promitente incumpla y pague daños de expectativa cuando el cumplimiento es eficiente.

C. Confianza

Hemos explicado que el carácter legalmente exigible de los contratos permite que las partes cooperen, lo que en general implica dos clases de comportamiento. Primero, el promitente invierte en el cumplimiento. Por ejemplo, recordemos la promesa del tío rico de regalar a su sobrino un viaje alrededor del mundo. El tío debe prepararse para el cumplimiento liquidando algunos activos a fin de obtener el dinero necesario para el viaje de su sobrino. Segundo, el receptor de la promesa invierte en la confianza de la promesa. En nuestro ejemplo, el sobrino debe prepararse para el viaje haciendo algunas compras necesarias para el camino; es posible que el sobrino compre maletas, zapatos

para la nieve, un yelmo, etc. O considérese el ejemplo del agricultor que envía dinero por correo para comprar un "exterminador de saltamontes". El agricultor podría ampliar su granero previendo la necesidad de almacenar más cosechas. En general, el promitente invierte en el cumplimiento y el receptor de la promesa invierte en la confianza. La inversión puede asumir la forma de dinero, tiempo, esfuerzo u oportunidades sacrificadas.

La confianza es un cambio en la posición del receptor de la promesa inducido por la promesa, el cual incrementa el valor del cumplimiento para el receptor de la promesa. Por ejemplo, el viaje alrededor del mundo es más valioso para el sobrino si ha comprado los artículos necesarios para el viaje, y un "método seguro para exterminar saltamontes" es más valioso para el agricultor si tiene un granero más grande para almacenar las cosechas adicionales. Sin embargo, el aumento del valor del cumplimiento tiene un precio. Por lo general, la confianza hace que el incumplimiento sea más costoso para el receptor de la promesa. Por ejemplo, si el sobrino confía en la promesa de su tío y compra los artículos necesarios para un viaje alrededor del mundo, y el tío incumple su promesa, el sobrino perderá dinero cuando trate de revender los artículos que compró para el viaje. De igual modo, el agricultor habrá ampliado su granero innecesariamente si el "método seguro para exterminar saltamontes" no funciona. Piénsese en la confianza depositada en una promesa como un juego que incrementa la ganancia derivada del cumplimiento y la pérdida derivada del incumplimiento. El tercer propósito del derecho de los contratos es asegurar una confianza óptima.

1. Confianza óptima

¿Cuánta confianza es óptima? La ganancia esperada de la confianza adicional es igual al incremento del valor del cumplimiento de la promesa, multiplicado por la probabilidad del cumplimiento. Por ejemplo, la ganancia que el sobrino espera de la compra de un sombrero de paja para el trópico podría ser igual a la probabilidad de que su tío cumpla su promesa de regalarle el viaje, multiplicada por el incremento del valor que otorga al hecho de viajar al trópico con un sombrero de paja. La pérdida esperada de la confianza adicional es igual al incremento de la pérdida derivada del incumplimiento de la promesa, multiplicado por la probabilidad del incumplimiento. Por ejemplo, la pérdida que el sobrino espera de la compra de un sombrero de paja es igual a la probabilidad de que su tío incumpla su promesa, multiplicada por la pérdida que experimentará cuando revenda el sombrero de paja. La eficiencia requiere más confianza si la ganancia esperada supera a la pérdida esperada. Contrariamente, la eficiencia requiere menos confianza si la pérdida esperada supera a la ganancia esperada.

Confianza óptima

(probabilidad del cumplimiento del promitente) \times
 (incremento del valor del cumplimiento causado por la confianza adicional) $>$
 (probabilidad del incumplimiento del promitente) \times
 (incremento del costo del incumplimiento causado por la confianza adicional)
 \Rightarrow la mayor confianza es eficiente.

2. Confianza óptima: un ejemplo

Volvamos al juego de la agencia para ofrecer un ejemplo numérico de la confianza óptima. Como antes, describiremos en primer término las ganancias sin un contrato legalmente exigible, y luego mostraremos el cambio causado por un contrato legalmente exigible. El cuadro VI.5 describe las ganancias derivadas de la confianza cuando no hay un contrato legalmente exigible. Supongamos que el segundo jugador promete cumplir si el primer jugador invierte. Entonces, el primer jugador invierte y, después de invertir, el primer jugador adquiere confianza. El primer jugador puede escoger entre poca confianza y mucha confianza. El primer renglón del cuadro VI.5 muestra las ganancias cuando el primer jugador tiene poca confianza. El segundo renglón muestra las ganancias cuando el primer jugador tiene mucha confianza.

Como antes, los costos del cumplimiento para el segundo jugador son iguales a cero o 1.5. El segundo jugador cumple cuando ello no le cuesta nada, e incumple cuando el cumplimiento le cuesta 1.5. La celda noroeste del cuadro VI.5 muestra las ganancias cuando el primer jugador tiene poca confianza y el segundo jugador cumple. La celda noreste del cuadro VI.5 muestra las ganancias cuando el primer jugador tiene poca confianza y el segundo jugador incumple.

Si el primer jugador tiene mucha confianza, invertirá 1.0 adicional. Esta inversión incrementa el valor del cumplimiento para el primer jugador, de 0.5 a 0.6, como se indica en la celda sudoeste del cuadro VI.5. Sin embargo, el primer jugador pierde la inversión en confianza si el segundo jugador incumple. En consecuencia, la ganancia del primer jugador derivada del incumplimiento baja a -2.0, como se indica en la celda sudeste del cuadro VI.5.

La eficiencia exige que ambos jugadores maximicen las ganancias. La ganancia para ambos jugadores es igual a la suma de los dos números de cada celda del cuadro VI.5. Si fuese seguro el cumplimiento del segundo jugador, la eficiencia requeriría mucha confianza del primer jugador. Si fuese seguro el incumplimiento del segundo jugador, la eficiencia requeriría poca confianza del segundo jugador. La confianza óptima es grande cuando el cumplimiento es seguro, y pequeña cuando el cumplimiento es incierto.

CUADRO VI.5. *Juego de la agencia con franja variable y sin un contrato legalmente exigible*

		Segundo jugador	
		Cumplir	Incumplir
Primer jugador	Invertir con poca confianza	0.5, 0.5	1.0, -1.0
	No invertir con mucha confianza	0.5, 0.6	1.0, -2.0

A medida que aumenta la probabilidad del cumplimiento, se alcanza un "punto de inflexión" donde la confianza óptima cambia de poca a mucha. Calculemos el punto de inflexión. Sea que p denote la probabilidad del cumplimiento. La ganancia neta esperada de la poca confianza es igual a

$$p(0.5 + 0.5) + (1 - p)(-1.0 + 1.0)$$

ganancia conjunta esperada del cumplimiento pérdida conjunta esperada del incumplimiento.

La ganancia neta esperada de la mucha confianza es igual a

$$p(0.6 + 0.5) + (1 - p)(-2.0 + 1.0)$$

ganancia conjunta esperada del cumplimiento pérdida conjunta esperada del incumplimiento.

El punto de inflexión, denotado p^* , es el valor de p donde la ganancia neta esperada de la mucha confianza se iguala a la ganancia neta esperada de la poca confianza.

$$p^*(0.5 + 0.5) + (1 - p^*)(-1.0 + 1.0) = p^*(0.6 + 0.5) + (1 - p^*)(-2.0 + 1.0) \Rightarrow p^* = 0.91.$$

Así pues, la mucha confianza es óptima si la probabilidad del cumplimiento excede de 91%, mientras que la poca confianza es óptima si la probabilidad del incumplimiento excede de 9 por ciento.

3. Incentivos legales para la confianza

Ya hemos explicado cómo el derecho de los contratos induce el compromiso óptimo del cumplimiento. Ahora explicaremos cómo el derecho de los con-

tratos induce la confianza óptima. (El capítulo siguiente presentará una explicación más detallada.) La ley induce la confianza óptima por un método simple. Como se explicó antes, el aumento de la confianza causa un incremento en la pérdida experimentada por el receptor de la promesa a causa del incumplimiento. A medida que aumenta la pérdida del receptor de la promesa derivada del incumplimiento, también aumentan los daños que el receptor de la promesa puede recuperar del promitente incumplido. Sin embargo, los daños recuperables no aumentan indefinidamente. Por el contrario, los daños recuperables tienen un límite superior, el cual es igual a la pérdida derivada del incumplimiento cuando la confianza es óptima.

La confianza que excede del óptimo puede describirse como una "confianza excesiva", la cual causa un daño excesivo derivado del incumplimiento. Este daño supera al límite superior de los daños recuperables. La ley no permite que la víctima del incumplimiento recupere los daños causados por la confianza excesiva. La ley desalienta la confianza excesiva compensando a la víctima del incumplimiento por las pérdidas efectivas hasta un máximo igual a la pérdida derivada de la confianza óptima y requiriendo que la víctima asuma todas las pérdidas adicionales causadas por la confianza excesiva.

Como se definió antes, el pago *perfecto* de los daños de expectativa restablece al receptor de la promesa en la posición que habría disfrutado si la promesa se hubiera cumplido. Esa posición depende del grado de la confianza del receptor de la promesa. Así pues, en aras de la eficiencia económica, la confianza del receptor de la promesa debería ser óptima. Incluimos este hecho en nuestra definición del pago perfecto de los daños de expectativa. Por definición, el pago *perfecto* de los daños de expectativa restablece al receptor de la promesa en la posición que habría disfrutado si la promesa se hubiese cumplido y la confianza hubiese sido óptima. Si los tribunales otorgan el pago perfecto de los daños de expectativa como se define aquí, la víctima del incumplimiento no recibirá ninguna compensación por la confianza excesiva. En consecuencia, el receptor de la promesa tiene un fuerte incentivo para evitar la confianza excesiva.

Revisemos el cuadro VI.5 para describir cómo la ley desalienta el exceso de confianza. Recuérdese que el receptor de la promesa del cuadro VI.5 puede tener poca o mucha confianza. Para mantener el ejemplo simple, supongamos que la probabilidad del incumplimiento es tal que la eficiencia requiere un bajo nivel de confianza por parte del primer jugador.⁷ En consecuencia, la confianza elevada en estas circunstancias es una "confianza excesiva".

Supongamos que el segundo jugador hace una promesa legalmente exigible, y que el pago perfecto de los daños de expectativa es el remedio para el

⁷ Recuérdese nuestro cálculo de que la confianza escasa es eficiente cuando la probabilidad del incumplimiento es mayor de 9%. Suponemos implícitamente que la probabilidad del incumplimiento es mayor de 9% en este ejemplo, de modo que la eficiencia requiere la confianza escasa.

CUADRO VI.6. *Juego de la agencia con confianza variable y con un contrato legalmente exigible*

		Segundo jugador	
		Cumplir	Incumplir
Primer jugador	Invertir con poca confianza	0.5, 0.5	-0.5, 0.5
	No invertir con mucha confianza	0.5, 0.6	-0.5, -1.5

incumplimiento. El pago perfecto de los daños de expectativa restablece a la víctima del incumplimiento en la posición que habría disfrutado si hubiese confiado en forma óptima y el promitente hubiese cumplido. El primer jugador del cuadro VI.6 recibe una ganancia de 0.5 cuando tiene una confianza óptima y el segundo jugador cumple. En consecuencia, el primer jugador recibe el pago de daños por valor de 0.5 en caso de incumplimiento. En caso de que el primer jugador confie demasiado y el segundo jugador incumpla, el primer jugador recibirá 0.5 por concepto de daños y perderá 1.0 por invertir en una confianza excesiva, de modo que la ganancia neta será igual a -1.5.

En el cuadro VI.6, se aprecia fácilmente que la mejor estrategia para el primer jugador depende de la probabilidad del incumplimiento del segundo jugador. Cuando la probabilidad del incumplimiento es tan elevada que la eficiencia requiere escasa confianza, la probabilidad del incumplimiento será también tan elevada que la mejor estrategia para el primer jugador consistirá en invertir y confiar poco.⁸

Diversas doctrinas legales definen la *confianza excesiva*. Una doctrina importante del derecho común se ocupa de la capacidad de previsión. La confianza del receptor de la promesa es *previsible* para el promitente si es igual a la cantidad que el promitente podría esperar razonablemente bajo las circunstancias del caso. La confianza del receptor de la promesa es *imprevisible* si excede la cantidad que el promitente podría esperar razonablemente bajo las circunstancias del caso. El derecho angloamericano define la confianza excesiva como algo imprevisible y, en consecuencia, incompensable.⁹

⁸ Para ser precisos, la mejor estrategia del primer jugador consiste en invertir a bajo nivel si $0.5 > 0.6p - (1-p) 1.5$, donde p denota la probabilidad de que el segundo jugador cumpla. La solución de esta desigualdad indica que el primer jugador debería tener escasa confianza si la probabilidad del incumplimiento es mayor de 0.05. Ya hemos demostrado que la eficiencia requiere un bajo nivel de confianza si la probabilidad del incumplimiento es mayor de 0.09, y supusimos que, para los propósitos de nuestro ejemplo, la probabilidad del incumplimiento es mayor de 0.09. Por lo tanto, estamos suponiendo que la probabilidad del incumplimiento supera el nivel en el que la eficiencia requiere una baja confianza y la expectativa del pago perfecto de daños induce una baja confianza.

⁹ Véase el análisis de *Hadley vs. Baxendale* en el siguiente capítulo.

Para ilustrar la definición de la confianza excesiva como una confianza imprevisible, supongamos que una compañía telegráfica no transmite un telegrama que contiene una orden de "venta" de un corredor de bolsa. Estando tanto en juego, el corredor debió de haber confiado menos en este telegrama. Por ejemplo, el corredor debió de haber pedido al destinatario que confirmara de inmediato la recepción del telegrama. La compañía telegráfica no podía prever que el corredor dejaría de tomar precauciones razonables. En consecuencia, la compañía telegráfica no podía prever pérdidas de varios millones de dólares por dejar de transmitir este telegrama.

Como otro ejemplo, supongamos que el sobrino se prepara para su viaje alrededor del mundo comprándose un traje de seda para el trópico y una hebilla de diamantes que hace juego. Cuando su tío se niega a pagar el viaje, el sobrino revende con pérdida el traje y la hebilla. Subsecuentemente, el sobrino demanda a su tío por la diferencia existente entre el precio de compra y el precio de reventa. El tribunal podría decidir que el tío debió de haber previsto que su promesa haría que su sobrino comprara un traje de seda para el trópico. El tribunal podría decidir también que el tío no pudo prever que su promesa haría que su sobrino comprara una hebilla de diamantes. El tribunal podría hacer que el tío compensara al sobrino por la diferencia existente entre el precio de compra y el precio de reventa del traje de seda, al mismo tiempo que decidiría que el sobrino deberá asumir la pérdida derivada de la reventa de la hebilla de diamantes.¹⁰

Pregunta VI.10: Explique por qué el hecho de compensar a la víctima del incumplimiento por los daños de expectativa causa tanto el cumplimiento como el incumplimiento eficientes, mientras que el hecho de compensar a la víctima del incumplimiento por su exceso de confianza puede causar el cumplimiento y el incumplimiento ineficientes.

Pregunta VI.11: Supongamos que el corredor de bolsa le dijo a la compañía telegráfica que si no se transmitía el mensaje podrían causarse pérdidas de millones de dólares. Esto se llama "avisar". ¿Son las pérdidas efectivas previsible ahora para la compañía telegráfica? (En el capítulo siguiente analizaremos cómo afecta el "aviso" a la responsabilidad por el incumplimiento en el derecho común.)

¹⁰ En el derecho estadounidense, las promesas de regalos son por lo general legalmente exigibles hasta el punto de una confianza razonable.

D. *Costos de transacción*

A menudo los contratos implican riesgos. Por ejemplo, supongamos que la familia Morales firma un contrato con la Compañía Constructora Maíz Mier para que le construya una casa. El plano de los pisos, los materiales de construcción, el estilo de las alfombras, el jardín, el cumplimiento de los códigos de zonificación: todo esto y más se especifica, así como el precio a pagar y la fecha de terminación de la casa. Imaginemos ahora que algunas cosas pueden salir mal. Una huelga de los proveedores de pisos de madera dura podría demorar todo el proyecto. La guerra en un país remoto podría hacer que el costo de la tubería de cobre se vaya por las nubes. Los funcionarios de zonificación del gobierno local podrían rechazar los planos del jardín. Si un empleado despedido, interpone una demanda, esto podría llevar a la quiebra a Maíz Mier. El señor Morales podría fallecer, en cuyo caso el resto de la familia podría ya no desear la casa. Los Morales podrían quebrar, en cuyo caso ya no podrían pagar la casa.

El contrato asigna algunos de estos riesgos explícitamente. Por ejemplo, es posible que el contrato estipule que la fecha de terminación se diferirá en caso de que estalle una huelga paralizante. Por otra parte, el contrato podría no decir nada acerca de muchos riesgos. Por ejemplo, el contrato podría no decir nada acerca de quién corre el riesgo de que los funcionarios de la zonificación rechacen los planos del jardín. Los contratos reales tienen muchas lagunas. Cuando un contrato no dice nada acerca de un riesgo, tendrá una "laguna". Las lagunas son sucesos que no se consideran explícitamente en el contrato y que afectan a las obligaciones creadas por él.

Las lagunas pueden ser inadvertidas. Por ejemplo, supongamos que un contrato no dice nada acerca de la posibilidad de que un secuestro cierre un aeropuerto e impida que el vendedor entregue los bienes a tiempo. Es posible que las partes dejen esta laguna en el contrato inadvertidamente porque no prevén la posibilidad de un secuestro. Las lagunas también pueden ser deliberadas. Por ejemplo, es posible que un contrato no diga nada acerca de la posibilidad de que una huelga ilegal impida que el fabricante produzca los bienes prometidos. Es posible que las partes dejen esta laguna en el contrato deliberadamente porque creen que la posibilidad de una huelga ilegal es remota. Los riesgos remotos no justifican el costo de negociar y redactar los términos de su asignación.

1. *Lagunas racionales*

Consideremos los cálculos que podrían ocasionar que las partes dejaran deliberadamente lagunas en los contratos. Volvamos a nuestro ejemplo de una

huelga paralizante que podría demorar la construcción de la casa de los Morales por parte de la Compañía Constructora Maíz Mier. La negociación de la asignación de este riesgo impone con certeza costos de transacción cuando se hace el contrato. Alternativamente, los Morales y la compañía constructora podrían dejar una laguna en su contrato y esperar a ver si la huelga ocurre. Cuando se deja una laguna en el contrato, se requerirá que las partes asignen una pérdida si se materializa.

Describiremos este dilema en forma abstracta. Los "riesgos *ex ante*" se refieren al riesgo de las pérdidas futuras que enfrentan las partes cuando negocian un contrato. Las "pérdidas *ex post*" se refieren a las pérdidas que efectivamente se generan luego de hacer un contrato. En general, las partes contratantes deben escoger entre la asignación de los riesgos *ex ante* y la asignación de las pérdidas *ex post*.

Consideremos la diferencia de los costos de transacción cuando se asignan los riesgos y cuando se asignan las pérdidas. Si las partes negocian términos explícitos para asignar los riesgos, tendrán que asumir los costos de transacción de la certeza. En cambio si dejan una laguna, tendrán que asumir los costos de transacción con una probabilidad positiva. El costo de transacción *esperado* de una laguna en el contrato es igual a la probabilidad de que la pérdida ocurra, multiplicada por el costo de su asignación. Las partes esperan ahorrar costos de transacción dejando lagunas en los contratos siempre que el costo efectivo de la negociación de términos explícitos supere al costo esperado de llenar una laguna. La regla siguiente resume estos hechos:

Minimización de los costos de transacción de los contratos

costo de asignación de un riesgo > costo de asignación de una pérdida ×
probabilidad de una pérdida ⇒ dejar la laguna,

costo de asignación de un riesgo < costo de asignación de una pérdida ×
probabilidad de una pérdida ⇒ llenar la laguna.

Por lo general, las partes llegan a un acuerdo sobre la asignación de un riesgo con mayor facilidad que sobre la asignación de una pérdida. Para ilustrar, volvamos a nuestro ejemplo del riesgo de que una huelga paralizante demore la construcción de la casa de los Morales. La negociación de un término explícito en el contrato de construcción para asignar este riesgo podría costar \$25. Si hay un término explícito en el contrato, las partes podrán asignar fácilmente las pérdidas resultantes si ocurre una huelga paralizante. Alternativamente, las partes pueden dejar una laguna en el contrato. Si hay una laguna en el contrato, las partes tendrán desacuerdos y dificultades para asignar

las pérdidas causadas por una huelga paralizante. Supongamos que el costo de transacción de la asignación de tales pérdidas después de que ocurren asciende a \$500. El costo mayor de la asignación de las pérdidas en vez de la asignación de los riesgos debe descontarse por la probabilidad de que la pérdida no ocurra nunca. Supongamos que la probabilidad de una huelga paralizante es de 0.04. Por lo tanto, el costo de transacción esperado por dejar una laguna en el contrato es de \$20.¹¹ En este ejemplo, las partes ahorran \$5 en los costos de transacción esperados dejando una laguna en el contrato.

2. Subsanción de los tribunales

Los tribunales necesitan reglas para subsanar las lagunas de los contratos, y los funcionarios que hacen las reglas necesitan orientación. Una teoría de los contratos debería proveer orientación contestando este interrogante: "¿Cómo deberían los tribunales subsanar las lagunas de los contratos?" A continuación, explicaremos cómo contesta este interrogante la teoría económica.

Las lagunas de los contratos a menudo generan disputas, y algunas de éstas llegan a los tribunales. Para decidir tales disputas, el tribunal deberá subsanar la laguna del contrato. Los tribunales subsanan a veces las lagunas "imputando" un término al contrato, lo que significa actuar como si las partes hubiesen negociado un término que en efecto no negociaron. Por ejemplo, los tribunales podrían imputar un término que excuse el no haber entregado ciertos bienes durante una guerra. Alternativamente, los tribunales podrían hacer cumplir sólo los términos explícitos del contrato. Por ejemplo, los tribunales podrían declarar que el vendedor es responsable de no haber entregado ciertos bienes durante una guerra porque el contrato no designa una guerra como una excusa para el incumplimiento.

A veces, los términos explícitos de un contrato entran en conflicto con los términos que la ley habría proveído para subsanar una laguna. Por ejemplo, consideremos el contrato celebrado entre la compañía constructora y los Morales. Supongamos que el contrato dice explícitamente que la fecha de terminación de la construcción se diferirá por el número de días que dure una huelga paralizante. Si el contrato no dijo nada acerca de las huelgas paralizantes, el tribunal probablemente declararía responsable a la constructora por las demoras causadas por las huelgas paralizantes. Así pues, un término explícito del contrato entra en conflicto con el término que proveería la ley para subsanar una laguna.

Cuando las obligaciones legales entran en conflicto, la ley debe decidir cuál prevalece. Frente al conflicto de este ejemplo, es probable que el tribunal prorro-

¹¹ $\$500 \times 0.04 = \20 .

que la fecha de terminación de la construcción por la duración de la huelga, en lugar de decretar que la constructora es responsable de la demora. En general, los términos explícitos de un contrato prevalecen sobre los términos que el tribunal mismo proveería para subsanar una laguna. Cuando los términos explícitos prevalecen sobre los términos implícitos, los términos implícitos subsanan las lagunas por *omisión*, lo que significa "en ausencia de términos explícitos en contrario". Los términos de subsanación de las lagunas que existen en el derecho de los contratos son en su mayor parte "términos por omisión".

Explicamos ya que el remplazo de los términos contractuales ineficientes por términos eficientes crea un excedente. De igual modo, el remplazo de términos de *omisión ineficientes* por términos de *omisión eficientes* crea un excedente. Es fácil entender por qué. Explicamos ya que las partes de un contrato pueden ahorrar con frecuencia costos de transacción dejando en el contrato algunas lagunas. Cuando así ocurre, el tribunal subsanará la laguna con un término de omisión. Los términos de omisión eficientes maximizan el excedente de las partes, mientras que los términos de omisión ineficientes reducen el excedente. En general, *las dos partes de un contrato pueden beneficiarse cuando los legisladores rempazan los términos de omisión ineficientes por términos de omisión eficientes*.

Para ilustrar, recordemos nuestro ejemplo en que los Morales y la compañía constructora pueden negociar la asignación del riesgo de una huelga paralizante a un costo de \$25, o bien pueden dejar una laguna en el contrato, lo que causa costos de transacción esperados de \$20. En este ejemplo, el hecho de dejar una laguna en el contrato ahorra a las partes \$5 por concepto de los costos de transacción esperados. Sin embargo, los costos de transacción no son los únicos costos relevantes. Además, las partes deben considerar el costo de asumir el riesgo de una huelga paralizante. Supongamos que la compañía constructora puede asumir el riesgo de una huelga paralizante a un costo de \$60, mientras que los Morales pueden asumirlo a un costo de \$20. Por lo tanto, una asignación eficiente del riesgo de una huelga paralizante ahorra \$40 en relación con una asignación ineficiente.

Comparemos las consecuencias de una regla de omisión eficiente con las de una regla de omisión ineficiente. Una regla de omisión eficiente asigna el riesgo de una huelga paralizante a los Morales. Si la regla de omisión efectiva es la regla de omisión eficiente, las partes podrán dejar una laguna en el contrato y ahorrar \$5 en costos de transacción. En general, las reglas de omisión eficientes permiten que las partes minimicen los costos de transacción de la negociación contractual dejando algunas lagunas en los contratos.

En cambio, una regla *ineficiente* asignará el riesgo de una huelga paralizante a la compañía constructora. Una regla de omisión *ineficiente* plantea un dilema a la compañía constructora y a los Morales. Si se aplica una regla

de omisión *ineficiente*, el hecho de dejar una laguna en el contrato desperdiciará \$40 en el costo del riesgo. Alternativamente, las dos partes pueden negociar una asignación eficiente del riesgo. La sustitución del término de omisión ineficiente por un término eficiente ahorrará a las partes \$40 en el costo del riesgo. Sin embargo, la negociación de un término para subsanar la laguna les costará \$5 adicionales en costos de transacción esperados. En general, las reglas de omisión ineficientes imponen un dilema entre los costos de transacción y el costo del riesgo.

Como explicamos antes, ambas partes prefieren términos contractuales eficientes a términos ineficientes. De igual modo, ambas partes prefieren términos de omisión eficientes a términos ineficientes. Así, cuando la ley ofrece términos de omisión preferidos por ambas partes, éstas podrán omitir tales términos del contrato. En esa forma, las partes podrán concentrar sus negociaciones en otros términos. Entre menos numerosos sean los términos que requieren una negociación, más barato será el proceso de la contratación. Por lo tanto, la ley puede ahorrar dinero a las partes contratantes ofreciendo términos de omisión eficientes para subsanar las lagunas de los contratos. *El cuarto propósito del derecho de los contratos es la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes.*

3. Negociación hipotética

El análisis económico ofrece una regla simple que los tribunales pueden aplicar a fin de proveer términos de omisión eficientes para un contrato. Consideremos los términos que las partes habrían convenido si hubiesen subsanado las lagunas mediante una negociación. *Imputemos los términos contractuales que las partes habrían convenido si hubiesen negociado sobre todos los riesgos relevantes.* Por ejemplo, supongamos que el contrato celebrado entre los Morales y la compañía constructora no dice nada acerca del riesgo de que el precio de la tubería de cobre se dispare. De acuerdo con el principio precedente, el tribunal debería asignar el riesgo como lo habrían hecho las partes si hubiesen negociado entre sí.

La negociación real consiste en los términos negociados por las partes. La negociación hipotética consiste en los términos que las partes habrían convenido si hubiesen subsanado las lagunas del contrato mediante una negociación. El principio anterior requiere que los tribunales subsanen las lagunas contractuales de acuerdo con la negociación hipotética. Cuando los tribunales subsanan las lagunas imputando términos de la negociación hipotética, las partes reciben su contrato preferido. Nuevas negociaciones entre las partes no podrán mejorar la asignación del riesgo decretada por los tribunales. En con-

secuencia, las partes pueden minimizar los costos de transacción dejando lagunas o subsanándolas, lo que cueste menos.

La implantación del principio de la negociación hipotética tiene dos aspectos. Al desarrollar un modelo de la negociación en el capítulo IV, concluimos que los acuerdos logrados bajo costos de transacción nulos agotan el excedente derivado de la cooperación, como lo requiere la eficiencia. Primero, el tribunal debe establecer la forma de cooperación más eficiente. En el capítulo IV señalamos también que es razonable una división igualitaria del excedente. Segundo, el tribunal debe dividir el excedente que habría generado la cooperación. En otras palabras, *el tribunal debe responder a las lagunas existentes en el contrato asignando las obligaciones de manera eficiente y ajustando razonablemente el precio.*

Ilustraremos este principio con diversas variaciones de nuestro ejemplo. Supongamos que, cuando los Morales y la compañía constructora firman el contrato, la compañía constructora *sabe* que el costo de la tubería de cobre de la casa podría aumentar \$2000 con una probabilidad de 0.5. El aumento de los costos esperados por la compañía constructora es $\$2000 \times 0.5 = \1000 . Supongamos además que la compañía constructora puede asegurarse contra este riesgo por \$400. Mediante el aseguramiento, la compañía constructora podría evitar un costo esperado de \$1000 a un costo de \$400, lo que genera un excedente de \$600.¹² Supongamos, por otra parte, que los Morales *no* podían prever los cambios del precio del cobre o asegurarse contra ellos. En consecuencia, la eficiencia requiere que la compañía constructora se asegure, y no los Morales.

Por desgracia, la compañía constructora no se asegura y el precio del cobre se eleva. La compañía completa la construcción de la casa y envía a los Morales una nota de cobro por \$2000 adicionales. Los Morales se niegan a pagar y la compañía los demanda. El contrato real no dice nada acerca del riesgo de que se disparen los precios del cobre.

Consideremos cómo podría resolver el tribunal este caso imputando el contrato hipotético que las partes habrían celebrado bajo costos de transacción nulos. La creación del contrato hipotético se hace en dos pasos. Primero, el tribunal debe establecer quién podría asumir a menor costo el riesgo de que los precios del cobre suban. La compañía constructora es *quien asume el riesgo de manera más eficiente*. En consecuencia, el tribunal concluye que el contrato ideal asignaría el riesgo de la elevación de los precios del cobre a la compañía constructora, como lo requiere la eficiencia.

Segundo, el tribunal debe considerar el ajuste del precio del contrato para reflejar la asignación eficiente del riesgo. La construcción de casas implica generalmente muchos riesgos que los constructores prevén de modo rutinario

¹² $\$2000 \times 0.5 - \$400 = \$600$.

y asumen como una parte implícita del contrato, incluido el riesgo de los aumentos de precios de los materiales de construcción. En virtud de que la compañía constructora previó el riesgo, debió haber negociado un precio que incluyera una compensación por asumir el riesgo. Toda ausencia de negociación de tal precio es responsabilidad de la compañía constructora. El tribunal concluirá que la compañía constructora era responsable de advertir que el precio contractual incluía ya una compensación por asumir el riesgo de que los precios del cobre se elevaran, de modo que los Morales no deben pagar ningún daño a la compañía constructora.

En general, la imputación de términos a un contrato incluye una investigación detallada de las prácticas del oficio y de la información conocida por las partes. Cuando quien asume el riesgo de manera más eficiente previó efectivamente el riesgo, o debió haberlo previsto, el tribunal debería presumir que el precio negociado incluía una compensación por asumir el riesgo. Es una cuestión de hecho el que la compañía constructora previera efectivamente el riesgo en este caso, y el hecho de que la compañía constructora debería haber previsto el riesgo es una cuestión de buenas prácticas comerciales.

A veces, sin embargo, ninguna de las partes de un contrato prevé un riesgo, y ninguna de las partes debió haberlo previsto. Por ejemplo, supongamos que la política subterránea del sindicato del cobre de un país remoto causa una huelga que infla el precio del cobre. Ni la compañía constructora ni los Morales pudieron haber previsto un evento tan oscuro. En estas circunstancias, el derecho deberá asignar una pérdida imprevista entre las partes inocentes.

De nueva cuenta, el derecho puede tomar el contrato ideal como una guía. El contrato ideal asigna el riesgo de las pérdidas imprevisibles a quien asuma el riesgo de manera más eficiente. En este ejemplo, la compañía constructora puede responder a los cambios imprevisibles del precio de los materiales de construcción y minimizar el daño. Aparentemente, la compañía constructora es quien asume el riesgo de manera más eficiente. Por lo tanto, el tribunal podría decidir que la compañía constructora deberá asumir este riesgo. Sin embargo, el tribunal podría decidir también que el precio efectivo del contrato no reflejaba el riesgo asumido por la compañía constructora. En consecuencia, el tribunal podría ajustar el precio para reflejar razonablemente el riesgo.¹³

Consideremos otra variante de este ejemplo. Los promitentes cumplen a menudo con demora. A veces, los contratos estipulan el pago de daños por el

¹³ Supongamos que si la compañía constructora hubiese previsto el riesgo habría cobrado una suma adicional de \$700 por asumirlo. Entonces, el contrato ideal habría asignado a la compañía constructora el riesgo de perder \$2000, a un precio de \$700 para los Morales. Aplicando el contrato ideal, el tribunal otorgaría el pago de \$700 a favor de la compañía constructora y en contra de los Morales. Los Morales pierden \$700. La compañía constructora gana \$700 en el tribunal y pierde \$2000 en costos adicionales de la tubería de cobre, o sea que experimenta una pérdida neta de \$1300. Por lo tanto, la pérdida de \$2000 se ha dividido entre las partes como si el contrato real fuese ideal.

cumplimiento demorado, como el pago de \$100 por día. Sin embargo, muchos contratos no dicen nada acerca del cumplimiento tardío. Cuando el contrato no dice nada, el tribunal deberá determinar el pago de daños por el cumplimiento tardío. Por ejemplo, supongamos que la compañía constructora promete completar la casa, lista para que los Morales la habiten, el 1 de septiembre; pero el tiempo inclemente de julio impone demoras inevitables. La compañía constructora podría continuar al ritmo planeado y terminar el 1 de octubre, o podría acelerar el trabajo durante agosto y completar la construcción para el 1 de septiembre como lo prometió. Acelerar el trabajo en agosto cuesta \$2000 adicionales. Los Morales rentan una casa por \$1000 mensuales durante la construcción de la nueva casa. El contrato no dice nada acerca de los daños causados por el cumplimiento tardío. La compañía constructora decide proseguir al ritmo habitual, completa la construcción el 1 de octubre, y ofrece pagar a los Morales \$1000 por concepto de daños para cubrir los costos de la renta, más \$500 adicionales para arreglar la disputa.

Sin que lo supiera la compañía constructora, los Morales invitaron a sus familiares a una reunión que tendría lugar el 15 de septiembre. La casa nueva habría albergado a los parientes. En lugar de albergar a sus familiares en la casa nueva, los Morales gastaron \$1500 en cuentas de hotel. Los Morales piden al tribunal que otorgue una compensación de \$2500 por la renta y las cuentas de hotel de los familiares.

¿Cómo asignaría el contrato ideal el riesgo del cumplimiento tardío? Como se explicó, el trabajo acelerado ahorraría \$2500 a un costo de \$2000, creando así un *beneficio* neto de \$500. La compañía constructora no sabía esto. Por el contrario, creía que el trabajo acelerado ahorraría \$1500 a un costo de \$2000, creando así un *costo* neto de \$500. A fin de comportarse eficientemente, la compañía constructora debería conocer el monto de las pérdidas poco comunes derivadas de la demora. Los Morales no dieron tal información a la compañía constructora. Por lo general, los contratos eficientes asignan las pérdidas causadas por culpa de una de las partes a esa misma parte. En este caso, la culpa de los Morales causó pérdidas de \$500. Aparentemente, el contrato de omisión eficiente responsabilizaría a la compañía constructora por los daños de \$1500, y a los Morales por las pérdidas adicionales de \$1000.

Este ejemplo ilustra la confianza excesiva de los Morales. La compañía constructora esperaría razonablemente un bajo nivel de confianza de los Morales. En efecto, los Morales confiaban mucho. Además, los Morales no notificaron a la compañía constructora de su alto nivel de confianza. En consecuencia, los Morales deberán asumir el aumento del costo del incumplimiento causado por la confianza excesiva. Esta prescripción corresponde a una regla importante del derecho común. La regla sostiene que el promitente deberá asumir los costos habituales del incumplimiento ("costos del incumplimiento razonablemente esperados"), mientras que el receptor de la promesa deberá asumir los costos

poco comunes del incumplimiento ("costos imprevisibles del incumplimiento"), a menos que haya notificado al promitente la existencia de tales costos.¹⁴

Pregunta VI.12: "Las reglas de la omisión ahorran costos de transacción en proporción directa a su eficiencia." Explique esta proposición.

Pregunta VI.13: Supongamos que la compañía constructora completó la casa un mes más tarde de lo prometido. El tiempo inclemente, que no fue su culpa, causó la demora. Explique cómo podría calcular el tribunal el pago eficiente de los daños.

Pregunta VI.14: Algunas lagunas de los contratos son imputables a una de las partes. Por ejemplo, supongamos que una de las partes de un contrato tiene información privada acerca de un riesgo importante. La eficiencia podría requerir que la parte que tenga información privada inicie negociaciones para la asignación del riesgo. El hecho de que no se inicien negociaciones deja una laguna en el contrato. Si el riesgo se convierte en una realidad, los tribunales podrían asignar la responsabilidad de la pérdida a la parte que tiene información privada. En este caso, la responsabilidad podría considerarse como un castigo por la falta. En consecuencia, tales asignaciones de responsabilidad reciben el nombre de *reglas de castigo por omisión*.¹⁵ En la sección anterior analizamos un ejemplo en que los Morales dejaron de revelar su confianza imprevisible en la promesa de la compañía constructora de terminar la construcción de la casa el 1 de septiembre. Explique por qué la regla legal del derecho común aplicada en este caso puede considerarse como una regla de castigo por omisión.

Pregunta VI.15: Por último, es posible que, en el convenio de asociación, los médicos que forman una sociedad no digan nada acerca de su disolución futura. Es posible que las partes eviten deliberadamente discutir la disolución por temor a generar desconfianza. Sugiera otros ejemplos de lagunas que se dejan en los contratos por razones estratégicas.

¹⁴ Ésta es la regla derivada de *Hadley vs. Baxendale, Exchange*, vol. 9, 1854, p. 341.

¹⁵ Véase a Ian Ayres y Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, p. 87.

E. Contratos perfectos y fallas del mercado

Hemos analizado el cumplimiento forzoso de términos que no se encuentran explícitamente en un contrato (términos por omisión). Analizaremos ahora la ausencia del cumplimiento forzoso de términos que se encuentran explícitamente en un contrato. Además de las lagunas, los contratos reales contienen a veces términos explícitos que parecen poco apropiados para las circunstancias que efectivamente se presentan. A veces, el tribunal deja de lado los términos explícitos de un contrato. Por ejemplo, el tribunal podría descartar los términos de un contrato por los que un consumidor renuncia al derecho de resarcirse de los daños causados por un producto defectuoso. A veces, el tribunal provee términos para remplazar los términos explícitos de un contrato. Por ejemplo, cuando un niño que no tiene la edad de la competencia legal firma un contrato, el tribunal podría remplazar los términos efectivos con sus propios términos nuevos.

Cuando la ley descarta o cambia los términos de un contrato, decimos que la *ley regula* el contrato. La regulación de los contratos se asemeja a la regulación de los mercados. En ambos casos, el Estado desvía de su curso una transacción privada. Además, la justificación económica de la regulación de los contratos se asemeja a la justificación económica de la regulación de los mercados. La justificación económica de la regulación de los mercados se inicia con la descripción de un mercado perfectamente competitivo que no requiere ninguna regulación. En seguida, la teoría describe las formas en que los mercados reales se apartan de este ideal, o sea, las formas de la *falla del mercado*. Adaptaremos este enfoque a los contratos, detrás del cual se encuentra la idea de que *el quinto propósito del derecho de los contratos es corregir las fallas del mercado mediante la regulación de los términos de los contratos*.

A fin de elaborar la teoría de las fallas del mercado, imaginemos que las partes de una transacción diferida redactan un *contrato perfecto*. Un contrato perfecto es *completo*. Se prevén todas las contingencias; el riesgo asociado se asigna eficientemente entre las partes; toda la información relevante ha sido comunicada; nada puede salir mal. Un contrato perfecto es también *eficiente*. Cada recurso se asigna a la parte que lo valúa más; cada riesgo se asigna a la parte que pueda asumirlo al menor costo, y los términos del contrato agotan las posibilidades de una ganancia mutua por cooperación entre las partes.

Si las partes han negociado un contrato perfecto, el contrato no tendrá lagunas, de modo que las partes no necesitan que el tribunal provea términos de omisión. Si las partes han negociado un contrato perfecto, el contrato no tendrá fallas, de modo que las partes no necesitan que el tribunal regule sus términos. Concluimos que las partes de un contrato perfecto necesitan que el Estado haga cumplir su acuerdo en sus términos, pero nada más. Específicamente, no es necesario que el Estado provea términos de

omisión para subsanar las lagunas o regular términos explícitos en un contrato perfecto.

¿En qué circunstancias negociarán las partes un contrato perfecto? Nuestro análisis del teorema de Coase, en el capítulo IV, nos familiarizó con tales circunstancias. De acuerdo con el teorema de Coase, las partes racionales elaborarán un contrato perfecto cuando los costos de transacción sean nulos. En este caso, el contrato será completo, porque la negociación de términos adicionales no cuesta nada. Cuando los costos de transacción son nulos, el contrato será eficiente porque cada derecho se asigna a la parte que lo valúe más y cada riesgo se asigna a la parte que pueda asumirlo al menor costo. En el caso de un contrato perfecto, la regulación estatal que descarte o modifique sus términos creará ineficiencias. En general, la regulación de los términos contractuales negociados por individuos racionales causa ineficiencia cuando los costos de transacción son nulos.

En cambio, los contratos son imperfectos cuando las partes son irracionales o los costos de transacción son positivos. Añadiremos más detalles a esta proposición desarrollando la teoría de las fallas del mercado. Luego utilizaremos esa teoría para clasificar las regulaciones de los contratos de acuerdo con la falla del mercado que idealmente corrigen.

1. Racionalidad individual

En nuestra revisión de la microeconomía, en el capítulo II, identificamos tres supuestos referentes a la elección racional de los individuos. Primero, quien toma decisiones racionales puede ordenar los resultados desde el menos preferido hasta el más preferido. A fin de ordenar los resultados, los que toman decisiones deben tener preferencias estables. Si las preferencias del promitente son demasiado inestables o desordenadas, será legalmente *incompetente* y no podrá celebrar un contrato legalmente exigible. Por ejemplo, los niños y los locos son legalmente incompetentes.

Segundo, las oportunidades de los que toman decisiones racionales son moderadamente restringidas, de modo que pueden lograr algunos de sus objetivos, pero no todos. Las restricciones excesivas destruyen la libertad de acción. Dos grandes doctrinas contractuales excusan el incumplimiento de las promesas sobre la base de que el promitente enfrentaba restricciones excesivas: la *dureza* y la *necesidad*. Si el beneficiario de la promesa la obtuvo con amenazas, se excusa el incumplimiento de la promesa en razón de la dureza. Por ejemplo, en la famosa película *El padrino*, acerca de un sindicato criminal, se hace una oferta para un contrato que "no se puede rechazar" porque la víctima firma el contrato con una pistola apuntando a su cabeza. Ningún tribunal haría cumplir tal contrato.

De igual modo, si se obtiene una promesa de un promitente desesperado, el tribunal podría excusar el incumplimiento sobre la base de la *necesidad*. Por ejemplo, supongamos que un cirujano se queda sin gasolina en un solitario camino del desierto, donde podría perecer. Un automovilista que pasa por el lugar ofrece venderle cinco litros de gasolina por \$50 000. Aunque el cirujano acepte la oferta, el tribunal no lo obligará a cumplir su promesa. El tribunal no hará cumplir la promesa porque se otorgó por *necesidad*.

Adviértase que la *dureza* y la *necesidad* se aplican cuando el promitente se encuentra en circunstancias terribles, pero la causa es diferente. Por lo general, la causa de la necesidad es el mal juicio del promitente, la mala suerte o la acción de un tercero. Por ejemplo, el cirujano puede haberse quedado sin gasolina en el desierto porque no revisó el medidor, porque un defecto oculto hizo que el medidor de la gasolina fallara o porque un enemigo perforó en secreto el tanque de la gasolina. En cambio, la causa de la dureza es por lo general el receptor de la promesa. Por ejemplo, el padrino ponía la pistola en la cabeza del promitente. Por lo tanto, la dureza puede considerarse como una necesidad causada por el receptor de la promesa.

En estos ejemplos, la restricción terrible *precedió* a la promesa. A veces, una restricción terrible *sigue* a la promesa. Una restricción terrible que sigue a una promesa puede impedir que el promitente la cumpla. Por ejemplo, un cirujano puede prometer una operación y luego fracturarse una mano antes de la operación programada. Si una promesa se hace de buena fe y el destino interviene para imposibilitar el cumplimiento, el incumplimiento de la promesa podría excusarse en razón de la *imposibilidad*. Por ejemplo, un fabricante podría ser excusado de cumplir sus contratos porque su fábrica se incendió. En general, la doctrina de la imposibilidad se aplica a los sucesos improbables que impiden el cumplimiento. En el capítulo siguiente analizaremos la asignación óptima del riesgo de tales sucesos.

2. Costos de transacción

Pasaremos ahora de la racionalidad a los costos de transacción. La celebración de un contrato implica la búsqueda de socios, la negociación de los términos, la redacción del contrato y su cumplimiento. La búsqueda requiere esfuerzo; la negociación lleva tiempo; la redacción requiere conocimientos especiales, y el cumplimiento requiere perseverancia. En muchos contratos, estos costos de transacción son pequeños en relación con el excedente derivado de la cooperación. Sin embargo, en otros casos estos costos de transacción son grandes en relación con el excedente derivado de la cooperación. En efecto, estos costos de transacción son a menudo tan grandes en relación con el excedente que impiden la cooperación. Distinguiremos tres clases de obstáculos

para la eficiencia que surgen cuando los costos de transacción obstruyen la negociación.

a. Derrames

A veces, los costos de transacción impiden que los individuos participen en las negociaciones que los afectan. Por ejemplo, si una empresa de energía eléctrica genera energía mediante un proceso sucio, como el quemado de carbón, la producción de energía podría afectar a otros de manera adversa. En cambio, si la empresa genera energía mediante un proceso limpio, como el quemado de gas natural, la producción no afectará directamente a terceros. Por lo tanto, un contrato de provisión de electricidad puede tener efectos sobre terceros, dependiendo de si la electricidad se genera mediante un proceso limpio o mediante un proceso sucio.

Analizamos antes tales derrames con el nombre de *externalidades*. Los costos externos hacen que el interés del individuo se desvíe de la eficiencia social, lo cual posibilita la acción legal correctiva. Aunque los contratos tienen a menudo efectos externos, el remedio legal rara vez involucra al derecho de los *contratos*. En la mayoría de los casos, el demandante en un juicio por incumplimiento de contrato debe ser la persona a quien se hizo la promesa, o la persona a quien se hayan transferido los derechos de la persona a quien se hizo la promesa (el cesionario).¹⁶ Por definición, una tercera parte no es la persona a quien se hizo la promesa ni un cesionario. Los terceros que aleguen que un contrato les causó daños no pueden encontrar un remedio en el derecho de los contratos sino en circunstancias especiales.¹⁷ El derecho de los contratos supone que otras ramas del derecho protegerán a los terceros. En lugar de demandar un remedio bajo el derecho de los contratos, por lo general los terceros deben buscarlo bajo el derecho de los ilícitos culposos, el derecho de la propiedad, el derecho penal o las regulaciones. Por ejemplo, un contrato para la compra de bienes a un fabricante contaminador causa más contaminación, pero las víctimas de la contaminación no pueden demandar bajo el derecho de los contratos. Tendrán que demandar bajo el derecho de las molestias o bajo una regulación ambiental.

¹⁶ Por ejemplo, en general un heredero puede demandar por el incumplimiento de una promesa hecha al autor de su herencia. De igual modo, cuando una empresa adquiere a otra, la empresa que adquiere puede, en general, demandar por el incumplimiento de una promesa hecha a la empresa adquirida por otras personas.

¹⁷ Los contratos a menudo crean relaciones de las que surgen obligaciones para con terceros. Por ejemplo, el director de una corporación tiene una obligación fiduciaria con los accionistas, la que le impide celebrar ciertas clases de contratos. A veces no queda claro si las obligaciones surgidas de relaciones contractuales deberían clasificarse como obligaciones contractuales. Además, muchos países europeos imponen una obligación estricta por los accidentes sufridos por los consumidores sobre la base de las garantías implícitas, mientras que la tradición angloamericana llega al mismo resultado mediante el derecho de los ilícitos culposos.

El derecho de los contratos a veces protege a los terceros negando el cumplimiento forzoso de un contrato celebrado entre la primera y la segunda partes. Los tribunales podrían negar el cumplimiento forzoso de tal contrato cuando el contrato *deroga la política pública*. Por ejemplo, las compañías a menudo desean celebrar contratos para no competir entre sí. Los convenios para no competir permiten que los cárteles exploten a los compradores cobrando precios monopólicos. Los tribunales de Inglaterra y de los Estados Unidos se resistían en el siglo XIX a hacer cumplir los contratos celebrados para crear cárteles. Tales contratos derogaban la política pública. Estatutos antimonopólicos subsecuentes declararon ilegales a los cárteles. Por ejemplo, la ley de la Unión Europea (Tratado de la Unión Europea, sección 85, párrafo 2) evita los contratos para la creación de cárteles en Europa.

De igual modo, los tribunales se resisten a hacer cumplir los contratos que "atan las manos" de las partes involucradas en negociaciones. Por ejemplo, supongamos que la Compañía A ofrece pagar a sus trabajadores \$10 por hora, mientras que el sindicato demanda \$15 por hora. El sindicato amenaza con declarar una huelga contra la Compañía A hasta que acepte sus condiciones. A fin de volver creíble la amenaza, el sindicato firma un contrato con la Compañía B mediante el cual se compromete a trabajar por \$1 por hora para la compañía B si el sindicato llega a trabajar para la Compañía A por menos de \$15 por hora. El propósito del contrato con la Compañía B es el de elevar el costo, para el sindicato, de aceptar el ofrecimiento de la Compañía A. Este contrato impide que el sindicato haga concesiones a la Compañía A.

El derecho estadounidense impone al sindicato una obligación estatutaria de "negociar de buena fe" con la Compañía A. El contrato celebrado por el sindicato con la Compañía B obstruye la negociación con la Compañía A. En consecuencia, el contrato entre el sindicato y la Compañía B "deroga una obligación estatutaria" del sindicato para con la Compañía A. Por lo tanto, el contrato celebrado entre el sindicato y la Compañía B no es legalmente exigible.

b. Información

A veces, una o más de las partes de un contrato carecen de información esencial al respecto. La falta de información puede tener varias causas. En ocasiones, los individuos mienten o retienen información a fin de adquirir una ventaja en la negociación. Otras veces, los individuos omiten transmitir la información para ahorrar costos de comunicación. Cuando los hechos se transmiten, es posible que el receptor no los comprenda.

En general, la ignorancia es racional cuando el costo de adquirir la información supera al beneficio esperado de la información. Por ejemplo, muchos individuos racionales tiran los instructivos impresos de las medicinas sin leer-

los. Por otra parte, la ignorancia es irracional cuando el beneficio esperado de la información supera al costo de adquirir la información. Por ejemplo, algunos individuos se niegan a redactar un testamento o a comprar un seguro de vida porque no quieren pensar en su muerte.

Los psicólogos han identificado recientemente algunas irracionalidades sistemáticas que ocurren cuando los individuos procesan la información. Por ejemplo, consideremos el experimento siguiente: El psicólogo muestra al sujeto un mazo con un tercio de barajas negras y dos tercios de barajas rojas. El psicólogo baraja las cartas y toma al azar una de ellas. El sujeto debe adivinar si la carta es roja o negra. Una vez que el sujeto contesta, el psicólogo volteá la carta y revela su color. Luego regresa la carta al mazo, vuelve a barajar y repite el proceso. Una persona racional apostaría a "rojo" todo el tiempo. En efecto, algunos individuos apuestan a "rojo" dos tercios de las veces y a "negro" un tercio de las veces, lo que es irracional.

Hemos analizado algunos casos de contratos mal informados. Examinaremos ahora varias doctrinas del derecho de los contratos que excusan el incumplimiento de la promesa alegando que la promesa derivó de una mala información: el *fraude*, la *falta de información*, la *frustración del propósito* y el *error mutuo*.

Si el beneficiario de la promesa la obtuvo por medio de mentiras, se excusará el incumplimiento de la promesa en razón del *fraude*. Por ejemplo, el vendedor del "método seguro para exterminar saltamontes" defraudó al agricultor. El fraude viola la obligación negativa de no informar mal a la otra parte de un contrato. Además de esta obligación negativa, las partes tienen a veces la obligación afirmativa de revelar la información. En la tradición del derecho civil, su contrato podría ser inválido porque no proporcionó la información que debería. El derecho civil llama a esta doctrina *culpa in contrahendo*. En la mayoría de los contratos de venta, un vendedor debe prevenir al comprador acerca de los peligros ocultos asociados al uso del producto, aunque esta información pueda hacer que el comprador se abstenga de comprarlo. Por ejemplo, el fabricante de una droga debe prevenir al usuario respecto de los efectos colaterales. En estas circunstancias, el derecho común establece la obligación de revelar la información.

A veces, los defectos ocultos reducen el valor de un bien sin volverlo peligroso o inadecuado para el uso. Aparentemente, el derecho común no establece ninguna obligación general de revelar tales defectos ocultos.¹⁸ Por ejemplo, el derecho común no requiere que el vendedor de un automóvil usado revele las fallas de un automóvil que ofrece en venta (sólo establece la obligación de no mentir acerca de tales fallas). La ley es diferente para los bienes nuevos, tales como los automóviles nuevos, en oposición a los bienes

¹⁸ Decimos "aparentemente" porque el derecho no es del todo claro sobre este punto.

usados, tales como los automóviles usados. Para los bienes nuevos, el derecho estadounidense imputa una "garantía de idoneidad".¹⁹ Una "garantía implicada" es una garantía que el tribunal imputa al contrato, aunque el contrato real no contenga explícitamente tal garantía. De acuerdo con la garantía implicada de idoneidad, el vendedor de un bien nuevo promete que el bien es idóneo para sus propósitos. Por ejemplo, el vendedor de un automóvil nuevo viola esta garantía y debe devolver el precio de la compra si una falla del diseño del automóvil impide su uso en la transportación. Sin embargo, la garantía implicada de idoneidad no se aplica al uso de un automóvil como carrito de golf como un barco.

Si los individuos celebran contratos sobre la base de la mala información que obtuvieron por sí mismos, no habrá ningún principio legal que los libere de sus obligaciones contractuales. Por ejemplo, un corredor de bolsa que prometa entregar 100 acciones de Exxon en seis meses, a un precio predeterminado, no puede librarse de su obligación sólo porque el precio de la acción subió cuando él esperaba que bajara.

La mayoría de los ejemplos anteriores se refieren a contratos en los que una de las partes estaba mal informada mientras que la otra parte estaba bien informada. Otra posibilidad es que *ambas* partes celebren el contrato sobre la base de la misma información errada. Ésta es la base de una excusa legal para el incumplimiento de una promesa conocida como *frustración del propósito*. El derecho inglés ofrece algunos ejemplos famosos conocidos como los Casos de la Coronación. En los primeros años del siglo XX, las habitaciones de los edificios situados a lo largo de ciertas calles de Londres se rentaban por adelantado para el día en que el desfile de coronación del nuevo rey pasara por allí. Sin embargo, el heredero del trono se enfermó y la coronación se pospuso. El hecho de que el desfile se hubiera pospuesto hizo que el contrato de arrendamiento no tuviera ningún valor para el arrendatario. Algunos dueños de las habitaciones rentadas trataron de cobrar la renta de todos modos. Los tribunales se negaron a hacer cumplir los contratos alegando que el cambio de las circunstancias frustraba el propósito de los contratos.

Otra posibilidad es que ambas partes celebren el contrato basados en diferentes informaciones erradas. Si las promesas se intercambian sobre la base de concepciones contradictorias, pero razonables, acerca de lo prometido, se dice que el contrato se basa en lo que se llama un *error mutuo*. En nuestro ejemplo VI.2, el vendedor creía genuinamente que estaba negociando la venta de su Chevrolet abandonado en el traspatio, mientras que el comprador creía genuinamente que estaba negociando la compra del Cadillac immaculado que estaba en la cochera. Al igual que la frustración del propósito, el error mutuo justifica que el tribunal descarte el contrato. En nuestro ejemplo, el tribunal

¹⁹ Véase a UCC §§ 2-314 y 2-315.

podría ordenar que el comprador devuelva las llaves del automóvil y el vendedor devuelva el dinero.

c. Monopolio

Los mercados competitivos contienen tantos compradores y vendedores que cada persona tendrá muchas contrapartes alternativas. En cambio, el oligopolio limita las contrapartes disponibles a un pequeño número, y el monopolio limita las contrapartes disponibles a un solo vendedor. Cuando las contrapartes están limitadas, las negociaciones pueden ser muy desiguales. Según la teoría de la negociación, los tribunales hacen cumplir las promesas negociadas y no se preguntan si los términos son justos. En consecuencia, a lo largo de la historia, el derecho común ha ofrecido una protección débil contra la explotación de los monopolios. La mayoría de las protecciones contra los monopolios las proporcionan los estatutos, y no el derecho común.

Uno de los pocos ejemplos históricos en donde el derecho común protege contra el monopolio es la doctrina de la necesidad que analizamos antes. Sin embargo, en los últimos años ha surgido una nueva doctrina del derecho común que permite a los jueces examinar los términos sustantivos de los contratos. Cuando un contrato parece tan injusto que su cumplimiento forzoso violaría la conciencia del juez, puede descartarse de acuerdo con la doctrina de la *inconsciencia*. Por ejemplo, supongamos que un consumidor firma un contrato por el que autoriza al vendedor para que recoja todos los muebles de su casa si deja de hacer un pago mensual sobre uno solo de los muebles. El tribunal podría decidir que el término de la requisa es "inconsciente" y negarse a aplicarlo. En el capítulo siguiente analizaremos esta doctrina elusiva. La lesión del derecho civil contiene un concepto similar al de la inconsciencia. La "lesión" se refiere a un contrato que es demasiado desigual para tener fuerza legal.

El cuadro VI.7 resume la conexión existente entre la racionalidad, los costos de transacción y la regulación de las promesas por parte de la ley de los contratos.

Para ayudarle a apreciar el cuadro VI.7, resumimos en seguida su uso. Si hay costos de transacción bajos, los individuos racionales celebrarán contratos que se aproximan a la perfección. Un contrato perfecto no tiene lagunas que los tribunales deban subsanar, ni ineficiencias que las regulaciones deban corregir. Si un contrato se aproxima a la perfección, el tribunal tan sólo debería hacerlo cumplir. Pero a medida que los costos de transacción aumentan, los individuos dejan lagunas en los contratos. Los tribunales deberían subsanar las lagunas con términos de omisión eficientes. Los costos de transacción también pueden causar externalidades, mala información o monopolios. Las imperfecciones graves pueden hacer que los mercados fallen y crear la necesidad de regular los contratos. *Entre más se alejen los hechos del ideal de la racionalidad*

CUADRO VI.7. Racionalidad, costos de transacción y doctrinas reguladoras del derecho de los contratos

Supuesto	Si se viola, doctrina contractual
<i>A. Racionalidad individual</i>	
1. preferencias estables y bien ordenadas	1. Incompetencia, incapacidad
2. elección restringida	2. Coerción, dureza, necesidad, imposibilidad
<i>B. Costos de transacción</i>	
1. Derrames	1. Invalidez de los contratos que derogan la política pública o la obligación estatutaria
2. Información	2. Fraude, retención de información, frustración del propósito, error mutuo
3. Monopolio	3. Necesidad, inconsciencia o lesión

perfecta y los costos de transacción nulos, mayor será la necesidad de que los jueces regulen legalmente los términos del contrato. El cuadro VI.7 asocia las doctrinas principales de la regulación de los contratos con la falla de mercado que tratan de corregir.

Al igual que los contratos, los funcionarios que los regulan son imperfectos. Los funcionarios que regulan los contratos necesitan información y motivación para corregir las fallas del mercado. En realidad, los tribunales tienen una información limitada y algunos jueces carecen de motivación. El derecho de los contratos debería tomar en cuenta la imperfección de los funcionarios alentándolos para que no excedan sus propias limitaciones tratando de corregir los contratos imperfectos.

Pregunta VI.16: La teoría de la negociación de contratos niega validez legal a las promesas de dar un regalo, pero los tribunales angloamericanos con frecuencia hacen cumplir las promesas de dar un regalo bajo la doctrina de la *confianza perjudicial*.²⁰ Un tribunal podría hacer cumplir una promesa de entregar un regalo si quien la recibió confió en que el promitente cumpliera la promesa y así se causó un perjuicio, por ejemplo contrayendo una deuda o sacrificando alguna oportunidad valiosa. La literatura del derecho y la economía reconoce que la validez legal de una promesa de hacer un regalo podría aumentar el bienestar del donante y el donador. Sin embargo, algunos investigadores del derecho y la

²⁰ El *Restatement of Contracts*, original promulgado en 1932, aceptaba generalmente la teoría de la negociación en el § 75. Sin embargo, en el § 90 el *Restatement* establecía la validez legal de

economía se resisten a otorgar una validez legal general a las promesas de regalo porque existen tres problemas: 1) probatorios (es decir, la determinación de si en efecto se hizo una promesa y si el donante se proponía realmente cumplirla o sólo estaba fingiendo); 2) precautorios (es decir, la mayoría de promesas de regalos no deberían hacerse porque los beneficios del cumplimiento son pequeños), y 3) de canalización (es decir, la mayoría de las promesas de regalos se hacen impulsivamente, de modo que la invalidez legal protege a los donantes potenciales contra sus actos impulsivos). Analice cada uno de estos problemas en términos de las categorías de fallas contractuales del cuadro VI.7.

F. Relaciones contractuales: la economía del largo plazo

Los contratos crean a menudo relaciones, y las relaciones crean obligaciones legales que no forman parte del contrato. Por ejemplo, cuando un cliente abre una cuenta de cheques en un banco estadounidense, firma un contrato llamado "acuerdo de depósitos", el que crea una "relación fiduciaria". Esta relación impone al banco muchas obligaciones que no se establecen en el acuerdo de depósito. En otro ejemplo, un "franquiciatario" (inversionista local) puede firmar un contrato con el "franquiciador" (corporación matriz) para comprar un restaurante local de comidas rápidas. La relación de franquicia crea muchas obligaciones legales que el contrato no menciona.

Las relaciones comerciales duran a veces muchos años, y las condiciones cambian durante la vida de la relación. Las partes deben responder a las condiciones cambiantes persiguiendo sus propios intereses a través de la relación. La adaptación a los cambios requiere entendimientos flexibles, no reglas

las promesas de regalos por las que una persona razonable había confiado en su perjuicio sin consideración. El § 90 se titula "La promesa que induce razonablemente una acción definida y sustancial", y dice lo siguiente: "Una promesa de la que el promitente debería esperar razonablemente que indujera a la acción o la inacción de carácter definido y sustancial por parte del receptor; y que no induzca tal acción o inacción, es legalmente exigible si la injusticia sólo puede evitarse por el cumplimiento de la promesa".

Este principio se conoce generalmente como una "excepción promisoria", aunque esa frase no aparece en el § 90. Esa sección del *Restatement* se usa principalmente en contextos comerciales, antes que en casos de regalos. Por ejemplo, podría invocarse para hacer cumplir la oferta de un subcontratista en la que ha confiado un contratista. Véanse algunos intentos recientes de revisar el cumplimiento forzoso de las promesas de regalos en Richard A. Posner, "Gratuitous Promises in Economics and Law", *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, p. 411; Melvin A. Eisenberg, "Donative Promises", *University of Chicago Law Review*, vol. 47, 1979, p. 47; Charles Goetz y Robert Scott, "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract", *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, p. 1261; Steven A. Shavell, "An Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts", *Journal of Legal Studies*, vol. 20, 1991, p. 401; y Andrew Kull, "Reconsidering Gratuitous Promises", *Journal of Legal Studies*, vol. 21, 1992, p. 39.

rígidas. En consecuencia, las reglas formales no controlan estrictamente las relaciones humanas, en el comercio o en la vida personal.

Las partes de relaciones a largo plazo a menudo utilizan instrumentos informales, en lugar de reglas rígidas, para asegurar la cooperación. Por ejemplo, un socio abusivo puede ser controlado mediante una advertencia, sin necesidad de un juicio legal. O un hombre de negocios que viole los límites éticos de su profesión puede ser castigado por la opinión pública y el ostracismo.²¹ Estos instrumentos informales operan por lo general dentro de las relaciones permanentes. Los economistas han estudiado la manera en que las relaciones permanentes, por oposición a los contratos legalmente exigibles, afectan el comportamiento.²² Explicaremos algunas de las conclusiones más importantes mediante nuestro ejemplo del juego de la agencia.

1. Juego repetido

En el juego de la agencia, el primer jugador invierte colocando algunos fondos bajo el control del segundo jugador. Los economistas llaman "principal" al primer jugador que arriesga sus fondos. Por ejemplo, el depositante es el principal en una relación fiduciaria con el banco, y el franquiciatario a su vez es el principal en una relación de franquicia con una corporación de comidas rápidas. Los economistas llaman "agente" al segundo jugador, quien controla los fondos del principal. Por ejemplo, el banco es el agente en la relación fiduciaria, y el franquiciador es el agente en la relación de franquicia. El modelo económico de la "relación principal-agente" se aplica a muchas relaciones legales, incluidas la relación fiduciaria y la relación de franquiciador-franquiciatario.

A fin de describir la cooperación en una relación permanente, supongamos que el juego de la agencia del cuadro VI.1 se repite indefinidamente, transformando así de un "juego de una sola vez" en un "juego repetido". En cada ronda del juego repetido donde el principal (primer jugador) invierte, el agente (segundo jugador) obtiene una ventaja inmediata a la apropiación. Sin embargo, el principal puede reaccionar en las rondas subsecuentes del juego para castigar al agente.

El cuadro VI.8 ilustra una estrategia eficaz para que el principal disuada la apropiación reaccionando en su contra. Supongamos que el agente se apro-

²¹ Benjamin Klein y Keith Leffler analizan el papel de la reputación como inductora del cumplimiento de los contratos en "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance", *Journal of Political Economy*, vol. 89, 1981, p. 615.

²² Entre los abogados, un prominente representante de esta escuela es Ian Macneil, y entre los economistas son representantes prominentes Oliver Williamson, Ben Klein y Victor Goldberg. Véase también el estudio clásico de Stewart Macaulay mencionado en la lista de lecturas sugeridas al final de este capítulo.

CUADRO VI.8. Ganancias del segundo jugador (agente) cuando el primer jugador (agente) juega uno por otro

Estrategia del segundo jugador	ronda	$n-1$	n	$n+1$	$n+2$	$n+3$	$n+4$	$n+5$	$n+6$
apropiación		...	1	0	0	1	0	0	...
cooperación		...	0.5	0.5	0.5	0.5	0.5	0.5	...

pia en la ronda n del juego. El agente recibe una ganancia de 1 en la ronda n . Sin embargo, el principal reacciona dejando de invertir en las rondas $n+1$ y $n+2$. El agente recibe una ganancia de cero en las rondas $n+1$ y $n+2$. Por lo tanto, la estrategia de la apropiación le rinde al agente un pago total de 1 en las rondas n a $n+2$. Estos hechos se resumen en el primer renglón del cuadro VI.8.

Alternativamente, supongamos que el agente podría seguir la estrategia de cooperar en cada ronda del juego. Cuando el agente coopera, el principal responde invirtiendo. Los pagos del agente en las rondas n , $n+1$ y $n+2$ son entonces iguales a 0.5, 0.5 y 0.5. La estrategia de la cooperación le rinde al agente un pago total de 1.5 en las rondas n a $n+2$.²³ Estos hechos se resumen en el segundo renglón del cuadro VI.8.

El cuadro VI.8 indica que la ganancia del agente en las rondas n a $n+2$ es mayor con la cooperación que con la apropiación. Esto se aplicará a cualesquiera tres rondas del juego, siempre que el principal continúe utilizando la misma estrategia. Por ejemplo, la ganancia total del agente que se apropia en las rondas $n+3$ a $n+5$ es igual a 1, mientras que la ganancia total derivada de la cooperación es igual a 1.5. El agente se beneficia a largo plazo de la cooperación en lugar de la apropiación. La estrategia de reacción del principal puede enseñar esta lección al agente. Si el agente sigue la estrategia de la apropiación en la ronda n , probablemente recibirá una lección recibiendo una ganancia de cero en las rondas $n+1$ y $n+2$. Tras aprender la lección, es probable que el agente cambie a la estrategia de la cooperación en la ronda $n+3$.

Hemos descrito una estrategia donde el principal recompensa la cooperación del agente invirtiendo, y castiga la apropiación del agente dejando de invertir. La recompensa de la cooperación y el castigo de la apropiación ha

²³ El cuadro VI.8 supone que no se descuenta el tiempo. En términos estrictos, las ganancias deberían descontarse por el tiempo que transcurre hasta la recepción. Sea que r denote la tasa de descuento. Entonces, la ganancia total del segundo jugador es mayor con la cooperación en la ronda n , en lugar de la apropiación, siempre que se satisfaga la desigualdad siguiente:

$$0.5 + 0.5/(1+r) + 0.5/(1+r)^2 > 1.$$

sido llamada "uno por otro".²⁴ Cuando el principal sigue la estrategia de uno por otro, el agente maximiza su ganancia mediante la cooperación. ¿Qué diremos del principal? ¿Maximizará su ganancia jugando al uno por otro? Ciertos experimentos indican que el uno por otro se aproxima mucho a la maximización de la ganancia del principal en diversas circunstancias, y estos hallazgos empíricos se ven generalmente apoyados por la teoría.²⁵ Así pues, la estrategia de uno por otro es un equilibrio eficiente para un juego de agencia repetido.²⁶

Resumamos nuestras conclusiones teóricas. El cuadro VI.1 describe un problema de cooperación: el principal solamente invertirá si el agente tiene un incentivo para cooperar. El cuadro VI.2 describe una solución legal para el problema, la cual consiste en celebrar un contrato legalmente exigible. Ese contrato resuelve el problema aumentando el costo de la apropiación para el agente. Un contrato legalmente exigible presupone la existencia de un Estado eficaz para hacer cumplir el derecho de los contratos y de la propiedad. En cambio, el cuadro VI.8 describe una solución no legal para el problema, la cual consiste en la formación de una relación permanente. Una relación permanente resuelve el problema permitiendo que el principal reaccione cuando el agente se apropia. Una relación permanente no requiere necesariamente de un Estado eficaz.

²⁴ R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 1984.

²⁵ Maskin y Fudenberg han demostrado que en cualquier juego (véase el análisis de los juegos repetidos en el capítulo II) donde 1) los jugadores maximicen la suma descontada de las utilidades de cada periodo; 2) la tasa de descuento no sea demasiado elevada, y 3) los jugadores puedan observar la historia pasada de las movidas del juego, puede surgir cualquier par de ganancias que dominen al minimax en el sentido de Pareto como un equilibrio medio de las ganancias del juego repetido. Por lo tanto, la repetición del juego posibilita una mejora de Pareto. Sin embargo, este teorema no explica por qué es elevada la probabilidad de una solución eficiente en el sentido de Pareto como lo sugieren los estudios empíricos. Véase a Drew Fudenberg y Eric Maskin, "The Folk Theorem in Repeated Games with Discounting, or With Incomplete Information", *Econometrica*, vol. 54, 1986, pp. 533-554.

Un elemento de misterio rodea también al problema del "juego final". Como vimos en el capítulo II, si un juego de distribución se repite un número infinito de veces, la cooperación es individualmente racional. Pero si tal juego se repite un número finito de veces, el "engaño" en la última ronda es individualmente racional. Pero si el engaño es individualmente racional en la última ronda, también será individualmente racional en la penúltima ronda, y así sucesivamente. Por lo tanto, la racionalidad individual estricta destruye el juego. Pero si los individuos están dispuestos a aceptar una estrategia muy aproximada a la del máximo individual, el problema del juego final podrá resolverse y los jugadores cooperarán. En general, véase a Avinash Dixit y Barry Nalebuff, *Thinking Strategically: The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life* 1991, y a Drew Fudenberg y Jean Tirole, *Game Theory*, 1991.

²⁶ Como de costumbre, nuestro modelo tiene algunos supuestos implícitos. Los más importantes son que los jugadores pueden observar las movidas del otro jugador y que no descuentan el futuro a una tasa demasiado alta. Los juegos excepcionales que no tienen una solución cooperativa no nos interesan aquí. Véanse Glenn W. Harrison y Jack Hirshleifer, "An Experimental Evaluation of Weakest, Link/Best Shot Models of Public Goods", *Journal of Political Economy*, vol. 97, 1989, pp. 201-225, y Jack Hirshleifer y Juan Carlos Martínez Coll, "What Strategies Can Support the Evolutionary Emergence of Cooperation?", *Journal of Conflict Resolution*, vol. 32, 1988, pp. 367-398.

Las relaciones a largo plazo requieren del compromiso. Las formas tradicionales del compromiso incluyen la amistad, el parentesco, la etnicidad y la religión, y pueden facilitar la cooperación económica sin necesidad de la protección estatal. En consecuencia, las formas tradicionales del compromiso dominan a menudo la vida económica en las comunidades donde la protección estatal es débil. Entre las comunidades mercantiles con protección estatal débil se encuentran las de los comerciantes internacionales, las de los empresarios de países dotados de gobiernos débiles o corruptos, las de las empresas atrapadas en guerras civiles, y aquellas donde algunas tribus depredadoras permanecen insubordinadas a los estados. Nuestro modelo predice correctamente que en tales circunstancias deberían florecer las formas tradicionales del compromiso. También predice de manera correcta que las formas tradicionales del compromiso declinarán en las comunidades mencionadas si el Estado llega a aplicar allí la ley con eficacia.

De igual modo, las formas tradicionales del compromiso dominan a menudo la vida económica en las comunidades que enfrentan la hostilidad del Estado. Entre las empresas que enfrentan la hostilidad estatal se encuentran el crimen organizado y gran parte de las empresas privadas en los estados comunistas. Nuestro modelo predice correctamente que en estas circunstancias deberían florecer las formas tradicionales del compromiso.

Las relaciones de largo plazo pueden surgir de los compromisos con las instituciones. Por ejemplo, los empleados japoneses muestran un alto nivel de compromiso con la corporación, como lo revelan las bajas tasas de la movilidad laboral. Nuestra teoría predice correctamente que las relaciones de largo plazo harán que las corporaciones japonesas recurran menos a los contratos legalmente exigibles que las corporaciones estadounidenses o europeas. Las relaciones de largo plazo crean en la economía japonesa más orden y menos derecho que en otros países.

Las empresas han diseñado astutos mecanismos informales para protegerse contra las movidas ventajosas en las relaciones de largo plazo. Por ejemplo, David Teece descubrió que los grandes fabricantes, como la Ford, a menudo compran componentes a empresas más pequeñas por medio de contratos de largo plazo. En éstos, por lo general, la Ford es propietaria del equipo especializado que se necesita en el proceso de fabricación, y renta estas máquinas al contratista. Este método de estructuración de la relación protege a la Ford contra la posibilidad de quedar a merced de sus proveedores.

Para entender por qué, supongamos que un contratista pequeño provee a la Ford de una parte vital para sus automóviles, y supongamos que el contratista pequeño es propietario del equipo especializado necesario para la fabricación de esa parte. Por lo tanto, el contratista pequeño tendría poder para detener todo el proceso de fabricación de la Ford negándose a proveer las partes vitales. Esto perturbaría los planes de la Ford. Al conservar la propie-

dad de la maquinaria especializada, la Ford se protege contra esta posibilidad. Si el contratista se niega a entregar las partes vitales, la Ford reclamará el equipo especializado, lo entregará a otro proveedor y obtendrá las partes vitales sin una demora indebida.²⁷

Como una alternativa a esta práctica, la Ford podría tratar de estipular, en sus contratos con los proveedores, algunas cláusulas que impidan a estos últimos detener la producción. Sin embargo, los contratos formales son a menudo más embrollados y burocráticos que los mecanismos informales. Las empresas con frecuencia recurren a relaciones de largo plazo que ahorran costos de transacción. Como se explicó antes, las relaciones permanentes crean juegos repetidos que resuelven el problema de la cooperación recurriendo en menor medida a los contratos legalmente exigibles.

Un contrato mercantil de largo plazo se parece más a un matrimonio que a un intercambio de una sola vez. Por otra parte, es probable que se presenten las prácticas deshonestas cuando los contratantes no esperan volver a verse.

Hemos discutido las formas del compromiso que preceden al Estado y persisten sin su apoyo. Otras relaciones de largo plazo surgen en el marco del derecho de los contratos y de la propiedad. Por ejemplo, el derecho creó la relación fiduciaria y la relación de franquicia. Analizaremos cómo el derecho facilita las relaciones de largo plazo, pero antes precisaremos nuestra teoría, comenzando por un problema que afecta a las relaciones de largo plazo.

2. Problema del juego final

Incluso las relaciones de largo plazo terminan algún día. Cuando se aproximan a su fin, las relaciones comerciales con frecuencia enfrentan problemas. Para entender por qué, volvamos a nuestro ejemplo del uno por otro descrito en el cuadro VI.8. Recuérdese que, cuando el agente se apropia, el principal reacciona dejando de invertir durante varias rondas. Pero el principal no tiene poder para reaccionar en la *última* ronda del juego. Por lo tanto, la ronda final del juego de la agencia tiene la misma lógica que el juego de la agencia de una sola vez.

Por ejemplo, supongamos que el juego repetido del cuadro VI.8 tiene un final y ambas partes lo saben. Para concretar, supongamos que ambas partes saben que el juego terminará después de la ronda $n + 3$. El agente no teme ninguna reacción ante su apropiación en la ronda $n + 3$, porque el agente sabe que no habrá más rondas. En la ronda $n + 3$, el agente recibirá una ganancia de 1 si se apropia y una ganancia de 0.5 si coopera. En consecuencia,

²⁷ Benjamin Klein, Robert Crawford y Armen Alchian presentan una introducción excelente a la teoría económica sugerida por el estudio del profesor Teece en "Vertical Integration, Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law of Economics*, vol. 21, 1978, p. 297.

el agente maximiza su ganancia en la ronda $n + 3$ mediante la apropiación. Sabiendo esto, el principal se negará a invertir en la ronda $n + 3$. Por lo tanto, los jugadores no pueden cooperar en la ronda $n + 3$.

Hemos demostrado que la última ronda de un juego de agencia repetido tiene la misma lógica que un juego de una sola vez. En consecuencia, los jugadores del juego de la agencia no pueden cooperar en la última ronda sin la existencia de contratos legalmente exigibles. Peor aún, los jugadores podrían abstenerse de cooperar en *todas* las rondas del juego. Para entender por qué, consideremos la lógica estricta de la situación. Explicamos antes que el principal sigue la lógica del uno por otro, que recompensa la cooperación mediante una inversión subsecuente y castiga la apropiación dejando de invertir en las rondas subsecuentes. Explicamos también que el principal no invertirá en la última ronda, que es la ronda $n + 3$. En consecuencia, el principal no puede usar la ronda $n + 3$ para recompensar la cooperación o castigar la apropiación del agente en la ronda $n + 2$. Conociendo este hecho, el agente puede apropiarse en la ronda $n + 2$ sin temor a la reacción en la ronda $n + 3$. Si se elimina el temor a la reacción, el agente maximizará su ganancia apropiándose en la ronda $n + 2$. Sabiendo esto, el principal se negará a invertir en la ronda $n + 2$.

La misma lógica se aplica ahora a la ronda $n + 1$, y así sucesivamente hasta la primera ronda. En general, la demostración de que los jugadores no pueden cooperar en ninguna ronda conduce a la conclusión de que no pueden cooperar en la ronda precedente. Si las partes estrictamente racionales saben en cuál ronda terminará el juego de la agencia repetido, todo el juego se desbaratará y los jugadores no cooperarán en ninguna ronda.

La frase de "el problema del juego final" describe cómo se destruye la cooperación a medida que un juego repetido se aproxima a su ronda final. Europa Oriental ofreció un ejemplo dramático del problema del juego final después de 1989, como se aprecia en el recuadro de la página 282.

3. *Compromisos tentativos*

Hasta aquí hemos analizado el compromiso en las relaciones permanentes. Sin embargo, la mayoría de las relaciones de negocios son "abiertas", lo que significa que no tienen un final predeterminado. Pueden persistir indefinidamente o terminar inesperadamente. Las relaciones abiertas se disuelven y se reforman con facilidad a medida que cambian las circunstancias. En seguida modelaremos las relaciones abiertas.

Supongamos como antes que el juego de la agencia se repite indefinidamente. Sin embargo, cambiemos el supuesto de que sólo hay dos jugadores. Por el contrario, supongamos que hay una cantidad indefinida de jugado-

EL PROBLEMA DEL JUEGO FINAL DE EUROPA ORIENTAL EN 1989

LA DESINTEGRACIÓN de los gobiernos comunistas de Europa Oriental se aceleró extraordinariamente en 1989. La planeación central fracasó sin remedio y los mercados remplazaron rápidamente a la planeación central como el principio económico organizador. Por desgracia, la producción cayó por toda Europa Oriental en ese momento. ¿Por qué el cambio en los mercados produjo de inmediato la caída económica y no el crecimiento económico?

El "problema del juego final" provee la respuesta. Bajo el comunismo, gran parte de la producción se realizaba en el "mercado negro" (ilegal) o en el "mercado gris" (semilegal). Incluso las grandes empresas estatales recurrían al mercado negro o al mercado gris para realizar las tareas que se les tenían asignadas. El mercado negro y el mercado gris no disfrutaban de la protección del Estado. Nuestra teoría pronostica que las empresas que carecen de una protección legal efectiva obtendrán la cooperación mediante relaciones de largo plazo. Así era como funcionaban las economías comunistas. Por ejemplo, el conductor de un camión transportaría mercancías "gratis" o como un "favor" para su amigo que trabajaba en una gasolinera, y éste le proporcionaría gasolina al conductor cuando se agotara el abasto.

La caída del comunismo perturbó masivamente la vida política. Las perturbaciones hacían que la gente dudara de la persistencia de sus relaciones económicas de largo plazo. Estando a la vista el final de las relaciones, la cooperación fracasó. Por ejemplo, el conductor del camión perdió la confianza en que el trabajador de la gasolinera pudiera continuar proporcionándole gasolina (el trabajador de la gasolinera podría perder su empleo), de modo que el conductor del camión dejó de transportar gratis las mercancías del trabajador de la gasolinera.

La ausencia de cooperación hizo que la producción bajara por toda Europa Oriental después de 1989. Esta situación podría corregirse mediante una protección legal eficaz para la propiedad y los contratos. Algunos estados de Europa Oriental ya han hecho la corrección. En otros estados, sin embargo, los empresarios obtienen todavía beneficios mayores del robo de la propiedad (especialmente la propiedad estatal) que de la producción de bienes.

res, quienes forman parejas para jugar cada ronda del juego. Al final de cada ronda, algunas de estas relaciones continúan en la ronda siguiente, mientras que otras se disuelven. Las relaciones se disuelven en dos formas. Primero, los cambios imprevisibles hacen que las partes abandonen la relación. Segundo, el principal abandona la relación después de que el agente se apropia.

Para ilustrar, supongamos que el principal P y el agente A forman una relación de negocios en la ronda n del juego. En la ronda n , P invierte y A responde mediante la cooperación. Cada jugador disfruta una ganancia de 0.5 en la ronda n . Al final de la ronda n , ciertos sucesos imprevisibles podrían causar que la relación se disolviera. Si los sucesos imprevisibles no ocurren, las partes continuarán la relación en la ronda $n + 1$. Supongamos que P invierte en la ronda $n + 1$ y que A responde mediante la apropiación. P no continuará en la relación con una contraparte que se apropia en lugar de cooperar. En consecuencia, P disolverá la relación al final de la ronda $n + 1$ y se negará a seguir haciendo negocios con el agente A . Por lo tanto, la relación existente entre P y A puede disolverse a causa de sucesos imprevisibles o a causa de la apropiación de A .

Cuando se disuelve una relación, los jugadores pueden encontrar nuevas contrapartes para la ronda siguiente del juego. Por ejemplo, si se disuelve la relación existente entre P y A en la ronda n , ambos deberán buscar otra contraparte en la ronda $n + 1$. La búsqueda no triunfa automáticamente. Los jugadores que buscan una contraparte y no la encuentran recibirán una ganancia de cero durante las rondas dedicadas a la búsqueda.

Supongamos que el principal sigue la estrategia del abandono siempre que un agente se apropia. El principal castiga a un agente desleal disolviendo la relación. El abandono de una relación tentativa se asemeja al uno por otro en una relación permanente. En ambos casos, la apropiación del agente hace que el principal reaccione en la siguiente ronda del juego.

Cuando los principales responden a la deslealtad con el abandono, los agentes del juego deben elegir entre dos estrategias alternativas. La primera estrategia es la cooperación, en cuyo caso la relación continúa mientras no se disuelva por un suceso imprevisible. Esta estrategia genera una ganancia de 0.5 en cada ronda en la que la relación persista. La segunda estrategia es la apropiación, la que provoca que el primer jugador disuelva la relación. Siguiendo la segunda estrategia, el agente recibe una ganancia de 1.0 en las escasas rondas en las que encuentre una contraparte, y una ganancia de cero en las otras rondas en que fracase la búsqueda de una contraparte. En suma, el agente elige entre cooperar y recibir una ganancia moderada en la mayoría de las rondas del juego, o apropiarse y recibir una ganancia mayor en pocas rondas del juego.

Adviértase que estas dos estrategias del juego de la agencia corresponden a hechos familiares de los negocios. Algunas empresas tratan de obtener ganancia

cias moderadas en muchas transacciones. Estas empresas se concentran en las relaciones de largo plazo con clientes repetidos. Otras empresas tratan de obtener grandes ganancias en pocas transacciones. Estas empresas se concentran en atraer clientes nuevos para ventas de una sola vez.

En un equilibrio competitivo, ambas estrategias deben rendir la misma ganancia. En otras palabras, la estrategia de la cooperación en las relaciones de largo plazo debe generar la misma ganancia que la estrategia de la apropiación en las relaciones de una sola vez.

Por ejemplo, supongamos que, en un *equilibrio estable*, 70% de los agentes siguen la estrategia de la cooperación, mientras que 30% de los agentes optan por la estrategia de la apropiación. En otras palabras, supongamos que la ganancia que obtienen los agentes de la cooperación es igual a la ganancia obtenida de la apropiación cuando 70% de los agentes coopera y 30% se apropia. Para ver cómo el sistema llega al equilibrio, supongamos que el sistema se encuentra fuera de equilibrio. Específicamente, supongamos que la proporción *efectiva* de los agentes que cooperan es de 75%, mientras que la proporción *efectiva* de los agentes que se apropian es de 25%. Estamos suponiendo que los agentes cooperadores superan el equilibrio en 5%. El exceso de los cooperadores efectivos sobre el número requerido para el equilibrio hará que la ganancia de la cooperación baje más allá de su propio valor de equilibrio. Estamos suponiendo que los agentes apropiadores superan el equilibrio en 5%. El déficit de los apropiadores efectivos sobre el número requerido para el equilibrio hará que la ganancia derivada de la apropiación se eleve más allá de su valor de equilibrio. Ahora la ganancia de la apropiación supera a la ganancia de la cooperación. Algunos cooperadores responderán cambiando de estrategia hacia la apropiación. El cambio continuará hasta que las dos estrategias rindan la misma ganancia. Por hipótesis, las dos estrategias rendirán la misma ganancia cuando 70% de los agentes coopere y 30% se apropie.

Esta explicación corresponde a la dinámica de los mercados reales. Por ejemplo, consideremos el mercado de los abogados litigantes. La mayoría de los abogados litigantes evalúa en forma realista las probabilidades de ganar de sus clientes y utilizan esta evaluación como base para un arreglo extrajudicial. Estos abogados corresponden a los cooperadores en el juego de la agencia, atraen a clientes repetidos y mantienen relaciones de largo plazo con ellos. Sin embargo, algunos abogados proveen evaluaciones demasiado optimistas de las probabilidades de sus clientes de ganar en el juicio y las utilizan para iniciar un litigio costoso. Estos abogados corresponden a los apropiadores en el juego de la agencia, atraen relativamente pocos clientes repetidos y mantienen relaciones de corto plazo con la mayoría de ellos. La proporción de abogados de cada tipo se ajusta en respuesta a la rentabilidad de las dos estrategias.

Hemos demostrado que el poder de los principales para abandonar las relaciones de agencia posibilita alguna cooperación aun si no existen contratos legalmente exigibles. Sin embargo, las leyes más eficaces pueden aumentar la cantidad de cooperación. Por ejemplo, la relación de equilibrio de los cooperadores con los apropiadores, entre los agentes del ejemplo precedente, era de 70 a 30%. Esta relación podría aumentar si el Estado protegiera eficazmente a los principales contra la apropiación. Por ejemplo, un derecho de los contratos y de la propiedad eficaz podría aumentar la relación a 95% contra 5 por ciento.

El aumento de la cooperación incrementaría la producción económica. Por ejemplo, recordemos que la ganancia conjunta de la cooperación es 1, y que la ganancia conjunta de la apropiación es cero. Si 70% de los agentes coopera en cada ronda, la producción será de 70 en cada ronda. Si 90% de los agentes coopera en cada ronda, la producción será de 90 en cada ronda. Si un derecho eficaz de los contratos puede aumentar el número de los agentes cooperadores, de 70 a 90%, la producción aumentará 20 unidades, lo que representa un aumento de la producción de casi 30 por ciento.

Podemos aplicar este razonamiento a las dos clases de abogados litigantes. Si la barra de abogados encuentra procedimientos para reducir la rentabilidad para los abogados de los juicios en relación con los arreglos, más abogados tratarán de arreglar los casos y menos abogados promoverán juicios. Los abogados que tratan de arreglar las disputas fuera de los tribunales resolverán más disputas en menos tiempo que los abogados que promueven juicios. En consecuencia, la inducción de un cambio de estrategia por parte de los abogados, en favor de los arreglos y en contra de los juicios, incrementará su productividad en la resolución de las disputas.

4. Ley de las relaciones de largo plazo

Hemos explicado que, por lo general, obtener la cooperación requiere que existan promesas legalmente exigibles en las transacciones de una sola vez, el abandono en las relaciones tentativas y el uno por otro en las relaciones permanentes. A medida que la perspectiva temporal se alarga, el derecho de los contratos se ocupa menos del cumplimiento forzoso de las promesas y más de la facilitación de las relaciones. *El sexto propósito del derecho de los contratos es promover las relaciones permanentes, las que resuelven el problema de la cooperación con la menor utilización de los contratos.*

Los tribunales promueven las relaciones permanentes proveyendo un marco legal que estimula su formación. Por ejemplo, hemos visto que los tribunales imputan obligaciones a las relaciones surgidas de un contrato, como ocurre en la relación fiduciaria y en la relación de franquicia, lo cual ayuda a que las par-

EL INTERCAMBIO DE REHENES

LOS REYES MEDIEVALES solían garantizar la paz entre ellos mediante el intercambio de rehenes. Si quien pierde un rehén inicia una guerra, el que gana al rehén se negará a devolverlo. Oliver Williamson ha analizado la lógica del intercambio de rehenes y la ha aplicado a los contratos modernos, sobre todo en las relaciones de largo plazo. (Véase a Oliver Williamson, "Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange", *American Economic Review*, vol. 83, 1983, p. 519.) Plantéese el siguiente interrogante: supongamos que un rey desea intercambiar rehenes con otro monarca para garantizar la paz. Supongamos que el rey quiere a los diamantes tanto como quiere a sus hijos. Es decir, el rey valúa un anillo de diamantes tanto —ni más ni menos— como valúa a su propio hijo. ¿Cuál sería un rehén más adecuado: el anillo de diamantes del rey o su hijo?

El mejor rehén es aquel que disuade de iniciar una guerra a quien pierde un rehén y a quien lo gana. Por hipótesis, el rey valúa al anillo de diamantes y a su hijo en la misma medida; el temor de perder el anillo iniciando una guerra se iguala al temor de perder a su hijo. Los dos disuaden igualmente el inicio de una guerra por parte de quien pierde un rehén. Sin embargo, no disuaden de igual modo el inicio de una guerra por parte de quien gana al rehén. Presumiblemente, quien gana un rehén desea tener el anillo de diamantes, pero presumiblemente otorga escaso valor intrínseco al hecho de tener al hijo del rey vecino. Por lo tanto, quien gana un rehén se inclinará más a iniciar una guerra y conservar al rehén si tiene el diamante en lugar de tener al hijo del rey. Es por ello que el hijo del rey es un rehén más adecuado que el anillo de diamantes.

En general, un rehén adecuado es algo que el perdedor del rehén valúa grandemente y el ganador del rehén valúa poco. La valuación asimétrica genera un buen rehén.

Pregunta VI.17: ¿Qué tipo de cosas pueden entregar las corporaciones como rehenes en las relaciones contractuales de largo plazo? ¿En las relaciones de largo plazo la entrega de rehenes desempeña la misma función que la consideración en un contrato de corto plazo?

tes formen relaciones. Por ejemplo, el depositante sabe que la ley protege su depósito contra la apropiación de su agente fiduciario. De igual modo, el franquiciatario sabe que la ley protege su inversión contra la apropiación del franquiciador.

A menudo surgen disputas en el curso de una relación de negocios, de tal modo que las partes acuden a un tribunal. Cuando las partes de una relación permanente se enzarzan en una disputa legal, el tribunal puede tratar de *reparar la relación*, lo cual es algo diferente del respeto forzoso a los derechos de las partes. En consecuencia, los tribunales a veces adoptan un estilo de adjudicación diferente para las relaciones de largo plazo y para las transacciones de una sola vez.

Por ejemplo, comparemos un divorcio con hijos y una disputa por la venta de un automóvil. Los padres que tienen hijos y se divorcian necesitan una relación permanente entre sí para cuidar de los hijos. El tribunal debería tratar de promover una relación funcional entre ellos, que depende del compromiso. La búsqueda de un compromiso requiere que el juez considere la equidad general de la relación. Por lo tanto, el juez podría desempeñar algunas de las funciones de un mediador.

En cambio, el comprador y el vendedor de un automóvil por lo general participan en una transacción de una sola vez. Estas personas no necesitan tratar entre sí en el futuro, una vez resuelto el juicio. El juez no tiene que promover una relación funcional entre ellos. En lugar de buscar un compromiso, el juez podría tratar de descubrir los derechos de las partes, los cuales pueden decidirse de acuerdo con los hechos simples de la disputa, de modo que el juez puede omitir la equidad general de la relación. El esclarecimiento de los derechos de las partes podría generar una decisión que favorezca por completo a una de las partes frente a la otra, y así se ofrece una definición clara de los derechos. Una definición clara de los derechos facilita la negociación y el intercambio, mientras que una definición oscura de los derechos promueve los desacuerdos futuros.

Algunos sociólogos legales han sostenido en los últimos años que muchas disputas comerciales modernas se asemejan a los divorcios más que las disputas provocadas por la venta de automóviles. Estos sociólogos prefieren las alternativas a los medios tradicionales de resolución de disputas, los cuales se concentran en la reparación de las relaciones. Por ejemplo, cuando un franquiciador y un franquiciatario acuden al tribunal con una disputa contractual, el juez podría negarse inicialmente a elucidar los derechos de las partes. El juez podría sostener que cada una de las partes está obligada a negociar de buena fe con la otra parte para resolver su disputa. Como lo ilustra este ejemplo, la resolución alternativa de disputas se concentra en los procesos antes que en los resultados. Todavía debe hacerse una investigación abundante para decidir si concentrarse en el proceso puede mejorar el des-

empeño de los tribunales en la resolución de disputas surgidas entre personas ligadas por relaciones de largo plazo.²⁸

CONCLUSIÓN

El derecho de los contratos y los tribunales ayuda a promover la cooperación entre los individuos mediante el cumplimiento forzoso, la interpretación y la regulación de las promesas. Al hacer cumplir las promesas, los tribunales permiten que los individuos asuman compromisos creíbles de cooperar entre sí, y al hacer cumplir las promesas en una forma óptima, los tribunales generan incentivos para la cooperación eficiente. La cooperación es eficiente cuando el promitente invierte en el cumplimiento al nivel eficiente y el receptor de la promesa confía al nivel eficiente. Al interpretar las promesas, los tribunales pueden reducir los costos de transacción de la cooperación. Específicamente, los tribunales reducen los costos de negociación de los contratos proveyendo términos de omisión eficientes. Al regular los contratos, los tribunales pueden corregir las fallas del mercado. Al corregir las fallas del mercado, el derecho reduce la amenaza del comportamiento oportunista que mina la disposición de los individuos a hacer compromisos recíprocos. Por último, el derecho de los contratos ayuda a resolver el problema de la cooperación con una utilización mínima del aparato estatal. El problema de la cooperación se resuelve con una utilización mínima del aparato estatal cuando se promueven las relaciones permanentes.

Hemos analizado estos propósitos del derecho de los contratos por medio de un modelo del juego de la agencia. Hemos evaluado el juego de la agencia con el criterio de la eficiencia de Pareto, la cual requiere que el derecho ayude a las partes privadas a alcanzar sus metas en la mayor medida posible. El análisis económico genera necesariamente una teoría del derecho que responde a las partes que realizan contratos, antes que una teoría dogmática del derecho que coloca las ideas por encima de los intereses.

²⁸ La investigación teórica ha llegado a conclusiones negativas acerca de la resolución alternativa de disputas en algunos contextos. Véase a Lisa Bernstein, "Understanding the Limits of Court-Connected ADR: A Critique of Federal Court-Annexed Arbitration Programs", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, 1993, p. 2169.