



*“cuando se trata de bienes o servicios, cuyo intercambio es muy fluido, es preferible no incentivar incumplimientos aparentemente eficientes, pues los “costos de impacto” serán muy altos”*

## Te lo prometo Hermano... (pero si no me conviene...): el Dilema de la Palabra Empeñada como Valor Económico, a propósito de la Teoría del Incumplimiento Eficiente

149

Gustavo Nilo Rivera Ferreyros\*

*“Este Juramento es una forma de expresión, agregada a una promesa por medio de la cual quien promete significa que, en el caso de no cumplir, renuncia a la gracia de Dios, y pide que sobre él recaiga su venganza”*

*“Qué es justicia, e injusticia. En esta ley de naturaleza consiste la fuente y origen de la JUSTICIA. En efecto, donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas: por tanto, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha hecho un pacto, romperlo es injusto. La definición de INJUSTICIA no es otra sino ésta: el incumplimiento de un pacto. En consecuencia, lo que no es injusto es justo”*

**“Leviatán”**  
Thomas Hobbes

Las sentencias del filósofo Inglés Thomas Hobbes, con las cuales se inicia este artículo podrían aplicarse sin mayores resistencias (salvando las distancias y empleándose en su contexto e interpretación justa) en nuestro ordenamiento legal o cualquiera otro de tradición Romano – Germánico, quienes defienden con firmeza el valor de la palabra empeñada en los contratos, y procuran castigar con rigor la deshonra de la misma. Para comprobarlo, en nuestro

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de maestría en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad del Salvador de Buenos Aires y en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro nacional y profesor universitario de la PUCP. Socio del Estudio Villavicencio, Meza & Rivera Abogados S. Civil de R.L.

ordenamiento basta con acudir al Código Civil y revisar su articulado<sup>1</sup>. Asimismo, los tribunales son claros y uniformes en castigar el incumplimiento sin permitir el asomo de alguna teoría o idea que pretenda cuestionar, siquiera levemente, el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de la palabra empeñada en un contrato (como uno de los remedios alternativos que la norma le franquea).

En líneas generales lo que prescribe nuestro Código Civil como remedios<sup>2</sup> alternativos en favor del acreedor<sup>3</sup> ante el incumplimiento del deudor, son:

- a) Compeler al deudor al cumplimiento de su obligación, en otras palabras compelerlo a honrar la palabra empeñada; o,
- b) Resolver el contrato; y en ambos casos, reclamar una indemnización.

Estas prescripciones legales tienen su lógica en la construcción misma de nuestro sistema legal, en el que se

castiga severamente la deshonra de la palabra empeñada, con independencia de su valoración económica.

Además de ello, algo que resulta cierto es que en la realidad, los cumplimientos contractuales son mayores que los incumplimientos, pues de ocurrir lo contrario, no solamente las Cortes estarían atiborradas de causas, sino sobre todo, el sistema contractual Civilista no tendría muchas razones para su existencia y desarrollo; en ese sentido, el sistema contractual civilista siempre priorizará el cumplimiento de los compromisos por encima de cualquier cuestión utilitaria o vinculada a una eventual eficiencia económica.<sup>4</sup>

Ahora bien, el razonamiento del sistema contractual civilista se fundamenta básicamente en lo siguiente:

- a) Los contratos son suscritos por las partes, para que estos sean cumplidos. Nadie celebra *a priori* un contrato con el *animus* de incumplirlo, pues se entiende que las partes lo celebraron para obtener, cada uno

1 En especial se debe revisar los artículos 1150, 1151, 1158, 1219, 1321, 1428, 1429, entre otros aplicables y pertinentes.

Artículo 1150º.- Derechos del acreedor por inejecución del hecho.

El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.
3. Dejar sin efecto la obligación.

Artículo 1151º.- Incumplimiento parcial, tardío o defectuoso con culpa del deudor.

El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

1. Las previstas en el artículo 1150º, incisos 1 ó 2.
2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.
3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.
4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

Artículo 1158º.- Derechos de acreedores ante el incumplimiento culposo.

El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas.

1. Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.
3. Dejar sin efecto la obligación.

Artículo 1219: Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1. Emplear las medidas legales a fin que el deudor le procure aquello a que está obligado.
2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa /.../

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2.

Artículo 1321: Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve...”

Artículo 1428º.- Resolución del contrato por incumplimiento.

En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Artículo 1429º.- Resolución de pleno derecho.

En el caso del artículo 1428º la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.

2 En los sistemas legales existen variados remedios que tienen por finalidad inhibir las trasgresiones a los derechos, buscando evitar que sea solamente la sanción el único medio eficaz para evitar dichas trasgresiones. Así podemos encontrar una serie de remedios, como la legítima defensa (remedio de autotutela), las indemnizaciones o la ejecución forzada, entre otras. Al respecto ver: EPSTEIN, Richard A. Principios para una sociedad libre, UPC, Lima 2003 (en especial revisar el capítulo De los derechos a los remedios, a partir de la página 267).

3 A diferencia del common law en el derecho de orientación civilista, será el acreedor quien podrá escoger el remedio que se deberá aplicar al incumplimiento contractual.

4 Recordemos que para el análisis económico del derecho, el punto de partida de su análisis es la eficiencia económica, pues se entiende que a partir de ésta, es posible que la conducta de los individuos se incline en uno u otro sentido, de ahí que el sistema legal deberá priorizar normas que incentiven situaciones en las que esté presente la eficiencia económica.

de ellos, un beneficio determinado. Cada uno de los contratantes valora más la prestación de su contraparte.

- b) La palabra empeñada en un contrato, genera en cada uno de los intervinientes, y sobre todo en el acreedor, una expectativa que los hace incurrir en costos, en la confianza que su contraparte honrará la palabra comprometida.
- c) El sistema contractual se sostiene en el principio de buena fe, se entiende que ambos contratantes actúan de buena fe antes, durante y después de suscribir el contrato; en ese sentido, si no se definde la obligatoriedad de la palabra empeñada este principio carecerá de eficacia, incentivándose los comportamientos oportunistas<sup>5</sup> de alguna de las partes, con lo cual todo el sistema contractual se resquebraja.
- d) Lo pactado es ley para las partes<sup>6</sup>, por lo que el acreedor puede exigir el cumplimiento de dicha ley.

Sin embargo, en el derecho de tradición anglosajona existe una teoría que no solamente atenúa el valor de la palabra empeñada, sino que incluso concibe incentivos para el incumplimiento de los contratos, siempre que este incumplimiento sea económicamente más eficiente para todos, anteponiendo estos comportamientos al estricto respeto a la palabra empeñada, al estricto respeto a lo pactado en los contratos. En esta teoría, la regla general es que ante un incumplimiento se debe resarcir adecuadamente al deudor y la exigencia del cumplimiento de lo pactado es una regla excepcional, y que en líneas generales, se presenta cuando no es posible resarcir adecuadamente al deudor, siendo el acreedor el que tiene la facultad de optar por alguno de estos remedios.

La teoría del incumplimiento eficiente posee dos caras de una misma moneda, la primera nos señala que los contratos se deben cumplir en la medida que ello sea eficiente y la segunda, que los contratos se deben incumplir en la medida que ello sea eficiente; es decir, la disyuntiva para los contratantes pasa por determinar qué situación es más eficiente<sup>7</sup>: *cumplir o incumplir un contrato* y la consecuencia de dicha decisión generará una obligación de resarcimiento (en caso decida incumplir el contrato) o la simple ejecución del contrato (en caso decida cumplir), ese sentido, con la teoría del incumplimiento eficiente la decisión de cumplir el contrato ya no es del acreedor (sistema civilista), sino del deudor.

Respecto a esta teoría Richard Posner señala que:

*“(...) [E]n algunos casos una parte se vería tentada a incumplir el contrato simplemente porque el beneficio del incumplimiento excede el beneficio esperado de llevar a término el contrato. Si es que el beneficio del incumplimiento también excede el beneficio esperado que recibiría la contraparte frente a la culminación del contrato y si es que el resarcimiento se encuentra limitado a la pérdida del beneficio esperado, habrá un incentivo para incumplir. Debe ser así”<sup>8</sup>*

Frase de la cual podemos sacar las siguientes conclusiones:

- El deudor puede incumplir el contrato cuando los beneficios de dicho incumplimiento son superiores a los esperados con la ejecución del contrato.
- El beneficio que reciba el acreedor por el incumplimiento (resarcimiento) debe ser superior a los esperados con la ejecución del contrato.
- El resarcimiento debe limitarse a la pérdida del beneficio esperado por la ejecución del contrato.

Sin duda, esta teoría genera más que una inquietud en los defensores del Derecho Civil; sin embargo, la lógica economicista y efectiva de este planteamiento y la fácil comprobación de sus postulados en cada caso concreto, ha hecho que más de uno de los defensores del derecho de tradición civilista busquen replantear sus ideas y “modernizarlas” o al menos tratar de “insertar” algunos componentes de la misma a nuestro sistema.

Tratemos de ejemplificar las ideas antes reseñadas<sup>9</sup>:

*Juan está dispuesto a pagar por una casa de determinadas características como 100. Pedro está dispuesto a vender una casa con las características que desea Juan en 90. Ambos se ponen de acuerdo y celebran el contrato de compra venta por el precio de 95. La entrega del inmueble se efectuaría 1 semana después de celebrado el contrato. Hasta aquí todos ganan, Juan paga menos de lo que está dispuesto a pagar y Pedro recibe más de lo que estaba dispuesto a recibir; con lo cual se cumple la ley económica de que los bienes se dirigen hacia quienes le dan un mayor valor; en este caso, se están asignando los recursos a quienes lo necesitaban, se produjo un intercambio entre quienes requerían lo que tenía su contraparte.*

*Luego de suscrito el contrato y antes de la entrega de la casa, aparece Miguel y ofrece a Pedro pagarle por su casa 120, con lo cual su ganancia sería superior.*

5 COLOMA siguiendo a POSNER señala que “El oportunismo es un fenómeno que implica la posibilidad de que alguna de las partes incumpla su promesa o se aproveche de su situación para adoptar una acción que vulnera el espíritu de lo pactado contractualmente” COLOMA, German, Análisis Económico del derecho privado y regulatorio, Ciudad Argentina, Buenos Aires 2001, p. 184.

6 El famoso aforismo latino nos lo explicita de mejor manera “Pacta sunt servanda” y significa que lo que pactado por las partes en un contrato, en uso de la autonomía de la voluntad, debe cumplirse como si tratara de la aplicación de una ley; por lo que, en caso de incumplimiento se podrá exigir su cumplimiento y además el resarcimiento que corresponda.

7 En este caso, la eficiencia debe abarcar a todas las partes involucradas en la transacción.

8 POSNER, Richard, citado por SAAVEDRA VELAZCO, Renzo, Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente: incumplir o no incumplir, he allí el dilema en Revista Foro Mercantil N° 30, Legis Editores, Bogotá 2011, p. 72.

9 Hemos empleado un ejemplo ya utilizado en anteriores análisis de la figura del incumplimiento eficiente, con la finalidad de hacernos entender mejor, a través de un ejemplo conocido.

*Pedro decide incumplir el contrato y devuelve los 95 a Juan y además lo indemniza con 10. De esta manera, Juan tiene ahora 105, 10 más de lo que tendría de haberse cumplido el contrato, y Pedro tiene 110, 15 más de lo que tendría de haberse cumplido el contrato.*

Comprobado, todos están mejor que antes, es más eficiente incumplir el contrato, que cumplirlo; en consecuencia, existe un mayor beneficio social y de respetarse el contrato, existiría un desperdicio de recursos, pues el mismo no habría sido asignado a quien le reconoce un mayor valor, que en este caso, es Miguel.

En ese sentido, ambas partes contratantes se encontrarían mejor, pues tanto el incumplidor como el acreedor, que no recibe el bien pero si un remedio sustituto, se encontrarían en mejor situación; por tanto, de verificarse estos supuestos, existirían suficientes incentivos para incumplir el contrato; sin embargo, creemos que esto no es cierto siempre, o por lo menos es un tema más complicado de lo que parece a simple vista.

Efectivamente, consideramos que lógica economicista, efectiva, eventualmente comprobable, parte de un análisis incompleto de las relaciones de intercambio, pues solamente se detiene a analizar una relación de intercambio (un contrato), sin considerar que esta relación de intercambio se presenta en un contexto social determinado; vale decir, se encuentra inmerso en una telaraña de relaciones de intercambio que forman el mercado. Debemos tener en cuenta que “...los contratos son construcciones humanas, en buena medida imaginarias, extendidas como una imbricada red de contratos que se ramifica por toda la economía y la sociedad...”<sup>10</sup> y por ello resulta “...importante la atmósfera institucional que los rodea: valores, convenciones, creencias y aún religiones que facilitan o inhiben la contratación...”<sup>11</sup> En consecuencia, los remedios contractuales al incumplimiento deben buscar precisamente, el desarrollo y fortalecimiento de todo el sistema de intercambio, de todo el sistema contractual y no solamente dar solución a una relación contractual en particular, pues este sistema podría verse afectado si se incentivan incumplimientos que resultan más eficientes, vistos sólo de manera singular.

Ahora bien, desde el punto de vista económico el contrato es una institución vinculada al intercambio de bienes en el mercado<sup>12</sup> y que responde básicamente a dos preguntas

- (i) ¿Qué intercambiamos?
- (ii) ¿Cómo lo intercambiamos?

¿Qué intercambiamos?

Sin duda bienes, servicios, derechos, generalmente los contratos sirven para satisfacer necesidades;

¿Cómo lo intercambiamos?

La respuesta a esta pregunta nos permitirá establecer las modalidades del intercambio, el contenido del mismo, las reglas de responsabilidad, la asunción de los costos del intercambio, etc.

Entonces, las preguntas que deberemos efectuarnos ahora serán, ¿afectan los incumplimientos a la sociedad o al mercado? o ¿solamente afectan a la relación contractual en donde se verifica el incumplimiento?

Tal como lo señala Juan José Haro<sup>13</sup>, para el Derecho Romano – Germánico, el contrato está revestido de dos requisitos consustanciales al mismo: “la *juridicidad*” y la “*patrimonialidad*” y esta última característica apunta al mismo interés que tiene el Derecho Contractual Anglosajón: “*el intercambio*”; en ese sentido, el contrato -para estos efectos- será importante, no tanto por su concepción teórica – doctrinal (sin por ello desmerecerla), sino por su aplicación práctica; o mejor dicho, por el objetivo que conlleva la utilización de los contratos: satisfacción de las necesidades económicas a través del intercambio de bienes y servicios o dicho en términos económicos: mejorar la eficiencia social.

Para todos está claro que los contratos se negocian y celebran para ser cumplidos, es impensable que alguna persona contrate con la idea de incumplir el contrato y mucho menos que lo haga resignado a tolerar el incumplimiento de la otra parte. Ambas partes contratan porque necesitan, quieren y valoran más el bien o servicio que está en manos de su contraparte y en ese sentido se orienta nuestra legislación civil. Pero, esa fuerza obligatoria de los contratos ¿tiene alguna valoración económica? ¿es posible que esa fuerza obligatoria rebase las relaciones entre las partes y genere consecuencias al mercado o a la sociedad? La respuesta que hallemos resulta vital para establecer si en todos los casos es eficiente incumplir un contrato.

Sin duda, no podemos escapar al problema del incumplimiento contractual, éste existe en la realidad, sea porque no se quiere cumplir, por razones no imputables a una de las partes o por razones de imprevisibilidad; en cuanto a las dos últimas razones no es menester del presente trabajo detenernos a analizarlas y si más bien, nos detendremos a revisar algunos conceptos del incumplimiento eficiente vinculados a la primera razón señalada.

Como ya lo hemos adelantado en párrafos anteriores, desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, en ocasiones sería más eficiente incumplir un contrato, que cumplirlo, pues de esta manera se asignaría con mayor eficiencia los recursos; no importará entonces,

10 AYALA ESPINO, José, Instituciones y Economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1999, p. 247.

11 AYALA ESPINO, José, Instituciones y Economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico, Op.cit. p.248.

12 En esto coinciden ambos sistemas legales: el Common Law y el Civil Law, el contrato es un sistema de intercambio, destinado a satisfacer necesidades de índole económico.

13 HARO SEIJAS, “de tin marín de do pingüe... un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú”, en Revista Themis, Segunda época, N° 44, Lima, 2002, p. 90

para el deudor intentar valorar la “palabra empeñada”<sup>14</sup> al suscribir el contrato, importará más, si socialmente es eficiente incumplir el contrato o no. Pero, ¿estas afirmaciones son siempre ciertas? ¿se puede dar valor económico a la palabra empeñada, puesta en juego por la teoría del incumplimiento eficiente?

Ahora bien, una sociedad se desarrolla en la medida que se desarrolla su mercado, y la manera que ello suceda es incentivando la mayor cantidad de intercambios en el seno del mismo. En ese sentido, E. Phelps señala que:

*“Una sociedad se mantiene unida por las ventajas mutuas que sus miembros obtienen de los intercambios que tienen lugar entre ellos, de su colaboración en la producción y del comercio de bienes. La economía de una sociedad es el punto de encuentro de estos intercambios. Sus miembros, al participar en ellos, aunando sus esfuerzos a cambio de conseguir derechos sobre los bienes resultantes, esperan obtener mejores resultados que si actuaran separadamente. Una sociedad en la que no pudieran realizarse intercambios no podría funcionar y acabaría desembocando en otras sociedades en las cuales éstos pudieran llevarse a cabo. Para que exista intercambio, necesitamos leyes e incentivos que nos guíen en la elección del papel que debemos desempeñar en la economía”<sup>15</sup>*

Una sociedad que incentiva la existencia de los contratos (intercambios) en el mercado y los fortalece con normas claras, lo que está insertando en la sociedad es la idea de certidumbre, orden y seguridad en la transferencia de los bienes, servicios y derechos; por ello, en la medida que el sistema contractual sea predecible, los costos que involucren la realización de los intercambios serán cada vez menores.

En ese sentido, una forma de incentivar un mayor número de intercambios en el mercado, pasa por equilibrar los costos de transacción involucrados en éstos; si los costos de transacción se elevan es poco probable que el intercambio se plasme; por el contrario, si los costos de transacción disminuyen es mayor la probabilidad de que el intercambio se lleve a término. En sentido inverso, va a depender de los factores involucrados en el intercambio para determinar el aumento o disminución de los costos transacción, de allí la importancia que tienen en el sistema de intercambios y en el sistema contractual en general, pues éstos estarán presentes antes, durante y posteriormente a la celebración de un contrato. Debemos tener en cuenta que los costos de transacción tienen una fuerte ligazón a los intercambios, pues de ellos depende su realización o no

Al respecto Ayala Espino señala que “...los costos de transacción surgen como resultado de diseñar y establecer contratos ex ante de la transacción, y de vigilar ex post su cumplimiento...”<sup>16</sup> agregando más adelante -citando a Matthews- que “...en lo fundamental los costos de transacción son aquellos costos en los cuales se incurre por arreglar los contratos ex ante, monitorearlos y hacerlos cumplir ex post (...) En ese sentido, los costos de transacción son, de algún modo, los costos de oportunidad, y como los costos de producción pueden ser fijos y variables”<sup>17</sup>

¿De que dependen entonces los costos de transacción en un contrato?

Dependerán de muchos factores, no solamente de las diferenciales que puedan existir en los precios de los intercambios, sino -entre otros elementos- del valor del sistema contractual mismo, si éste genera confianza, seguridad, certidumbre en los contratantes, si la conducta de los contratantes en el mercado puede ser predecible y sobre todo si el sistema es capaz de garantizar que en términos generales los acuerdos se cumplirán y que sólo excepcionalmente no podrán cumplirse por factores externos a las partes.

En consecuencia, lo más probable es que si fomentamos el aumento de incumplimientos en nuestro sistema contractual, por razones económicamente eficientes, en principio, la desconfianza, la inseguridad jurídica, la impredecibilidad se asienten, con el aumento de los costos de transacción y la disminución de los intercambios en el mercado; es decir, la disminución del bienestar social.

En ese mismo orden de ideas, creemos que en muchos casos, incentivar incumplimientos eficientes (a través de aparentemente adecuadas indemnizaciones por daños), generan ineficiencias mayores de las que se pretendían evitar. Tratemos de explicar esta idea regresando al ejemplo planteado con anterioridad y a agreguemos uno nuevo:

*Primer ejemplo:*

*Juan está dispuesto a pagar por una casa de determinadas características 100. Pedro está dispuesto a vender una casa con las características que desea Juan en 90. Ambos se ponen de acuerdo y celebran el contrato de compra venta por el precio de 95. La entrega del inmueble se efectuaría 1 semana después de celebrado el contrato. Hasta aquí todos ganan, Juan paga menos de lo que está dispuesto a pagar y Pedro recibe más de lo que estaba dispuesto a recibir y asimismo, se asignan los recursos a quienes lo necesitaban, se produjo un intercambio entre quienes requerían lo que tenía su contraparte.*

*Luego de suscrito el contrato y antes de la entrega de la casa, aparece Miguel y ofrece a Pedro*

14 Pues se entiende que la valoración de la promesa en el contrato, solamente podrá establecerse en términos filosóficos o morales, aspectos irrelevantes (o en todo caso, poco importantes) para el análisis económico del derecho; sin embargo, consideramos que esta valoración también puede ser económica, dependiendo del punto de donde se efectúe la valoración.

15 PHELPS, E., citado por AYALA ESPINO, José, *Ibidem*, p. 84.

16 Loc. Cit. p. 174.

17 Loc. Cit. p. 175.

*pagarle por su casa 120, con lo cual su ganancia sería superior.*

*Pedro decide incumplir el contrato y devuelve los 95 a Juan y además lo indemniza con 10. De esta manera, Juan tiene ahora 105, 10 más de lo que tendría de haberse cumplido el contrato, y Pedro tiene 110, 15 más de lo que tendría de haberse cumplido el contrato.*

*Segundo ejemplo:*

*GRANOS PERUANOS S.A. es una empresa que produce harina de trigo (a un costo de S/. 0.50 por cada costal de harina de trigo) y ha suscrito un contrato con la panificadora EL BUEN PAN, para venderle durante tres meses 100 costales mensuales de harina de trigo, para la elaboración del pan a un precio de S/. 1 por costal, suma que es pagada por adelantado, con la finalidad de asegurarse el suministro de harina de trigo.*

*Luego de transcurrido un mes, en la cual se ha cumplido escrupulosamente con la entrega de la harina de trigo, aparece la fábrica FIDEINO S.A. y ofrece a GRANOS PERUANOS S.A. comprar los restantes 200 costales de harina de trigo (a entregarse en los siguientes dos meses), al precio de S/. 2.5 por costal; la harina de trigo será empleada en la fabricación de fideos y pasta para varias celebraciones extraordinarias de la colonia italiana.*

154

*GRANOS PERUANOS S.A. decide incumplir el contrato celebrado con EL BUEN PAN, le devuelve la suma correspondiente a los 200 costales de harina de trigo y además le paga 0.50 adicional por cada costal de harina de trigo; es decir, le entrega en total la suma de S/. 1.5 por costal de harina de trigo, para poder celebrar el contrato con FIDEINO S.A.*

*Así tenemos que EL BUEN PAN tiene ahora S/. 1.5 por cada costal y no S/.1.00 inicial (gana S/. 0.50); por su parte GRANOS PERUANOS S.A. tiene ahora S/. 2.00 por cada costal y no S/.1.00 inicial (gana S/. 1.00).*

Estos dos ejemplos nos presentan con meridiana claridad que en ambos casos, es más eficiente incumplir el contrato, ya que todos estarán mejor incumpléndolo, que cumpliéndolo. Sin embargo, creemos que el análisis efectuado para determinar la eficiencia económica de estos incumplimientos es incompleto, pues pareciera analizar la eficiencia desde la perspectiva de un solo intercambio, y se tomaría en cuenta el gran número de intercambios que existen el mercado, pues solamente de esa manera se podrá analizar si esta teoría es comprobable o no.

Si bien cierto, el enunciado de Posner al introducir esta teoría, hace referencia a que será eficiente un incumplimiento cuando este genere beneficios mayores que los costos de cumplir con el contrato y que esos mayores beneficios deben alcanzar a todas las partes involucradas, lo que no estamos seguros es si dentro de estos costos

tomó en cuenta los costos de las consecuencias del incumplimiento, los costos de deshonorar la palabra empeñada en los contratos, frente al mercado, cuando el agente deba continuar efectuando intercambios en el mismo.

Por ello es que afirmamos que pareciera que la teoría de incumplimiento eficiente parte de una idea base: el bienestar general se puede analizar a través de las consecuencias económicas de un solo contrato, aislándolo del mercado; si el intercambio resultante del incumplimiento en un solo contrato es económicamente eficiente, no importará analizar nada más.

Sin embargo, el bienestar general solamente se puede analizar de manera sistemática, revisando sobre todo los otros intercambios sobre los cuales el primero tendrá impacto; pues el mercado lo constituyen innumerables intercambios y los bienes pueden ser continuamente intercambiados en el mercado. En ese sentido, es probable que este incumplimiento eficiente, llamémosle inicial, pueda generar mayores costos de transacción cuando analicemos los futuros intercambios, los mismos que no pueden ser evaluados inmediatamente o en todo caso, asignarles un valor resulta por lo menos impredecible, pues éste dependerá del tipo de intercambio, de la posición del agente involucrado y de muchas otras variables.

Para explicar mejor este planteamiento, regresemos a los ejemplos expuestos anteriormente:

*Primer ejemplo:*

*Cuál será la actitud que tomará Juan en un segundo intercambio (en un segundo contrato), en la eventualidad que aún necesite un inmueble parecido. Es evidente, que buscará salvaguardar sus intereses de mejor manera<sup>18</sup>; para cuyo efecto, tratará de hacer lo siguiente:*

- *Iniciar los primeros acercamientos con mayor desconfianza, que harán más difícil la negociación y generará mayores costos de transacción,*
- *Destinará mayores costos para conocer a su contraparte, para saber si está acostumbrado a honrar su palabra o a tener conductas oportunistas.*
- *Insertará cláusulas más gravosas que impidan o minimicen las posibilidades de incumplir el contrato.*
- *Destinará mayores costos para monitorear la ejecución del contrato.*

*Por su parte, el vendedor del inmueble (en el segundo contrato) al ver que Juan toma demasiadas precauciones en la adquisición del inmueble, probablemente actuará de la siguiente manera:*

- *Actuará de manera defensiva al ver la desconfianza del comprador, haciendo aún más difícil la negociación.*
- *Insertará cláusulas que aseguren el pago del precio pactado, de manera más gravosa de lo normal.*

18 Independientemente de la actitud oportunista que podría tener Juan tanto en el primer intercambio, como en el segundo; tema que no trataremos en el presente análisis.

Con lo cual ambas partes incluirían en el contrato cláusulas que probablemente resulten muy onerosas y estaríamos frente a altos costos de transacción en la negociación, suscripción y ejecución del segundo contrato y así sucesivamente sucedería en los demás contratos. En la medida que más incumplimientos se incentiven, el sistema contractual mismo se irá cubriendo de mayores costos de transacción.

Por último, Pedro, el dueño de la casa, en el primer contrato se verá incentivado a tener comportamientos oportunistas, tratando de obtener la mayor ventaja posible, a costa del primer o del segundo comprador; así, recibida la oferta de Miguel, tratará que Juan mejore la oferta, buscando cumplir la promesa que más le convenga, lo cual no es malo en sí mismo (no es malo tratar de maximizar tus beneficios), si no fuera porque genera otras consecuencias, que pueden ser imprevisibles.

*Segundo ejemplo:*

En este contrato el tema es aún más grave, pues GRANOS PERUANOS S.A. el productor de harina de trigo continuará siendo un agente del mercado, pues su negocio es producir y comercializar harina de trigo en el mercado. Si GRANOS PERUANOS S.A. empieza a incumplir sus contratos (por ser más eficiente incumplir el contrato, observado desde una perspectiva individual) y decide vender su harina de trigo a FIDEINO S.A. antes que a EL BUEN PAN, cuando culmine la relación comercial con FIDEINO S.A. ya no podrá vender más su harina de trigo a EL BUEN PAN, pues éste último no tiene certeza que GRANOS PERUANOS S.A. cumpla con la palabra empeñada en el contrato; entonces tendrá que buscar otros clientes para su harina de trigo, con los costos que ello podría implicar.

Por su parte, EL BUEN PAN tendrá dos alternativas en adelante:

- (i) No comprarle más a GRANOS PERUANOS S.A. y buscar un nuevo proveedor de harina de trigo; o,
- (ii) Tendrá que volver a negociar con GRANOS PERUANOS S.A. con la desconfianza reflejada en altos costos de transacción, pues esta vez EL BUEN PAN buscará asegurarse el suministro de harina de trigo.

Además de ello, la imagen de EL BUEN PAN, como agente del mercado, luego del incumplimiento, quedará mellada, recordemos que su negocio no es recibir “resarcimientos adecuados”, sino producir panes para venderlos a todos sus clientes y si incumple con dicho cometido, muchos clientes se irán hacia su competidor. En consecuencia, es posible que la empresa panificadora haya perdi-

do prestigio y mucha clientela ante la imposibilidad de elaborar los panes (por lo menos mientras consigue otro proveedor o vuelve a negociar con Granos Peruanos S.A.), lo cual tiene un alto costo económico, pues recuperar un cliente es más difícil que obtenerlo. Probablemente se ha dañado la reputación de EL BUEN PAN en el mercado, pues desatendió la demanda de pan de sus clientes, aunque sea por unos días.

En resumen, finalmente todos los intervinientes en los ejemplos se darán cuenta que están peor que antes (por lo menos algunos de ellos), cuando intenten entablar una segunda relación de intercambio; habrá que evaluar entonces si las ganancias obtenidas en el incumplimiento eficiente del primer contrato, son superiores o inferiores a las ganancias o probables costos de los valores obtenidos en estas nuevas relaciones de intercambio.

¿Cómo saber entonces, cuándo estamos frente a un incumplimiento eficiente? Nada menos que cuando las partes en el primer intercambio puedan internalizar esos mayores y futuros costos de transacción, los cuales naturalmente se verán reflejados finalmente en el precio de los bienes, servicios y derechos que se intercambien.

En este nuevo escenario -internalizar en los costos del incumplimiento, los costos de transacción de futuros intercambios- las partes no necesariamente estarán mejor, lo más probable es que finalmente el valor o nivel de ese “estar mejor” actual, sea inferior al que imaginaban inicialmente, debido a que en el intercambio “inicial” se incentivó un incumplimiento que en realidad solo en apariencia era más eficiente.

En consecuencia, se deberá evaluar en cada caso concreto, para determinar si un incumplimiento resulta verdaderamente eficiente: los costos del resarcimiento inicial, más los “costos de impacto”<sup>19</sup> del incumplimiento, sumando estos valores se obtendrá el “resarcimiento adecuado” por el incumplimiento; sólo así podremos afirmar sin temor, que efectivamente el incumplimiento contractual es más eficiente.

Además de ello, un elemento importante a tener en cuenta será el tipo de contrato que se celebre, pues los “costos de impacto” son distintos dependiendo del mercado frente al cual estemos. Así tenemos que en el primer ejemplo el mercado de los inmuebles no tiene el mismo dinamismo que el mercado de la harina de trigo, por la misma razón que el valor de las casas es superior y se puede pensar racionalmente que una persona no está continuamente comprando y vendiendo inmuebles (a menos que te dediques al negocio inmobiliario o tengas un extraño y costoso hobby); en ese sentido, como quiera que entre la venta de un inmueble y otro trascurriría un tiempo más o menos largo, sería razonable pensar, que en estos casos los “costos de impacto” sean menores, por lo que probablemente sea mejor incumplir un contrato, cuando su cumplimiento resulta ineficiente,

pues resulta posible que la experiencia anterior no llegue hasta el siguiente intercambio y se pierda en la memoria por el tiempo transcurrido.

Sin embargo, en el ejemplo dos esa posición es muy difícil de sostener, pues el agricultor seguirá vendiendo su harina de trigo mes a mes y podrá llegar información a sus potenciales clientes que éste no honra la palabra empeñada y reflejarán esa información en mayores costos de transacción (cláusulas penales, sanciones, etc.); en consecuencia, es posible que cuando se trata de bienes o servicios, cuyo intercambio es muy fluido (mercado de alta rotación), es preferible no incentivar incumplimientos aparentemente eficientes, pues los “costos de impacto” serán muy altos e inmediatos; por el contrario, si se trata de bienes que circulan con lentitud en el mercado (mercado de baja rotación), es preferible incentivar los incumplimientos eficientes, pues los “costos de impacto” probablemente sean bajos o nulos.

En consecuencia, el valor de la palabra empeñada se verá reflejado en el incremento de costos de transacción de los futuros intercambios. El reto está entonces, es saber si un incumplimiento eficiente en principio, podrá generar un beneficio social mayor o menor cuando se produzcan los subsiguientes intercambios, internalizan-

do la frustración que el incumplimiento contractual le hubiera generado y los traduzca en sus futuros mayores costos (resarcimiento adecuado), se podrá estar frente a un verdadero incumplimiento eficiente; lo contrario, solamente importa patear la ineficiencia para más adelante o en todo caso, distribuirla, en los futuros intercambios.

*Estoy de acuerdo con Ralph. Necesitamos más reglas y hay que obedecerlas. Después de todo, no somos salvajes. Somos ingleses, y los ingleses somos siempre los mejores en todo. Así que tenemos que hacer lo que es debido.*

*¿Qué es mejor, tener reglas y estar todos de acuerdo o cazar y matar?*

Estos dos párrafos corresponden al famoso libro escrito por el escritor británico William Golding, titulado: “*El señor de las moscas*” y reflejan de alguna manera lo que debe importar todo sistema contractual, para que sea útil a la sociedad y al individuo: contar con reglas claras para ser obedecidas por los miembros de la sociedad, con la finalidad que generen confianza, seguridad y predictibilidad en la conducta de sus individuos (y no ser considerados salvajes en palabras del citado libro); solo de esta manera se podrá aceptar teorías como la que es materia del presente.