



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de
México
México

Hevia, Martín

CONTRACT AS PROMISE CASI 30 AÑOS DESPUÉS

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 32, abril, 2010, pp. 195-207

Instituto Tecnológico Autónomo de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363635638010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

CONTRACT AS PROMISE

CASI 30 AÑOS DESPUÉS

Martín Hevia*

I. *Contract as Promise* en contexto**

En el siglo XIX, la teoría del derecho contractual imperante era la teoría “voluntarista”: los contratos eran la expresión de la voluntad de las partes. La teoría voluntarista era formalista porque, si las partes no habían contemplado alguna contingencia, o si una de las partes había contratado en estado de necesidad, el contrato debía cumplirse de todos modos porque “era para las partes como la ley misma”. Según esta concepción de los contratos, las acciones por incumplimiento podían deducirse de lo que las partes habían establecido en el contrato. En 1936 la literatura sobre derecho contractual experimentó una revolución: en su artículo seminal “The Reliance Interest in Contract Damages”, Lon L. Fuller y William R. Perdue Jr. desarrollaron un argumento en contra de las teorías “voluntaristas” del derecho contractual que habían prevalecido en el siglo XIX. Dicho artículo se convirtió en un artículo tradicional tanto en la literatura contractual como en la literatura jurídica en general.¹ Por ello, un historiador del derecho de Harvard, Morton Horwitz, sostuvo que “el artículo famoso de Fuller y Perdue de 1936 sobre las acciones por incumplimiento contractual demostró que las concesiones de indemnizaciones por incumplimiento no podían deducirse de la “lógica” del contrato o de la voluntad de las par-

* Universidad Torcuato Di Tella, Argentina.

**Este trabajo está basado en ideas que tomo prestadas de mi tesis doctoral, *Separate Persons Acting Together – A Theory of Contract Law*, defendida en la Faculty of Law, University of Toronto. Agradezco a Emiliano Villa por sus comentarios a una versión anterior y por la traducción de partes pertinentes de mi tesis doctoral.

¹ Para este punto, ver Richard Craswell, “Against Fuller and Perdue” (2000) 67, *University of Chicago Law Review* y mi “Notas sobre Fuller y Perdue y las Acciones por Incumplimiento Contractual en el Common Law” (2007) 221, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Chile.

tes sino que era una sanción del Estado determinada por la elección entre diferentes políticas disponibles.”²

Fuller y Perdue no estaban solos en su cruzada. Su ataque a las teorías voluntaristas era contemporáneo de la crítica del “realismo jurídico” a la propiedad privada y al contrato.³ Por ejemplo, en 1930, un teórico reconocido del derecho contractual, Arthur Corbin, sostuvo que resultaba irrelevante que los jueces subsuman los derechos de las partes de un contrato como derechos contractuales, como derechos que nacen como consecuencia de la confianza que el promisorio deposita en la promesa del promitente, o como fuera. Para Corbin, la fuente de la obligación era irrelevante: lo importante era el derecho del demandante a exigirle al demandado que éste cumpla con su obligación o que pague algún tipo de compensación en caso de incumplimiento. Así, Corbin manifestaba su escepticismo acerca de la importancia de clasificar las obligaciones – tradicionalmente, el ejercicio de clasificación tenía un papel importante en el estudio de las obligaciones civiles y comerciales.⁴ En la misma línea de pensamiento, unos años antes, en *The Common Law*, Oliver Wendell Holmes sostenía que “la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia”.⁵ Décadas más tarde, siguiendo la tradición realista, autores como Grant Gilmore y Patrick Atiyah sostuvieron que la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual no tenía demasiado sentido.⁶

A comienzos de la década de los ochenta, después de décadas de recibir ataques, *Contract as Promise* de Charles Fried revitaliza al contrato en la literatura jurídica.⁷ En *Contract as Promise*, Fried define al contrato como un intercambio de promesas. Para Fried, entonces, incumplir un contrato equivale a incumplir una promesa. Fried funda la

² Morton J. Horwitz, “The History of the Public/Private Distinction” (1982) 130, *University of Pennsylvania Law Review*, 1423.

³ Para una reconstrucción de la crítica realista, ver Peer Zumbansen, “The Law of Society: Governance Through Contract” (por publicarse en *Indiana Journal of Global Legal Studies*).

⁴ Corbin sostuvo que “[l]a definición y la clasificación de términos tan fundamentales como “derecho” y “obligación” depende de los resultados obtenidos, y no de las formalidades y de los procedimientos utilizados para alcanzarlos.” Ver Arthur L. Corbin, “Contract for the Benefit of Third Parties” (1930) 46, *Law Quarterly Review*, 12, 16.

⁵ O. W. Holmes, *The Common Law* [1881] (Boston: Little Brown, 1963) p. 1.

⁶ Ver Grant Gilmore, *The Death of Contract* (Columbus: Ohio State Press, 1974), Patrick Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford: Oxford University Press, 1979) y *Essays on Contract* (Oxford: Oxford University Press, 1986).

⁷ (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981).

obligación moral de mantener una promesa en el deber de no violar la autonomía del promisorio: cuando el promitente incumple su promesa, se abusa de la confianza que causó violando en consecuencia la autonomía del promisorio. Así como en los treinta la obra de Fuller había cambiado la doctrina contractual, Fried cambió el paisaje de la filosofía del derecho contractual de fines del siglo XX. Hasta hoy, los especialistas en derecho contractual se ven obligados a discutir los argumentos de Fried. *Contract as Promise* es sin duda una de las contribuciones fundamentales a la teoría contractual de los últimos treinta años. En este breve artículo me propongo discutir sus tesis fundamentales. Mi objeción principal será que Fried no logra explicar la naturaleza personal y correlativa de los derechos contractuales.

II.

El punto de partida de Fried es la idea de autonomía individual. Para Fried, los individuos autónomos tienen una capacidad para desarrollar su propia concepción del bien. Para ejercer su autonomía, las personas pueden servirse de objetos externos, pero no pueden utilizar a otras personas. Esto se debe a que, en línea con Kant, Fried marca una distinción entre objetos y personas. Las personas tienen capacidad para autodeterminarse —las cosas, en cambio, no la tienen—. Por ende, al usarnos los unos a los otros nos estaríamos tratando como meros objetos y, entonces, estaríamos envenenando la fuente de nuestra capacidad de autodeterminación. Ahora bien, aún si fuera moralmente incorrecto usar a los demás *meramente* como medios para promover nuestros fines, “la moralidad en sí misma debe alistarse para asegurar que me respeten y que se respete lo que es mío para que activamente sirva a mis propósitos”. El punto de Fried es, en tanto se respete la autonomía, no habrá nada incorrecto en usar a otros para promover nuestros fines. Es más, usarnos los unos con los otros para promover nuestros fines aumenta en gran medida el alcance de las herramientas que utilizamos para desarrollar nuestros planes.

Fried también sostiene que “cuando mi confianza en la asistencia de un tercero deriva de la convicción de que ese tercero hará lo que es correcto (y no sólo lo que es prudente), entonces le tengo confianza, y esta confianza se convierte en una herramienta poderosa para reflejar

nuestro acuerdo de voluntades en el mundo”. Según Fried, el dispositivo que le da a la confianza su forma más “afianzada y palpable” es la promesa. En otras palabras, la práctica del prometer nos permite hacer cosas juntos.

Es importante aclarar que, si bien Fried reconoce que la institución promisorio es una herramienta *útil* para que las personas persigan proyectos conjuntamente, su explicación de la obligación individual que nace de una promesa no está basada en la utilidad que podemos derivar del hecho de que las promesas generen obligaciones individuales: Una persona tiene la obligación de cumplir sus promesas porque invocó intencionalmente una convención cuya función es dar razones –razones morales– para que otros cuenten con el cumplimiento de la promesa. Incumplir es abusar de la confianza que quien promete era libre de generar o de no generar y que intencionalmente generó.⁸

Fried resume su posición diciendo que:

Existe una convención que define a la práctica de prometer y a sus efectos. Esta convención es un modo en el que una persona puede generar expectativas a los demás. En virtud de los principios kantianos de confianza y respeto, es incorrecto invocar esta convención para hacer una promesa y después incumplirla.⁹

Para Fried, las obligaciones contractuales son un supuesto especial de obligaciones promisorias: los contratos deben mantenerse (cumplirse) porque las promesas deben mantenerse. Desde esta visión, la naturaleza vinculante de los contratos no tiene nada que ver con políticas sociales tales como la maximización de la riqueza o la eficiencia económica.¹⁰

Ahora bien, dado que somos libres, también podemos y debemos ser responsables no sólo de nuestros logros sino también de nuestros fracasos y de nuestros errores. Por ello, Fried famosamente sostuvo que:

Si prometo algo, tengo que cumplir con lo prometido; y si incumplo con mi promesa, es justo que se me obligue a entregar el valor equivalente

⁸ *Ibid.*, p. 16.

⁹ *Ibid.* p 17 [énfasis omitido].

¹⁰ Ver Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, p. 51.

de aquello que había prometido. En la doctrina contractual esta proposición se conoce como la *indemnización por incumplimiento medida en función de los daños causados por la frustración de las expectativas*. El estándar de las expectativas no le da a la víctima de un incumplimiento ni más ni menos de lo que hubiera recibido si no hubiese habido incumplimiento —en otras palabras, la víctima recibe los beneficios esperados de su acuerdo.¹¹

Para Fried, entonces, la naturaleza vinculante de las promesas —y, por lo tanto, de los contratos— supone que la acción adecuada para los casos de incumplimiento contractual apropiada es la acción por daños en función de las expectativas.

Veamos el análisis que Fried hace de las acciones por incumplimiento contractual. En el common law, normalmente se dice que las acciones por incumplimiento contractual son tres: la acción de restitución —“restitution damages”—, la indemnización por daños basados en la confianza —“reliance damages”— y la indemnización por daños y perjuicios en función de la expectativa frustrada —“expectation damages”—, a la que ya hice referencia.¹² Veamos de qué se tratan las dos acciones a las que no hice referencia anteriormente.

La *acción de restitución* evita el enriquecimiento sin causa del promitente: si el demandado incumplió su promesa de realizar cierta prestación en favor del demandante y el demandante-promisario le había entregado algo al demandado-promitente a cambio de su promesa de cumplir con dicha prestación, el derecho obliga al demandado a devol-

¹¹ *Ibid.*, p. 17. Ahora bien, a veces el valor de mercado del bien prometido no equivale al valor que el demandante le asignaba a la prestación debida. Por ejemplo, quizá el demandante planeaba utilizar la cosa prometida para destinarla a algún uso en particular, o quizá también el demandante le asigna un valor especial al bien en cuestión. En esos casos, estas cuestiones también deberían estar contempladas por la indemnización que el demandado tendrá que pagarle al demandante.

Para determinar si el demandante tiene derecho a que la indemnización por incumplimiento incluya tales cuestiones, es necesario determinar si es razonable que el demandado se haga responsable por los daños que el demandante sufre por la privación de la posibilidad de utilizar la prestación que era objeto del contrato para perseguir sus fines. Esto es lo que en el common law se conoce como “consequential damages.” Para determinar si corresponde indemnizar por los “consequential damages”, es necesario establecer si, al momento de la celebración del acuerdo, era razonable exigir al demandado que éste conociera los usos a los que el demandante iba a destinar la prestación contractual.

¹² En este punto, sigo mi “Notas sobre Fuller y Perdue y las Acciones por Incumplimiento Contractual en el Common Law”, *supra* nota 1.

ver aquello que había recibido a cambio de su prestación. La *indemnización por daños basados en la confianza* tiene por objetivo dejar al demandante en la misma situación en la que estaba antes de celebrar el contrato con el demandado-promitente. Supongamos que, confiando en que el demandado-promitente cumpliría con su obligación contractual, el demandante-promisario invirtió en bienes relacionados con el objeto del contrato. Por ejemplo, supongamos que la prestación contractual es la compraventa de un campo, que el demandante-promisario desea cosecharlo y que, para ello, confiando en que efectivamente tendría el campo a su disposición, compró tractores —que de nada servirían si no tuviese el campo a su disposición—. El demandado-promitente incumple su obligación. En ese supuesto, el demandado tendrá que pagar una indemnización que deje al demandante en una posición que sea tan buena como aquella en la que se encontraba antes de que el demandado hiciera su promesa.

Según Fried, la acción de restitución y la indemnización de los daños basados en la confianza reflejan la idea de que “si una persona confió en una promesa y sufrió un daño, ese daño hay que repararlo; y si quien incumple un contrato recibió bienes y servicios, tiene que ser obligado a pagar un precio justo por ellos”¹³. Sin embargo, Fried sostiene que la confianza en el cumplimiento de una promesa no puede explicar su fuerza vinculante: según Fried, “hay confianza porque la promesa es vinculante, y no al revés.”¹⁴ Fried explica que en algunos casos el valor de la inversión en la que incurrió el promisorio es menor al valor que el promisorio le asigna al cumplimiento. Eso significa que, si se adoptara la acción de daños medidos en función de la confianza, no se le permitiría a quien promete cumplir con la obligación en que había elegido incurrir al comprometerse a hacer algo para el promisorio.¹⁵ En otras palabras, para Fried, si se adoptara como regla la medida de los daños sufridos por el demandante en función de la confianza depositada en el cumplimiento del demandado-promitente, no estaríamos tomando en serio al promitente. Tomarlo en serio requeriría “tomar en serio su capacidad para determinar sus propios valores.” Fried concede que a veces, las expectativas del demandante-promisario no pueden medirse correctamente. Es en estos casos donde el estándar de

¹³ Fried, *supra* nota 7, p. 19.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

la confianza puede ser útil como sustituto. Fried ilustra este punto haciendo referencia a *Security Stove & Mfg. Co. v. American Railway Express Co.*¹⁶ En el caso citado, un fabricante de Stove esperaba un modelo nuevo de estufas que tenía que ser enviado por barco a una feria de comercio. En la feria, el fabricante esperaba obtener clientes nuevos. El fabricante había invertido en la feria; por ejemplo, el presidente de la fábrica y sus empleados habían viajado para estar presentes en la feria. El problema fue que no tuvieron nada para mostrar allí: como la empresa encargada de enviar la estufa incumplió con su obligación, el fabricante perdió la oportunidad de intentar ganar clientes nuevos. Por supuesto, era imposible saber con certeza cuánto dinero hubiera ganado el fabricante si hubiese podido mostrar en la convención el producto en cuestión. Sin embargo, había certeza respecto del uso que el fabricante le iba a dar al bien: su intención era utilizarlo para atraer clientes nuevos, que podrían ser fuente de ganancias en el futuro. En este caso, como era imposible determinar cuánto dinero hubiera ganado el fabricante si hubiese exhibido su producto, el tribunal le concedió daños en función de la confianza.¹⁷

Para Fried, hay que obligar a los promitentes a cumplir con sus promesas porque, de lo contrario, no se respetaría la capacidad que como individuos libres y racionales tienen para elegir su propio bien y para responsabilizarse por lo que eligen. Según Fried, si se liberara a los promitentes de la obligación de cumplir con sus promesas, se trataría a los promitentes como niños que no entienden las consecuencias de sus acciones.¹⁸ En resumen, en palabras del propio Fried,

¹⁶ 227 Mo. App. 175, 51 S.W. 2D 572 (1932).

¹⁷ Fried, *supra* nota 7, p. 21-22. Nótese que Fried no discute si, en este caso, deberían concederse también al demandante "consequential damages" - Fried simplemente asume que tiene que ser así.

¹⁸ *Ibid.*, p. 21. Aquí tendría sentido formularse la siguiente pregunta: asumiendo que un individuo es perfectamente racional y que sabe muy bien qué es lo mejor para su vida, ¿se lo trataría como si fuera un niño si se le permitiera incumplir su obligación? La respuesta es afirmativa si, como Fried, pensamos que lo único relevante es que, si el individuo es autónomo, es capaz de entender las consecuencias de obligarse contractualmente. Sin embargo, si hay otros elementos que consideramos relevantes, por ejemplo, su interés en obligarse a hacer cosas que son incompatibles con las obligaciones contractuales que ya contrajo, ¿recibiría el trato que le damos a los niños si le permitiéramos incumplir con sus obligaciones contraídas previamente sin que pague costo alguno por hacerlo?

la libertad de obligarse contractualmente a cumplir con una obligación en el futuro es un ejemplo importante y llamativo de esta libertad [la libertad para disponer de los talentos, del trabajo y de la propiedad del modo en que uno desea]...porque en una promesa uno se hace responsable no sólo del ser presente sino del ser futuro.¹⁹

Según Fried, en esencia, de todo esto se trata el derecho de los contratos.²⁰ El argumento de Fried es muy atractivo porque toma muy en serio la idea de autonomía personal. Sin embargo, tiene algunos problemas. En la próxima sección considero, entonces, algunas objeciones a su argumento.

III.

En primer lugar, tal como sugiere Michael Trebilcock, Fried recurre a “algunas convenciones sociales vagas para definir la práctica de prometer y sus implicancias.”²¹ Para Trebilcock, esto es inapropiado por al menos tres razones diferentes. Por un lado, al hacer referencia a convenciones sociales y contra lo que dice Fried, su teoría del derecho de los contratos no está basada en la idea de autonomía sino en valores que son externos a la relación entre las partes contratantes; tales valores determinan en qué casos debe exigirse el cumplimiento del contrato. Por otro lado, Trebilcock se pregunta cómo es que van a hacer los tribunales para determinar cuáles son las convenciones sociales relevantes. Finalmente, Trebilcock sugiere que, incluso si los tribunales fueran capaces de identificar esas convenciones sociales, tal como señalan Buckley y Craswell, esas convenciones podrían ser inmorales o injustas: en verdad, entonces, lo que realmente importa es si la convención en cuestión es aceptable o si no lo es.

Ahora bien, contrariamente a lo que dice Trebilcock, el hecho de que Fried apele a convenciones sociales no es un problema en sí mismo. De hecho, la apelación a convenciones sociales es muy común en diversas áreas del derecho y, en general, no pensamos que ello sea un problema.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Michael Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993, p. 165.

Por ejemplo, en el derecho de la responsabilidad cuasidelictual, para determinar si alguien actuó con la debida diligencia o si actuó negligentemente, es probable que apelemos a una convención que le de contenido al estándar de la “persona razonable”. En el mismo sentido, puede resultar necesario apelar a una convención social para determinar si alguien hizo una promesa, cuál es el contenido de tal promesa, y así sucesivamente. Es más, al interpretar las normas jurídicas, siempre estamos en una situación en la que interactuamos los unos con los otros en función de diversas presuposiciones. En este sentido es que las convenciones sociales son relevantes para el derecho contractual. En realidad, la cuestión importante es que la referencia a las promesas es ambigua porque o bien hace referencia al hecho de que, al interpretar el derecho, ya estamos en una situación en la que compartimos diversas presuposiciones —es el punto que mencioné recién—, o bien hace referencia a que las promesas crean obligaciones jurídicamente vinculantes. En contra de lo que dice Trebilcock, el primer supuesto mencionado no es necesariamente problemático porque, como mencioné antes, estamos constantemente apelando a convenciones sociales para entendernos los unos con los otros. Un claro ejemplo de este tipo de convenciones es el lenguaje, un ejemplo típico de convención social. En cambio, el segundo caso sí resulta problemático ya que el hecho de que exista una convención social de la cual se siga que las promesas deben cumplirse no basta para concluir sin más que las promesas crean obligaciones jurídicamente vinculantes.

En segundo lugar, tal como sostiene Dori Kimel, el nudo de la tesis de Fried reside en la invocación de la confianza y no en la existencia de la promesa como convención social. Cabe recordar que Fried considera que la convención de prometer permite que una persona genere expectativas en otras. Y, dado que las personas son libres de invocar o no invocar tal convención, en caso de invocarla y de no satisfacer las expectativas creadas, deberán hacerse responsables de las expectativas que generaron con sus promesas. Según la lectura que Kimel hace de Fried, el argumento de éste es que el valor de la promesa reside en que nos permite hacer uso de la confianza —una herramienta esencial para perseguir nuestros planes—. En contra de la sugerencia de Fried, Kimel sugiere correctamente que dar razones morales para que alguien confíe en el cumplimiento de una promesa no depende de la invocación de una práctica social; de hecho, en ausencia de una convención social al

respecto, podemos invocar la confianza en las relaciones con los demás con las mismas implicancias normativas.²² En este sentido, la “tesis de la práctica social” (que explica el derecho de los contratos en función de la práctica social) pierde sustento.

Si bien creo que bastaría con los argumentos que mencioné para desecher la tesis de Fried, a continuación me concentraré en las dos objeciones que, según creo, son las más fuertes. La primera es la siguiente: el argumento de Fried sugiere que hay una conexión necesaria entre todas las obligaciones morales y todas las obligaciones jurídicas. Sin embargo, esto no parece ser así. Por ejemplo, si prometo que voy a leer para mañana el borrador que me enviaron y no lo hago, nadie diría que se justifica mandar a la fuerza pública a mi casa para que me obligue a cumplir.²³ Para justificar la obligación jurídica de cumplir con una obligación moral es necesario proveer al lector de un argumento adicional; el problema es que Fried no lo hace.

En segundo lugar, si lo que hace que una promesa sea vinculante jurídicamente no es la invocación de una convención social, ¿tiene sentido pensar que Fried cree que las promesas tienen efectos vinculantes jurídicamente debido a una idea pre-convencional de hacer responsable al promitente por sus decisiones? El problema con esta interpretación de Fried es que, tal como explica Weinrib, incluso si aceptamos a los efectos del argumento que las obligaciones morales son o deben ser vinculantes jurídicamente, y por ende, que todas las promesas son o deben ser vinculantes jurídicamente, hay que mostrar mucho más para llegar a la conclusión de que es necesario disponer de una institución como el derecho contractual: “la incorrección de incumplir una promesa puede recibir expresión jurídica en modos que no sean necesariamente el cumplimiento de los contratos – mediante la aplicación de penas, por ejemplo, o mediante las acciones de responsabilidad extra-contractual o de restitución del derecho privado ”²⁴

La objeción anterior nos lleva a la tercera objeción. Dado que los contratos son herramientas de las que disponen los individuos para disponer de su propiedad como prefieran hacerlo, las partes son libres de

²² Dori Kimel, *From Promise to Contract – towards a liberal theory of contract*, Oxford, Hart Publishing, 2003, p. 11-12.

²³ Tomo prestado este ejemplo de Eduardo Rivera Lopez, “Promises, Expectations, and Rights”, 2006, 81 Chicago Kent L. Rev. 21.

²⁴ Weinrib, *supra* note 10, p. 51.

vincularse contractualmente con quienes quieran. El vínculo contractual genera obligaciones y derechos sólo para quienes son parte del acuerdo, pero no para el resto del mundo que es ajeno a dicho vínculo. Los contratos tienen una estructura distintiva porque generan obligaciones personales o *in personam*. El derecho *in personam* es un crédito que el promisorio tiene contra el promitente. Es decir, al momento de la celebración del acuerdo, el promisorio aumenta su patrimonio porque adquiere algo que antes no tenía: el derecho a exigir al promitente —y sólo a éste— que cumpla con su obligación contractual. Esta es la naturaleza correlativa de las relaciones contractuales. El problema con la propuesta de Fried es que no explica esta naturaleza específica de los derechos contractuales. Fried tiene razón cuando sostiene que siempre que el promitente incumple usa al promisorio meramente como medio: el promitente invoca la convención social de la confianza y, cuando ya no le resulta conveniente cumplir con su promesa, decide incumplir sin tener en cuenta que ello podría afectar al promisorio. Hasta allí, estoy de acuerdo con Fried. Sin embargo, lo único que esto parece mostrar es que el promitente no puede incumplir su promesa porque, al hacerlo, haría algo inmoral. Lo que Fried no explica es qué es lo que hace que el promisorio tenga derecho a exigir al promitente que éste cumpla con su promesa. Según Benson, “[e]l argumento no explica por qué el promisorio tiene un derecho contra el promitente cuyo contenido es la obligación de cumplir. En otras palabras, el argumento no va tan lejos como para explicar la existencia de una obligación que se le debe a otro por razones de justicia, a diferencia de una obligación de fidelidad o de autoconsistencia que, si bien puede estar relacionada con otro, sólo es requerida por la virtud.”²⁵ Un contrato no es simplemente un promitente que debe cumplir con su obligación —sin que importe para quién debe cumplir—: lo distintivo es que deba cumplir para un promisorio en particular.

Fried no puede explicar por qué, al incumplir, el promitente está privando al promisorio de uno de los medios que éste tiene para perseguir sus fines, a saber, el cumplimiento de la obligación. Esto es así porque el mero hecho de que yo le prometa a alguien que voy a hacer algo en su beneficio no lo convierte en dueño de nada y, entonces, incumplir

²⁵ Peter Benson, “Abstract Right and the Possibility of a Non-distributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory” (1989) 10 Cardozo L. Rev. 1077, p. 1116.

con mi promesa no lo priva de la propiedad sobre nada. Quizá el promisorio confió en mi promesa y yo sea responsable por haberlo inducido a que lo haga, pero no mucho más que eso.

La cuarta objeción a Fried es que no son convincentes las razones que invoca para explicar por qué la regla es que, en caso de incumplimiento, la víctima tiene derecho a una indemnización en función de las expectativas frustradas. El problema con la tesis de Fried es que al no poder explicar el hecho de que al momento de la formación del acuerdo el promisorio adquiere un crédito contra el promitente, no puede explicar el hecho de que la indemnización le dé al promisorio aquello de lo que ya era dueño. Permítanme explicar más este punto.

El derecho contractual distingue entre los derechos que adquiere el promisorio al momento de la celebración del contrato y al momento de su cumplimiento. Con excepción de los casos en que la celebración y el cumplimiento del contrato tienen lugar al mismo tiempo, cuando el contrato se celebra, el promisorio no adquiere ningún bien material, sino simplemente un derecho de crédito contra el promitente –la excepción a esta regla es la de lo que la doctrina civilista llama “contratos reales”, que se perfeccionan con la entrega de la cosa que es objeto de la transacción–. El contenido de tal derecho es el cumplimiento de la obligación del promitente. La obligación correlativa del promitente es la de cumplir con el contrato de acuerdo con lo establecido por las partes.²⁶ Al momento de la celebración del acuerdo, entonces, el promisorio aumenta su patrimonio porque obtiene un crédito exigible a su promitente. Según Kant, el promisorio adquiere la causalidad del hecho ajeno. Esto explica por qué, en caso de incumplimiento, el promisorio tiene derecho a exigir al promitente que éste haga lo que había prometido hacer o que le entregue el valor que el promisorio le atribuye a la prestación que es objeto del acuerdo entre las partes –“expectation damages”–. Si no pudiera hacerlo, el promitente sería libre de cumplir o de incumplir su obligación y, entonces, no sería cierto que el promisorio puede exigir aquello que le pertenece –es decir, la causalidad del hecho ajeno.

²⁶ Para este punto, ver Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, trans. by Mary Gregor (Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1996) 6:723, citado en Ernest J. Weinrib, “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies” 78, *Chicago-Kent L. Rev.*, 55 at 67, de donde tomo prestada la cita. Ver, también, Peter Benson, “The Idea of a Public Basis Justification For Contract” (1995) 33, *Osgoode Hall L. J.* 273, 321-326.

La tesis de Fried no explica a los contratos como transferencia de propiedad en el sentido que expliqué antes. Si el promisorio no adquiere nada mediante la promesa del promitente, ¿por qué es que, para Fried, el promisorio tiene derecho a que los tribunales le concedan una indemnización por los daños basados en la frustración de las expectativas? Ante este defecto de su tesis, Fried tiene que justificar la indemnización por daños basados en la frustración de las expectativas en razones que no hacen a la relación contractual que une al promitente con el promisorio. En todo caso, los tribunales lo harían por razones de *justicia distributiva* —digamos, porque por alguna razón es justo que el promisorio reciba de parte del promitente aquello que éste le había prometido.

En resumen, la tesis de Fried es *prima facie* muy atractiva porque se toma en serio la idea de que los individuos deberían tener la libertad de perseguir sus planes intercambiando bienes y cumpliendo servicios para otros. El problema es que, a pesar del atractivo inicial, Fried no puede explicar por qué los derechos contractuales son derechos personales o, peor aún, y en el fondo, por qué son, simplemente, derechos.

Recepción: 06/03/2009

Aceptación: 05/11/2009