

OBSTÁCULOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS A LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE. ¿UN IRRITANTE JURÍDICO O UNA FIGURA DE APLICACIÓN IMPOSIBLE?*

Renzo Saavedra Velazco**

Actualmente el dinamismo del mercado insta a los agentes económicos a vincularse cada vez más por medio de contratos, vehículo por excelencia de la autonomía privada de las partes como reglamentación de intereses para la satisfacción de los mismos. Pero, ¿qué sucede cuando alguno de los contratantes incumple o decide apartarse de dicha vinculación?

En el presente artículo, el autor analiza, desde la perspectiva del derecho contractual norteamericano, la denominada "teoría del incumplimiento eficiente" y los diversos factores involucrados, así como su eventual incorporación a nuestra realidad jurídica. Finalmente, nos propone pensar mejor en términos de la "teoría de la conclusión contractual eficiente".

* Deseamos agradecer muy sinceramente la paciencia y el apoyo brindado por los profesores Melvin A. Eisenberg de la Universidad de California, Berkeley; Daniel Friedmann de la Universidad de Tel-Aviv; Francesco Parisi de la Universidad de Minnesota; Ronald J. Scalise de la Universidad Estatal de Louisiana; y Steven M. Shavell de la Universidad de Harvard, quienes no sólo nos facilitaron y/o aconsejaron la revisión de bibliografía para la elaboración del presente artículo sino que también nos permitieron exponer algunas de nuestras inquietudes.

** Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados. Diploma de Especialización en el Programa Latinoamericano de *Law & Economics* auspiciado por George Mason University y la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE).

I. PREMISA***

Nos encantaría poder expresar con total claridad la sensación que nos genera la lectura de la siguiente frase: "Cualquier forma de amor que encuentres, vívelo. Libre o no libre, casado o soltero, heterosexual u homosexual, son aspectos que varían de cada persona. Hay quienes son más expansivos, capaces de varios amores. No creo que exista una única respuesta para todo el mundo." Lamentablemente, carecemos de las virtudes literarias que ello requeriría o, incluso más importante, acaso no resulte el lugar adecuado para ello. En tal sentido, a lo sumo sólo podremos adherirnos a ella en lo que atiene a la idea de *vivir* (en toda la extensión de la palabra), por lo que nos limitaremos a rendir cuenta de la historia de dicha frase así como de la importancia de la misma para los propósitos del presente ensayo.

A tal efecto lo primero que debemos recordar es a la autora de la frase con la que se ha iniciado esta breve introducción. Nos referimos a la escritora francesa Anaïs Nin, quien es muy conocida tanto por la publicación de sus diarios cuanto por la propia intensidad (no sólo en el plano sentimental sino también en el plano de la producción literaria) de algunas de sus relaciones personales; tal vez una de las más conocidas –y no por ello una de las menos trascendentes– fue la que sostuvo con Henry Miller. La relación, pese a los inconvenientes que la rodeaban (ambos eran casados), brindó a la pareja de escritores no sólo una visión nueva del mundo –así como de las relaciones que atan a los seres humanos– sino que los motivó intelectualmente desde diversos puntos de vista.

Teniendo en consideración lo antes descrito, además de la propia trascendencia literaria de los autores, no causa sorpresa encontrar que algunos de los pasajes de su vida y de su relación hubieren llegado a la pantalla grande de mano del director Philip Kaufman, quien también es muy conocido por la versión cinematográfica de la obra del checo Milan Kundera: "La insoportable levedad del ser" (1988).

Haciendo muy poco esfuerzo podemos recordar,

casi al detalle, varias escenas de la película sobre Henry Miller y Anaïs Nin ("Henry & June", 1990), en las cuales se da un enorme énfasis a los primeros pasos en el establecimiento de dicha relación. Se parte desde la propia proximidad intelectual y de la curiosidad mutua por algunos aspectos de la vida para luego un *descubrimiento* pleno de la seducción recíproca en situaciones *cotidianas* (un día en la playa, un baile, una caminata, un almuerzo, etc.). Todo ello culminaría en el reconocimiento de ambos escritores de la existencia de un sentimiento que los ata, inclusive para sorpresa de ambos, y por encima de lo que hubieren esperado o deseado.

Aquí, en esta idea, es donde deseamos detenernos.

La circunstancia de la vinculación intrínseca entre dos individuos, aún en contra de lo que sus deseos o intereses particulares actuales les dicten, importa, al menos lo es para el Derecho del *civil law*, el reconocimiento de una particular valoración sobre sus comportamientos (tanto a nivel del *ser* cuanto del *deber ser*) y, qué duda cabe, el otorgamiento de especiales prerrogativas a los involucrados, ello en el entendido que son los propios individuos titulares de un determinado interés (en términos amplios) los que se encuentran en principio en mejor capacidad de actuar conforme a ellos (¿al lector le suena un tanto conocido el argumento?). A tal visión teórica se le denomina interés subjetivo y tiene, en los sistemas del *civil law*, un desarrollo que bordea los cien años. Nos explicamos. Es importante, diríamos incluso *connatural*, a la existencia de una relación jurídica entre individuos (cuanto menos para las que deriven de *negocios jurídicos*) la intención originaria de establecer el vínculo (salvo las excepciones que se deriven de las teorías de la *confianza* y *autorresponsabilidad*)¹, lo cual no niega que en su devenir las circunstancias que rodean al mismo puedan verse alteradas de manera tal que una o ambas partes (en el supuesto que se trate de un negocio bilateral) deseen apartarse de la relación entre ellas instaurada.

Indudablemente lo antes aludido importará el reconocimiento de que no siempre un contrato es o debe ser cumplido, tal cual ya ha sido expresado

*** Para Nathalie López Novoa, quien, por más de una razón, es la premisa del presente estudio.

¹ Un campo de estudio en el que se muestra con claridad la amplitud aplicativa de las teorías de la confianza y de la autorresponsabilidad es la responsabilidad por culpa *in contrahendo* o, si se quiere, responsabilidad precontractual. La bibliografía sobre la citada temática es abundante así como los diversos criterios que se han aplicado para su exposición. Sobre el particular remitimos a la lectura de: ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual: El caso del artículo 207 del Código Civil peruano". En: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2005. pp. 153 y siguientes, en donde se explica la responsabilidad en base a la teoría de la confianza; ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El error en los contratos: Justificaciones impuras para la modificación para las reglas de anulación". En: *Ius et Veritas* 35. 2007. pp. 28 y siguientes, en donde se explica la responsabilidad en base a una lógica económica que se asemeja en cuanto a los resultados a la teoría de la autorresponsabilidad; y, en una perspectiva comparatista, LEÓN HILARIO, Leysser L. "La buena fe en la negociación de los contratos: Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual". En: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2005. pp. 127 y siguientes.

Para una aproximación un tanto más económica al fenómeno sugerimos la consulta de CRASWELL, Richard. "Offer, acceptance, and

en nuestro medio², pero creemos en la necesidad de efectuar expresamente una aclaración ulterior (pues la misma se puede vislumbrar sin dificultad en la opinión de otros autores). Dicha aclaración puede ser enunciada de la siguiente manera: *un contrato no siempre es o debe ser cumplido en los términos pactados inicialmente*. Es de suyo evidente que la ocurrencia de un evento nuevo que altere las circunstancias tomadas en consideración por las partes al momento de celebrar el contrato puede alterar el equilibrio de las condiciones del acuerdo (y no sólo de la prestación dineraria de una de ellas), con lo cual podría requerirse el decaimiento del contrato o el reequilibrio de las condiciones (excesiva onerosidad de la prestación o imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable a las partes). Empero, el evento en cuestión debe cumplir con el requisito de la imprevisibilidad a fin de que los remedios previstos por la ley puedan ser actuados, vale decir, se trata de un hecho que no debió o no pudo estar dentro de la evaluación de las partes al momento en el que se suscribió el contrato.

En el contexto antes descrito, un evento como la aparición de un individuo (o, sin más, de un tercero) que ofrece mejores condiciones, de ordinario un mejor precio (es lo usual, pero ¿por qué ello es asumido por los teóricos del *efficient breach*?), no es, al menos no para nosotros, razón suficiente que justifique la frustración del contrato por el abandono del promitente de sus compromisos con vistas a obtener (como reza un *mito* de esta doctrina) un mayor beneficio. La frase con la que iniciamos nos invita a que *vivamos el amor*, creemos nosotros porque éste es siempre enriquecedor. En el ámbito contractual no podemos decir –en sentido semejante– que deben tomarse todas las oportunidades de negocios, aún las que a primera vista (o a una segunda) den

un margen de beneficio superior a otra oferta (aunque incluyan el *valor* asignado expresamente por la parte defraudada en su oferta) puesto que el análisis jurídico y económico de tal decisión se encuentra lejos de estar completo. Al análisis de tales circunstancias están dedicadas las páginas que siguen.

II. EXPOSICIÓN PRELIMINAR DE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

A efectos de encontrarnos en condiciones de emitir una opinión, sea esta de carácter positiva o negativa, debemos conocer –por lo menos a grandes rasgos– los elementos que sirven de base y/o presupuesto a la teoría del incumplimiento eficiente según la opinión de algunos de sus principales ideólogos. La exposición de las citadas bases y/o presupuestos nos parecen fundamentales no sólo con vistas a obtener una cabal comprensión de cualquier temática sino que en el presente caso la importancia de tal exposición cobra mayor relevancia en atención a que en escasas oportunidades los teóricos del *efficient breach* han procedido a presentarlos de manera sistemática.

Los conceptos a los cuales se aludirá son centrales en la construcción y/o en el funcionamiento del derecho contractual norteamericano. Si bien es cierto que algunos de estos conceptos tienen aplicación (sea directa o indirectamente)³ en los países del *civil law*, nos interesa de manera particular enunciarlos según el entendimiento de los operadores jurídicos anglosajones debido a que sólo de esta manera se podrá percibir una serie de aspectos de la teoría que no han sido valorados en sus reales alcances por parte de cierto sector de la doctrina (sea esta del *civil law*, sea del propio *common law*).

efficient reliance". En: Stanford Law Review 48. 1996. pp. 481 y siguientes; KATZ, Avery. "When should an offer stick? The economics of promissory estoppel in preliminary negotiations". En: Yale Law Journal 105. 1996. pp. 1249 y siguientes; MELATO, Eleonora y Francesco PARISI. "A law and economics perspective on precontractual liability". En: "Precontractual liability in European private law". Editado por John Cartwright y Martijn Hesselink. Cambridge University Press. 2008. pp. 431 y siguientes; entre otros. Para un breve análisis, en el que se aplica el *comparative law and economics*, nos permitimos remitir a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. "Tratos preliminares y su ruptura: Un ejercicio de comparative law and economics". En: Enfoque Derecho. 1 de junio de 2010, www.enfoquederecho.com/?q=node/366; ahora también, con las necesarias referencias bibliográficas en: http://works.bepress.com/renzo_saavedra/19/.

² Nos referimos al conocido trabajo de BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?". En: Derecho y Economía. Segunda edición. Lima: Palestra Editores. pp. 315 y siguientes.

³ Cuando decimos que los conceptos en cuestión tienen aplicación directamente en los países del *civil law* queremos aludir a aquellas circunstancias que dentro la teoría de la comparación jurídica se denominan *legal borrowings* o *legal transplants*, vale decir a fenómenos de importación y/o de circulación de modelos jurídicos de un sistema a otro. Esta terminología, propia como hemos dicho del lenguaje de los comparatistas, es común en los estudios de SACCO, Rodolfo. "Legal formants: A dynamic approach to comparative law (Installment II)". En: American Journal of Comparative Law 39. 1991. pp. 343 y siguientes; y, WATSON, Alan. "Aspects of reception of law". En: American Journal of Comparative Law 44. 1996. pp. 335 y siguientes. A pesar de la gran autoridad de sus creadores y de lo sugerente que resulta la propuesta, la teoría ha sido objeto de importantes objeciones desde diversos puntos de vista. Las observaciones en cuestión sostienen la inviabilidad de esta manera de evolución y/o difusión del derecho debido a que ignoran el contexto cultural en el que se gesta o desarrolla el Derecho importado, así como las posibles incoherencias sistemáticas que podría generar en el sistema que recibe la importación. Sobre el particular puede consultarse los trabajos de TEUBNER, Gunther. "Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences". En: Modern Law Review 61. 1998. pp. 11 y siguientes; y, LEGRAND, Pierre. "What is 'legal transplant'?". En: "Adapting legal cultures". Editado por David Nelken y Johannes Feest. Oxford: Hart Publishing. 2001. pp. 55 y siguientes.

Entre los conceptos básicos a los que aludiremos se encuentran: el denominado *principio de indiferencia* [*indifference principle*]⁴, que la toma de decisión se efectúa en un contexto carente de costos de transacción (o bien que los mismos son cercanos a cero)⁵, prevalencia de los remedios resarcitorios⁶ (debiendo el *quantum* resarcitorio ser calculado, por lo general, en relación al *expectation interest*)⁷ y, por último, el monto a desembolsarse por concepto de daños se limitará al perjuicio que resultaba previsible [*foreseeable*]⁸ al momento de la celebración del contrato.

Al encontrarse los sistemas del *common law* imbuidos por una fortísima impronta remedial⁹ resulta imposible aprehender la lógica de los conceptos jurídicos en juego si es que no se observa los intereses¹⁰ que se pretenden satisfacer. Es precisamente por esta razón que el énfasis del *indifference principle* es colocado, conjuntamente con el objetivo general de los *remedies*, en la compensación de la parte que es perjudicada con un incumplimiento, de manera tal que la reparación la coloque en la posición en la que se

encontraría si es que no hubiese tenido contacto con la parte infractora. Si bien esto parece la enunciación común de un régimen resarcitorio (o, en otras palabras, de compensación por los daños ocasionados), en realidad tiene un alcance mucho mayor pues incluye no sólo a los remedios propiamente resarcitorios sino que se extiende a la percepción misma del Derecho¹¹.

Por otro lado, no se puede evitar mencionar, lo cual sin embargo sólo será desarrollado más adelante, que la noción de previsibilidad de los daños contractuales (así como la calificación de resarcible a ciertos costos y/o gastos generados como consecuencia del incumplimiento) resulta un tanto más limitado en un contexto como el del *common law* (y en particular en el estadounidense). En efecto, en la medida que la totalidad de los desembolsos y/o consecuencias perjudiciales que soporta la parte perjudicada por el incumplimiento no son satisfechos y/o reparados es imposible que el remedio otorgado sea verdaderamente compensatorio y, por ende, se alcance el objetivo enunciado por el *indifference principle*¹².

Por el contrario, cuando decimos que los conceptos se aplican indirectamente a los países del *civil law* queremos aludir a que a pesar de que el concepto como tal se desconozca, debido entre otras cosas a las diferencias existentes frente a los sistemas del *common law*, las soluciones planteadas y/o alcanzadas en ambos sistemas para la resolución de conflictos de intereses resultan, en no pocas oportunidades, sustancialmente conformes. Esta afirmación se ve avalada en la opinión de SACCO, Rodolfo. "Diversity and uniformity in the law". En: *American Journal of Comparative Law* 49. 2001. p. 182, quien refiriéndose al derecho de propiedad en los sistemas alemán e inglés señala que "el derecho, esto es la regla operativa, resulta uniforme en los dos países. Pero la explicación, esto es los conceptos elaborados para explicar el derecho uniforme, resulta muy distinta"; y, GORDLEY, James. "Is comparative law a distinct discipline?". En: *American Journal of Comparative Law* 46. 1998. pp. 607 y siguientes; GORDLEY, James. "Comparative legal research: Its function in the development of harmonized law". En: *American Journal of Comparative Law* 46. 1995. pp. 555 y siguientes, este último ensayo, recientemente traducido por Walter Vásquez Rebaza y por nosotros, aparecerá en la edición 34 de la Revista Derecho & Sociedad. A lo largo de todos los trabajos antes citados se expone, en síntesis, que la construcción de la noción subyacente a una solución puede resultar diversa para cada sistema jurídico pero, sin embargo, dado que el concepto trata de dar solución a una común realidad concreta el resultado final es coincidente.

⁴ EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". En: *California Law Review* 93. 2005. pp. 975 y siguientes.

⁵ POSNER, Richard A. "Economic Analysis of Law". Boston: Brown and Company. 1972. p. 120. Es importante anotar que el presupuesto de la ausencia de costos de transacción y/o que los mismos tienden a cero resulta implícito en el desarrollo del autor y que ello se percibe con particular claridad en la enunciación contenida en la primera edición del manual antes citado, en lo que respecta a las ediciones posteriores, POSNER se ha preocupado en ir afinando la enunciación de su definición inicial debido a las persuasivas y contundentes críticas de las que fue objeto.

⁶ BARTON, John H. "The economic basis of damages for breach of contract". En: *Journal of Legal Studies* 1. 1972. pp. 277 y siguientes; SHAVELL, Steven. "Damages measures for breach of contract". En: *Bell Journal of Economics* 11. 1980. pp. 466 y siguientes; y, BIR-MINGHAM, Robert L. "Damages measures and economic rationality: The geometry of Contract Law". En: *Duke Law Journal* 1969. pp. 49 y siguientes.

⁷ FULLER, Lon L. y William R. PERDUE Jr. "The reliance interest in contract damages: 1". En: *Yale Law Journal* 46. 1936. pp. 52 y siguientes; y, FULLER, Lon L. y William R. PERDUE Jr. "Reliance interest in contract damages: 2". En: *Yale Law Journal* 46. 1936. pp. 373 y siguientes.

⁸ EISENBERG, Melvin A. "The principle of Hadley v. Baxendale". En: *California Law Review* 80. 1992. pp. 563 y siguientes.

⁹ Opinión que es expresada por DI MAJO, Adolfo. "Il sistema delle tutele nel diritto civile" En: AA. VV. *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*. Milán: Giuffrè. 2004. pp. 172. Trabajo que hemos traducido y que se encuentra disponible en nuestro idioma bajo el título "El sistema de tutelas en el derecho civil", en AA. VV. "Derecho procesal civil: Estudios". Lima: Jurista Editores. 2009. pp. 15 y siguientes.

¹⁰ Tal perspectiva de análisis también es conocida en el derecho europeo continental, tal y como se evidencia dentro de la corriente de la denominada *Interessenjurisprudenz* (o jurisprudencia de intereses), sobre el particular nos permitimos remitir a WESENER, Gerhard y Gunter WESENER. "Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa". Traducción de la cuarta edición alemana por José Javier de los Mozos Touya. Valladolid: Lex Nova. 1998. p. 331.

¹¹ Para la comprensión de la idea de *mentalité* nos remitimos a LEGRAND, Pierre. "European legal systems are not converging". En: *International and Comparative Law Quarterly* 45. 1996, pp. 52 y siguientes. Asimismo, para una exposición sobre las diversas corrientes existentes en la comparación jurídica sugerimos la consulta de nuestro trabajo "Sobre formantes, trasplantes e irritaciones: Apuntes acerca de las teorías del cambio jurídico y la comparación jurídica". En: *Ius et Veritas* 40. 2010.

¹² Puede consultarse sobre este punto si bien desde una perspectiva diversa de la planteada en el presente trabajo, STANDEN, Jeffrey. "The fallacy of full compensation". En: *Washington University Law Quarterly* 73. 1995, pp. 145 y siguientes.

La breve exposición de este principio resultará fundamental para la comprensión de las páginas que siguen. Este principio tiene como propósito específico colocar a la parte afectada en una posición semejante a la que se encontraría en caso se hubiese verificado el cumplimiento, vale decir, al brindarse un remedio que logre tal objetivo la parte que soporta el incumplimiento se encontrará en una situación indiferente sobre el cumplimiento o no de la promesa de su contraparte. Como es natural, los remedios en los que se logre la plena indiferencia serán aquellos en los que se tutela con mejor y/o mayor precisión el interés creditorio; dicho en otras palabras, se satisface el principio de indiferencia cuando el remedio que sustituye la promesa incumplida imita de mejor manera el efecto que produce la ejecución de la misma en el patrimonio del acreedor.

En este contexto, podemos calificar como remedios plenamente compensatorios tanto a la ejecución forzada [*specific performance*] de una promesa contractual cuanto a los mandatos judiciales en los que se ordena un comportamiento o una abstención [*injunction*], en estos últimos la violación de tales órdenes devienen muchas veces en una sanción de tipo penal (ya que es la infracción de un mandato jurisdiccional)¹³ o en la imposición de una sanción monetaria. Curiosamente ambos remedios son otorgados bajo la *equity* más no por las normas del *common law*. En cambio, un remedio como el resarcimiento de daños, tal vez el remedio preferido en el sistema anglosajón, por lo general no alcanzará la plena compensación sino que será subcompensatorio o bien supracompensatorio. La razón de que califiquemos como plenamente compensatorios a los primeros se centra en que con la *specific performance* o con la *injunction* se le da al afectado exactamente aquello que satisface el interés vulnerado, por un lado, será el servicio o el bien materia de la promesa; y, por otro lado, será a través de la alteración o la preservación de las circunstancias de hecho y/o derecho.

Antes de proseguir con nuestro estudio creemos adecuado dar una definición preliminar de lo

que se entiende por incumplimiento eficiente. A tal efecto citaremos aquella opinión doctrinal que es la comúnmente, sea consciente o inconscientemente, e incluso para bien o para mal, manejada por la mayoría de personas que han tomado contacto con la teoría en cuestión¹⁴. Nos referimos, como es obvio, a la opinión del juez Richard Posner, quien en su conocido manual de análisis económico del derecho señala:

“...[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 el resarcimiento se encuentra limitado a la pérdida del beneficio esperado, habrá un incentivo para incumplir. Debe ser así.”¹⁵

Deseamos destacar que la lectura de la citada opinión es gráfica de la tendencia a condensar en algunas breves afirmaciones un conjunto de conceptos complejos del sistema anglosajón y, otros tantos, del enfoque económico profesado por Posner. Tal forma de proceder no será criticada por nosotros, puesto que nos parece que es la única manera de realizar una exposición de ideas tan complejas, pero sí diremos que pone sobre la mesa el debate del cuidado que deben tener los operadores jurídicos al trasplantar una figura de un sistema u otro. Nos explicamos. La posición de Posner no sólo se construye en base a una serie de afirmaciones condicionales sino que su contenido difícilmente podría ser evaluado por la persona “tentada” a incumplir, no porque ella no esté consciente de tal evaluación (cuanto menos no discutiremos, en esta oportunidad, el análisis *costo-beneficio*¹⁶) o porque no sea una persona racional que intenta maximizar su propia función de utilidad. En realidad, quien se encuentre tentado a incumplir no podrá evaluar el contenido de los aspectos que sirven de base a Posner sencillamente porque el costo de acceso a tal información resulta prohibitiva (salvo que su contraparte revele la

¹³ Una prueba de la enorme amplitud y relevancia de este tipo de órdenes para la protección de una extensa gama de titularidades, incluso de naturaleza fundamental, puede observarse en los ensayos de EASTON, Robert E. “The dual role of the structural injunction”. En: *Yale Law Journal* 99. 1990. pp. 1983 y siguientes; y, WISDOM, John Minor. “Review: Rethinking injunctions”. En: *Yale Law Journal* 89. 1980. pp. 825 y siguientes.

¹⁴ BARNES, David W. “The anatomy of contract damages and efficient breach”. En: *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 6. 1998. pp. 397 y siguientes.

¹⁵ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 120.

¹⁶ El análisis costo-beneficio puede ser objeto de interesantes objeciones, o bien precisiones, desde la óptica de la racionalidad acotada (*bounded rationality*) así como también del egoísmo o auto interés acotado (*bounded self-interest*) y de la fuerza de voluntad acotada (*bounded will-power*), conceptos que forman parte del *behavioral law and economics*. Para una aproximación a los mismos puede consultarse JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. y Richard THALER. “A behavioral approach to law and economics”. En: *Stanford Law Review* 50. 1998. pp. 1477 y siguientes; y, en nuestro medio, SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. “Behavioral law and economics: Una aproximación inicial”. En: *Enfoque Derecho*. 18 de enero de 2010. www.enfoquederecho.com/?q=node/203; ahora también disponible, con las necesarias referencias bibliográficas en: http://works.bepress.com/renzo_saavedra/1/.

totalidad de dicha información, lo cual, como es de esperar, no sucederá en la medida que si ésta conociese estos detalles obtendría un fortísimo poder de negociación en desmedro de los intereses de la parte que revela la información). Por otro lado, se toma como punto de partida que los daños resarcibles son únicamente “la pérdida del beneficio esperado” o, si se quiere, en términos del *Restatement (Second) of Contracts* (por no decir –lo cual se ajusta a la realidad– en los términos de Fuller y Perdue)¹⁷: el *expectation interest*. Sin embargo, tal limitación no siempre resultará aplicable puesto que también es posible que deba efectuarse algún desembolso producto de la tutela del *reliance interest*¹⁸ (que comprende los gastos y/o costos que asume o efectúa una parte confiando en la ejecución de la promesa de su contraparte), del *restitution interest*¹⁹ (cuyo propósito es devolver a la parte afectada por el incumplimiento aquellos beneficios que recibió el deudor con vistas a ejecutar la promesa incumplida) e incluso del *disgorgement interest*²⁰ (el cual se centra en que el deudor no retenga para sí los beneficios obtenidos como consecuencia de su decisión de incumplir pues, de lo contrario, importaría un enriquecimiento inmotivado a costa de su contraparte).

Por su parte, y un aspecto que no es percibido por quienes se acercan inicialmente a su estudio, es que la teoría del incumplimiento eficiente presume que los costos de transacción involucrados en la operación son cero o cercanos a cero. Con la asunción antes mencionada la teoría es susceptible de una crítica directa: si se asume la ausencia de costos de transacción de la segunda operación realizada (así como de la consecuente reparación del interés creditorio del contratante defraudado) se asume algo irreal, lo cual no necesariamente preocuparía a los propulsores de esta teoría; y a ello se agrega que cuando se compara la elección de

incumplir con la situación de re-negociación para lograr que el deudor sea liberado, se considera que esta situación tiene altos costos de transacción. Evidentemente si se compara una situación en la que se asume que los costos de transacción son cero (o cercanos a cero) con una situación en la que, por contraposición, se asumen que hay costos de transacción (e incluso que estos son elevados); es natural que se prefiera la primera, pues toda la formulación de la propuesta hace que elegir el segundo escenario resulte irracional en términos económicos.

Una crítica ulterior, y que ha permanecido un tanto oculta, es aquella por la cual, aún considerando que la observación anterior es superable o cuanto menos no tiene mayor impacto en la teoría del incumplimiento eficiente (sea porque grafica la realidad de la situación, sea porque el afán de simplificación de las teorías económicas logra justificar dicha diferencia entre la comparación de dos situaciones que en esencia son del todo distintas), la asunción de Posner entra en contradicción con el teorema de Coase²¹ en el que hipotéticamente se sustentaría. En efecto, siguiendo la propuesta de Ronald Coase, cuando los costos de transacción no existen o son cercanos a cero, la regla legal resulta irrelevante pero bajo el esquema de Posner, irónicamente, la regla legal sí importa²². El detalle de nuestra crítica será desarrollada al momento en que se exponga aquellas modalidades y/o paradigmas bajo los cuales se configuran los casos que, en opinión del *mainstream* del análisis económico del Derecho, justificarían la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. Empero, podemos adelantar que no nos parece aconsejable la manera clásica en la que se ha venido analizando las ventajas y/o desventajas de esta teoría así como también la asunción de ausencia de costos de transacción de la que parte.

¹⁷ Una perspectiva crítica de la terminología y el contenido de estos conceptos se puede observar en el trabajo del profesor FRIEDMANN, Daniel. “A comment on Fuller and Perdue, the reliance interest in contract damages”. En: *Issues in Legal Scholarship, Symposium: Fuller and Perdue*, article 3, 2001; documento que puede ser descargado en el web-site The Berkley Electronic Press: <http://www.bepress.com/ils/iss1/art3>.

¹⁸ En su formulación primigenia ver: FULLER, Lon L. y William R. PERDUE Jr. “The reliance interest in contract damages: 1”. Op. cit. p. 55; para una formulación más actual pero aplicada al campo de los derechos de propiedad ver SINGER, Joseph William. “The reliance interest in property”. En: *Stanford Law Review* 40. 1988. pp. 611 y siguientes. *Ibid.* pp. 701-732, en donde se expone, de manera por demás persuasiva, las razones económicas tanto para la protección de dicho interés cuanto las posibles objeciones a ello.

¹⁹ Para una interesante evidencia de la amplitud original de este interés ver: FULLER, Lon L. y William R. PERDUE Jr. “The reliance interest in contract damages: 1”. Op. cit., pp. 54-55; para una exposición de los nuevos roles y alcances de dicho interés ver CRASWELL, Richard. “Against Fuller and Perdue”. En: *Chicago University Law Review* 47. 2000. pp. 99 y siguientes. *Ibid.* pp. 141-143 y 147-149.

²⁰ Inicialmente, la superposición entre el *restitution interest* y el *disgorgement interest* se percibe en el trabajo de FULLER, Lon L. y William R. PERDUE Jr. “The reliance interest in contract damages: 1”. Op. cit. pp. 54-55; sin embargo, posteriormente se fue independizando tal como lo demuestran las contribuciones de EISENBERG, Melvin A. “The disgorgement interest in contract law”. En: *Michigan Law Review* 105. 2006. pp. 559 y siguientes. *Ibid.* pp. 570 y siguientes; McCAMUS, John D. “Disgorgement for breach of contract: A comparative perspective”. En: *Loyola Los Angeles Law Review* 36. 2003. pp. 943 y siguientes; SIEMS, Mathias M. “Disgorgement of profits for breach of contract: A comparative analysis”. En: *Edinburgh Law Review* 7. 2003. pp. 27 y siguientes; y, SMITH, Lionel D. “Disgorgement of the profits of breach of contract: Property, Contract and ‘Efficient Breach’”. En: *Canadian Business Law Journal* 24. 1994-1995. pp. 121 y siguientes.

²¹ COASE, Ronald. “The problem of social cost”. En: *Journal of Law and Economics* 3. 1960. pp. 1 y siguientes.

²² Al respecto ver *infra note* al pie (71) y, en general, el desarrollo efectuado en el acápite 4.1.

Un último aspecto que queremos resaltar es la afirmación de Posner acerca de que dado el beneficio neto de la operación, ambas partes se encontrarían *mejor* (esto es, el deudor que incumple) o *indiferentes* (vale decir, quien no recibe la prestación sino un remedio sustitutorio) frente a la situación de incumplimiento, por lo que habría un incentivo a incumplir el cual *debe* ser protegido por el Derecho. Sin embargo, ¿esto es cierto?, ¿basta con que exista un incentivo económico para tomar determinada conducta para que ésta deba ser protegida sin más por el Derecho?²³ Creemos que la respuesta no puede ser sino negativa²⁴. Es evidente que el sistema jurídico debe intentar proteger la creación de riqueza pero ello no es su único objetivo.

En efecto, y siguiendo a su lógica consecuencia la afirmación bajo análisis, si observáramos que existe un incentivo al robo dado que el beneficio de esta actividad supera los costos de la imposición de una determinada sanción (o sencillamente la sanción resulta menor o incluso equivalente a la infracción – ¿podría ser acaso de una manera diferente? –), entonces podríamos concluir que dicha actividad (el robo) *debe* ser incentivada por el Derecho²⁵. Creemos que este ejemplo no hace sino demostrar que los términos de la afirmación resultan equívocos o, si se prefiere, susceptibles de ser objeto de una ulterior precisión. El nivel de sanción no nos dice nada acerca de si la conducta es más o menos ilícita, pues no existe una graduación sobre la ilicitud de los comportamientos, sino a lo sumo es un índice de la reprochabilidad (atendiendo a los intereses en juego y al grado de reprobación social o jurídica sobre el elemento volitivo que subyace al comportamiento). Vale decir, cuando se infringe una norma o un deber de comportamiento, la conducta es evidentemente ilícita, por lo que intentar extraer de la gravedad de la sanción aplicada la conclusión de que el sistema jurídico ve con buenos ojos el citado comportamiento es metodológicamente incorrecto y, a su vez, jurídicamente cuestionable. El error metodológico

al que aludimos es al intento de definir o aprehender la esencia de una situación en función a un elemento excepcional (pues lo regular es el respeto de la norma o el cumplimiento del deber), externo (la sanción es un mecanismo de tutela exógeno a la situación defendida) y patológico (la situación de infracción es claramente una en la que el Derecho reacciona de manera diversa a explicar un fenómeno, mientras que la fisiología es la que explica el devenir natural de una figura jurídica, por lo que calificar de lícita –esto es, que su actuación es conforme a Derecho– a una conducta que por definición infringe al sistema es una *contradictio in terminis*). Por su parte, el error jurídico, que no es sólo un reflejo de todo lo anterior, se evidencia con los siguientes dos ejemplos: (i) si una persona mata a otra pero la pena que se le impone es baja entonces ¿podremos decir que el homicidio que se ha perpetrado es lícito? La respuesta es claramente negativa, solamente nos dice que el sistema no ha determinado de manera correcta la sanción frente a la infracción (por lo que no hay que confundir el supuesto –la infracción– con su consecuencia –la sanción–, pues ambas son lógica y ontológicamente distintas); y, (ii) si un chofer dado que bebió en exceso se duerme y causa un accidente de tránsito por el que se lesiona a un peatón, pero sólo debe pagar un resarcimiento sub-compensatorio entonces ¿se puede decir que la conducción en estado de ebriedad y/o la lesión de personas con un vehículo resulta lícito? La respuesta es nuevamente evidente, en este tipo de casos, la legislación o la judicatura no brinda las facilidades para la correcta sanción del agresor o tal vez la razón para que se impongan montos bajos sea la consciencia de que en el Perú la mayoría de personas no podrá pagar un monto elevado o, incluso, plenamente compensatorio.

En el siguiente acápite explicaremos las razones por las que se ha generado, en especial en el sistema estadounidense, la tendencia a considerar no sólo la existencia de un derecho de opción del deudor así como a intentar definir ciertos fenómenos

²³ La afirmación se entiende un poco mejor, si bien ello no significa que la compartamos, si es que recordamos que existen diversas escuelas dentro del análisis económico del derecho. A efectos de la afirmación bajo análisis es de recordar que Posner forma parte de la escuela positiva por lo que no tiene demasiado interés el comportamiento de los seres humanos y de las personas jurídicas sino que le interesa más observar la estructura del sistema jurídico en sí misma. Si a ello se le añade el dato de que el autor considera que el *common law* es un sistema que incentiva o busca proteger la eficiencia económica, la afirmación no causa mayores perplejidades.

Al respecto nos permitimos remitir al lector a la consulta de POSNER, Richard A. "Some uses and abuses of economics in law". En: University of Chicago Law Review 46. 1979. pp. 281 y siguientes; y PARISI, Francesco. "Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto". En: The Cardozo Electronic Law Bulletin. Editado por Ugo Mattei y Pier Giuseppe Monateri. 2005. <http://www.jus.unin.it/cardozo/Review/2005/Parisi1.pdf>.

²⁴ Empero, en el *common law* existe una marcada tendencia a considerar que su sistema tiende casi naturalmente a producir la elección óptima de reglas, lo cual sirve de sustento, tal y como se ha visto, al enfoque positivo de Posner. La percepción sobre este asunto se puede rastrear al célebre trabajo de RUBIN, Paul H. "Why is the common law efficient?". En: Journal of Legal Studies 6. 1977. pp. 51 y siguientes; y al interesante ensayo de PRIEST, George L. "The common law process and the selection of efficient rules". En: Journal of Legal Studies 6. 1977. pp. 65 y siguientes.

²⁵ Nótese que no estamos afirmando que los propulsores del *efficient breach* se encuentran a favor del robo eficiente, sino que la formulación inicial de aquélla (o la justificación de su tutela) permitiría afirmar una situación como ésta. Con lo cual o bien la teoría del incumplimiento eficiente debe ser rechazada o bien debe ser reformulada.

en función a los remedios y/o consecuencias jurídicas que trae aparejado. Asimismo, se verá si el fundamento que se suele aludir para tal perspectiva, fuera de las críticas que se le pueden elevar, resulta históricamente correcto.

III. PRIMEROS PLANTEAMIENTOS DE LA EFFICIENT BREACH THEORY

Un detalle de cariz histórico que nos interesa resaltar es la común, y no por ello menos errada, percepción de que uno de los primeros impulsos doctrinales dirigidos a sustentar la idea del incumplimiento eficiente sería el dado por el juez Oliver Wendell Holmes Jr., convirtiéndose casi como un remoto precursor. Tal percepción se genera en virtud a un breve pasaje contenido en un artículo de finales del siglo XIX, en el que se sostiene que:

“El deber de cumplir un contrato en el *common law* no significa más que la predicción de que uno debe pagar un resarcimiento si es que no lo cumple, y nada más que ello.”²⁶

Aparentemente, al menos lo es para muchos, la afirmación marcaría el inicio del itinerario requerido para, por un lado, arribar a la conclusión de que la única sanción jurídica frente al incumplimiento es meramente la aplicación de un resarcimiento (por lo que se negaría la posibilidad a favor del acreedor insatisfecho de exigir la ejecución forzada de la prestación prometida); y, por otro lado, la configuración de un hipotético derecho de opción a incumplir a favor del deudor. No obstante ello, no negaremos que una de las bases ideológicas de la teoría del incumplimiento eficiente es la absoluta prevalencia del remedio resarcitorio frente a la ejecución forzada pero de allí a sostener que este aspecto del derecho contractual estadounidense es el que justifica la existencia de tal construcción doctrinal sería sobresimplificar la teoría. En efecto,

como se verá más adelante, existen factores estructurales en los sistemas jurídicos del *civil law* y/o en los del *common law* (particularmente en el estadounidense) que son capaces de estimular o bien inhibir la teoría del incumplimiento eficiente (por lo menos entendida en su propuesta más amplia).

Volviendo al error histórico, aquellos autores que consideran a Holmes como un precursor de la teoría del *efficient breach* creemos que deberían proceder a reevaluar su percepción a la luz de la siguiente opinión:

“(…) la persistente impresión de que sostengo que la promesa de un hombre se centra en realizar X o el pago de un resarcimiento. No creo que un hombre prometa pagar un resarcimiento bajo un contrato más de lo que ello sucede en la responsabilidad extracontractual. Aquí quien realiza un acto se torna responsable en caso no se verifique un determinado hecho, mientras que el acto ejecutado simpliciter en perjuicio de alguien lo hace responsable extracontractualmente.”²⁷

En la opinión antes transcrita se puede observar hasta dos temas de la máxima relevancia a efectos de nuestra exposición: (i) Holmes consideraba al incumplimiento contractual como un evento similar a la responsabilidad extracontractual, vale decir, lo percibía como un ilícito, con lo cual difícilmente (salvo, por supuesto, la contradicción) podría sustentarse que existe el mentado *derecho de opción de cumplir o incumplir*²⁸ basado en tal pasaje, con lo cual todas las posiciones que intenten sustentarse en tal opinión se *respaldarían* en una lectura equivocada de la opinión de Holmes; y, (ii) que la referencia a la autoridad de Holmes a fin de soportar la génesis de la teoría del *efficient breach* resulta errada²⁹, pues si el autor percibe como ilícito al incumplimiento contractual mal podría luego abogar porque dichas conductas sean no

²⁶ HOLMES, Oliver Wendell Jr. “The path of the law”. En: Harvard Law Review 10. 1897. pp. 457 y siguientes. *Ibid.* p. 462.

²⁷ HOLMES, Oliver Wendell Jr. y Frederick POLLOCK. “Holmes-Pollock letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932”. Texto editado por Mark de Wolfe Howe. Cambridge: Harvard University Press. 1941. p. 177. Carta del 12 de marzo de 1911.

²⁸ Lo cual probablemente llevó a que uno de los más fervientes propulsores del enfoque económico en el Derecho sostenga que esto se asemejaría a la estructura de una obligación alternativa. Vale decir, la obligación alternativa sería ejecutar la prestación o, en lugar de ella, a desembolsar un resarcimiento (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Op. cit. p. 331). Lamentablemente esta percepción resulta equívoca. Como es conocido, una obligación alternativa presupone la existencia de cuanto menos dos prestaciones comprometidas (en paridad de nivel, a diferencia de lo que acaece en el caso de obligaciones facultativas) pero en la que el deudor se libera ejecutando una de ellas. Empero, el pago de un resarcimiento no es una prestación que esta verdaderamente comprometida en la obligación, sino que esta sólo se torna exigible al momento en que el deudor infringe con su deber de ejecutar la prestación a su cargo, vale decir, el pago de tal monto siempre se encontrará sometido a la eventualidad del incumplimiento. La situación a la que se alude se asemeja a lo que sucede en el caso, por ejemplo, de una cláusula penal o bien en algún otro tipo de garantía. Como se sabe, ejecutar la prestación permite la extinción fisiológica del vínculo obligatorio (esto es, de acuerdo al alcance de lo comprometido y sin que entre a tallar una intervención externa a éste) a diferencia de lo que sucede en el caso del pago de un resarcimiento que provoca la extinción patológica del citado vínculo obligatorio (aquí lo comprometido no es ejecutado por lo que el pago del resarcimiento ha de satisfacer el interés primigenio de la parte afectada por el incumplimiento con la actuación de una prestación sustituta).

A este tipo de obligaciones la doctrina las ha denominada falsa obligación alternativa, para una mejor exposición de esta figura nos permitimos remitir a la lectura de la contribución del profesor GIRINO, Franco. “Obbligazione III, Obbligazione alternative e facultative”. En: Enciclopedia giuridica Treccani. Volumen 21. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1990. pp. 1 y siguientes.

²⁹ Opinión que es firmemente sustentada por PERILLO, Joseph M. “Misreading Oliver Wendell Holmes on efficient breach and tortious interference”. En: Fordham Law Review 58. 2000. pp. 1085 y siguientes. *Ibid.* pp. 1085-1093.

sólo justificadas sino incluso incentivadas, todo ello sin mencionar que la percepción de Holmes sobre otras materias tornaría casi imposible que propulsara, aunque sea de manera remota, la creación de la teoría del incumplimiento eficiente.

En efecto, un aspecto histórico-doctrinal que no es recordado por muchos, o tal vez intencionalmente olvidado, es la valiosísima labor que desempeñó Holmes en la creación y sistematización de otra importante teoría jurídica³⁰. Nos referimos a la teoría del *tortious interference* o, dentro de la terminología del *civil law*, la lesión del crédito por parte de tercero³¹. Bajo esta figura jurídica se intenta reprimir o sancionar a aquel tercero que se interpone en una relación contractual vigente, de manera tal que afecta negativamente la idoneidad de la prestación (sea que esta tenga por contenido un bien o un comportamiento, positivo o negativo, del deudor) o incluso el deseo del deudor de ejecutar la prestación, por lo que es motivado a incumplir, sea por propio interés o bien porque se ha elevado el costo de la ejecución o se le ha imposibilitado la ejecución³².

Algunos ejemplos nos pueden ayudar a aclarar un poco el panorama. Pensemos en la empresa "M" que suministra bienes a la empresa "N". Al ver la calidad de los bienes suministrados, la empresa

"O" le hace una oferta a M con la intención de que abandone a N y sólo le suministre los bienes a ella. Esto es, en términos sencillos una interferencia de la relación contractual entre M y N. ¿El ejemplo le resulta conocido al lector? Por supuesto, y no es una casualidad, pues es el ejemplo básico (en extremo) de lo que sucede en la teoría (clásica) del *efficient breach*: un tercero que motiva a una de las partes de un contrato a incumplirlo. Si, como reza el mito, la eficiencia debe ser protegida (y ella es precisamente tutelada en el sistema estadounidense, no sólo en las clases universitarias donde se dicta estas figuras sino también en los precedentes que se han emitido a lo largo de los años) entonces cómo se explica la expresa prohibición del *tortious interference with contractual relations* [interferencia lesiva en las relaciones contractuales] en el *Restatement (Second) of Torts*³³ o, en otro supuesto, la prohibición dentro del sistema jurídico peruano³⁴ (así como su propia calificación como acto de competencia desleal).

En este orden de ideas, e incluso si olvidáramos todo lo antes expresado, aún nos quedaría la siguiente duda: ¿cómo un autor que (hipotéticamente) es el precursor de la teoría del incumplimiento eficiente puede ser al propio tiempo uno de los autores más influyentes en la consolidación de otra teoría que se encarga de minar las bases de la anterior?

³⁰ GERGEN, Mark P. "Tortious interference: How it is engulfing commercial law, why this is not entirely bad, and a prudential response". En: *Arizona Law Review* 38. 1996. pp. 1175 y 1178-1179; y, PERILLO, Joseph M. Op. cit. pp. 1090-1091.

³¹ BUSNELLI, Francesco Donato. "La lesione del credito da parte dei terzi". Milán: Giuffrè. 1964.

³² Sobre la manera de entender esta figura especial de tort existen cuanto menos dos grandes teorías: (i) aquella que la concibe como la apropiación ilícita de una titularidad ajena; y (ii) aquella que la ve como una enajenación instigada. Para una aproximación a este *tort* desde cada una de estas perspectivas aconsejamos la lectura de EPSTEIN, Richard. "Inducement of breach of contract as a problem of ostensible ownership". En: *Journal of Legal Studies* 16. 1987. pp. 1 y siguientes; y, MCCHESENEY, Fred S. "Tortious interference with contract versus "efficient" breach: Theory and empirical evidence". En: *Journal of Legal Studies* 28. 1999. pp. 131 y siguientes.

³³ Al respecto podemos mencionar la existencia del § 766 y § 767 del *Restatement (Second) of Torts*, en el que precisamente se indica que aquel que sin privilegios, o derecho para hacerlo, induce a otra persona a inejecutar su obligación con otra persona o bien a que ingrese o mantenga una relación con otra persona es responsable de los daños que este comportamiento genere al acreedor insatisfecho o bien a quien tenía interés en iniciar una relación contractual con la persona inducida (o a impedir que esta renueve una relación de este tipo con otro sujeto). Empero, es menester indicar que existen otras referencias a este *tort* dentro del *Restatement* dedicado a la responsabilidad extra-contractual.

³⁴ En la derogada ley de represión de la competencia desleal, Ley 26122, existía el artículo 16 que calificaba como desleal: "a) La interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. A tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto básico del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subrogue en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales. b) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas."

El reciente Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de represión de la competencia desleal, también regula la situación pero en el artículo 15, donde se indica que se consideran actos de sabotaje empresarial:

"15.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.

15.2.- Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial."

La respuesta es sencilla: No es posible, salvo por supuesto la contradicción. Esta posibilidad, en virtud de la propia opinión de Holmes antes aludida, no puede ser siquiera considerada.

Atendiendo a lo antes aludido, deben existir auténticos creadores o propulsores de esta teoría, si bien los mismos –en muchas ocasiones– no son siquiera citados en los trabajos que analizan esta figura. En nuestra opinión, y en aquellos estudios que se dedican a resaltar el desarrollo de la teoría, existen dos contribuciones puntuales que pueden ser claramente identificadas y calificadas como las fundantes. En primer lugar, la contribución en que expresamente se formula la eficiencia del incumplimiento frente a la recepción de una mejor oferta; y, en segundo lugar, el ensayo que le puso nombre a esta teoría. El primero de ellos es el trabajo de Robert L. Birmingham³⁵ y el otro es el trabajo conjunto de Charles J. Goetz y Robert E. Scott³⁶.

El pasaje más importante del trabajo de Birmingham para la enunciación inicial de la teoría es realmente esclarecedor:

“(…) El apartamiento de una obligación debe ser alentado cuando el promitente sea capaz de beneficiarse de su conducta después de colocar al promisorio en una posición tan buena a la que habría ocupado si el cumplimiento hubiese tenido lugar. Fallar al honrar un acuerdo bajo estas circunstancias es un movimiento hacia el óptimo paretiano³⁷.”

Como se observa en este pasaje ya se hace mención a la circunstancia de que se debe reparar a la contraparte (la preferencia del remedio resarcitorio) y colocarla en una posición tan ventajosa como en la que se encontraría si es que

hubiese recibido la prestación comprometida (vale decir, se recoge la idea básica del *indifference principle* antes enunciada)³⁸. Asimismo, y un detalle que como se ha visto también se presenta en la construcción de Posner, es que no se presta demasiada atención a los costos de transacción involucrados en la operación (tanto los del incumplimiento como los de la reparación de los daños que se generan a causa de éste). En el trabajo sólo se llega a decir que si es posible cumplir con el principio de indiferencia el incumplimiento nos lleva hacia un óptimo paretiano³⁹, sin embargo, para lograr tal indiferencia alguien (sea una o ambas partes, sea la sociedad) deberá de asumir determinadas inversiones y/o costos, por lo que los mismos deberán ser tomados en consideración para verificar si en realidad estamos en presencia de un movimiento hacia el óptimo paretiano o si, por el contrario, nos encontramos en un movimiento dentro de la curva de indiferencia o si se trata de un movimiento que en los hechos genera mayores costos sociales que los beneficios privados asociados.

Por su parte el texto de Goetz y Scott denomina a este fenómeno como será conocido de ahora en adelante, vale decir, la teoría del incumplimiento eficiente y lo hace desde el propio título del ensayo. Si bien es de destacar que el punto medular del desarrollo de los citados autores se centra en realidad en la evaluación de la validez y eficacia de las *liquidated damages*⁴⁰ así como a analizar si una inadecuada valuación de ellas puede devenir en un desincentivo a un incumplimiento que potencialmente pudo ser eficiente⁴¹ (sobre todo en las cláusulas *in terrorem*). Dentro de la lógica de este ensayo, si una de las partes tiene una alta valuación subjetiva (por la razón que fuese) sobre el bien o la actividad a cargo de su deudor, es racional que se encuentre incentivado a exigir una

El aspecto a discutir sería si el numeral 15.2 del citado artículo 15, al sostener que el ofrecer una serie de mejores condiciones de contratación, ofrece una carta blanca para admitir el ingreso de la teoría del incumplimiento eficiente en sede nacional, lo cual descartamos tanto porque aún existen las reglas generales de la responsabilidad civil cuanto sobre todo porque las mejores condiciones ofrecidas deben estar vinculadas al juego de la competencia. Con esta condición adicional, no es la eficiencia *per se* la que torna lícita la conducta sino que las condiciones ofrecidas deben estar dirigidas a la mejora de la competencia y no a socavarla.

³⁵ El trabajo al que aludimos es BIRMINGHAM, Robert L. “Breach of contract, damages measures, and economic efficiency”. En: *Rutgers Law Review* 24. 1970. pp. 273 y siguientes; sin embargo, en un trabajo anterior ya se podía entrever algo del desarrollo posterior, BIRMINGHAM, Robert L. “Damages measures and economic rationality: The geometry of Contract Law”. En: *Duke Law Journal* 1969. 1969. pp. 49 y siguientes.

³⁶ GOETZ, Charles J. y Robert E SCOTT. “Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach”. En: *Columbia Law Review* 77. 1977. pp. 554 y siguientes.

³⁷ BIRMINGHAM, Robert L. Op. cit. p. 284.

³⁸ *Ibid.* p. 275, donde el autor reconoce que “[e]ste ensayo busca derivar una justificación menos cargada de valor para la regla del *common law* «que donde una parte soporte una pérdida en razón del incumplimiento contractual, ella debe, en la medida que el dinero pueda hacerlo, ser colocada en la misma posición, a través del resarcimiento, como si el contrato hubiese sido cumplido».”

³⁹ *Ibid.* pp. 285-286, llega a sostener, lo cual no es tomado en cuenta por los autores sucesivos, que “[l]a conclusión de que la eficiencia requiere que el cálculo del monto del resarcimiento frente al incumplimiento coloque a la parte inocente en una posición tan buena como en la que se encontraría si es que el incumplimiento no hubiese ocurrido descansa ampliamente en la relevancia de asumir el modelo competitivo del sistema de mercado moderno.”

⁴⁰ FARNSWORTH, E. Allan. “Damages and specific relief”. En: *American Journal of Comparative Law* 27. 1979. pp. 247 y siguientes. *Ibid.* p. 248.

⁴¹ GOETZ, Charles J. y Robert E. SCOTT, Op. cit. p. 556.

penalidad alta en caso de incumplimiento, la cual cumplirá una función de garantía (en términos amplios). En estos casos, la regla estadounidense de rechazo a las *penalties* nos parece ineficiente, pues no es sólo lógica la conducta del acreedor de requerir de su contraparte tal penalidad, en atención a su particular interés subjetivo (que importa, como es natural, de modo parcial una revelación de su *precio de reserva*) sino que el deudor correlativamente –si es un agente racional– solicitará un incremento del precio o contraprestación para cubrirse del riesgo adicional que en los hechos asumirá⁴².

De conformidad a lo indicado precedentemente, una cláusula penal elevada permitirá que las partes asignen de manera adecuada los riesgos involucrados en la operación (pues importa revelar una parte de los riesgos que el acreedor no desea asumir), sino que protege el interés subjetivo de las partes. A ello cabría agregar que sólo se negociará una cláusula penal cuando los costos de transacción asociados a ello resulten menores a los que se espera asumir en un eventual litigio; y, en atención a una valuación subjetiva elevada, reduce el costo de los errores judiciales causados en la dificultad de determinar el monto adecuado de los daños ocasionados al acreedor⁴³.

Teniendo en claro estos aspectos regresemos brevemente a la definición del texto de Birmingham. En ella se hace mención que el resarcimiento desembolsado frente al incumplimiento coloca al promisorio insatisfecho en una situación indiferente a éste por lo que se constituiría como un movimiento hacia el óptimo paretiano. Como se sabe, el óptimo paretiano es la situación en la que ya no es posible un cambio dentro de un sistema dado sin que ello importe perjudicar otro elemento del mismo. Empero, no creemos que se deba analizar este particular fenómeno contractual desde una perspectiva paretiana puesto que es irreal la asunción de la total indiferencia entre el cumplimiento contractual y la recepción de un monto resarcitorio, en especial porque por definición lo que el acreedor desea recibir es la prestación (que es precisamente lo que no tiene y lo motiva a contratar a fin de satisfacer una determinada necesidad) y no dinero (que es, por regla general, con lo que el acreedor

compensa la entrega de un bien o el disfrute de un comportamiento).

Las razones por las que nos parece irreal el empleo de la noción paretiana son que: (i) si se repara monetariamente al acreedor insatisfecho, éste aún no ha recibido aquello que satisface su necesidad (no estamos cuestionando si es que el monto es plenamente compensatorio sino a la compensación en sí misma) sino que deberá ir al mercado para encontrar un bien sustituto o bien un locador que le preste el servicio que requiere, por lo que el dinero recibido sólo le permitirá entrar al mercado y no es el que en sí mismo el que repara el daño sufrido (como es obvio, al efectuar una nueva búsqueda y, de ser el caso, una nueva contratación, significará asumir nuevos costos de transacción); y, (ii) tanto su noción de eficiencia como su óptimo sólo atiende a si un miembro de la sociedad es beneficiado y ninguno perjudicado, empero, no observa quién asume los costos asociados a tal transferencia o movimiento hacia el óptimo paretiano ni mucho menos si estos compensan tal operación (bajo esta noción es posible que el costo social –por ejemplo, los costos de administración de justicia– supere a los beneficios privados).

En todo caso, se podría sostener –de una manera un tanto más realista– que la eficiencia definida en los términos del criterio de *Kaldor-Hicks* es la que nos permitirá comprender mejor el fenómeno, pues dicho criterio parte de una percepción basada en la compensación y no en la indiferencia⁴⁴. Como es por demás conocido, de acuerdo a este criterio de eficiencia, difundido extensamente en los trabajos desarrollados por el *mainstream* del análisis económico del Derecho, se entiende que una actividad o un intercambio contribuye a alcanzar el *óptimo paretiano* si es que el monto máximo que los agentes “*ganadores*” se encuentran dispuestos a desembolsar resulta mayor que el monto mínimo que, por su parte, los agentes “*perdedores*” están dispuestos a aceptar por encontrarse en tal situación. Como mencionamos anteriormente, la idea de compensación se encuentra ya en la base de este argumento.

Asimismo, al detallarse que el beneficio total resultante de la operación sirve a su vez para

⁴² ULEN, Thomas S. “The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies”. En: Michigan Law Review 83. 1984. pp. 341 y siguientes. *Ibid.* p. 351-352.

⁴³ GOETZ, Charles J. y Robert E. SCOTT, Op. cit. p. 578.

⁴⁴ KALDOR, Nicholas. “Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility”. En: The Economic Journal 49. 1939. pp. 549 y siguientes; y, HICKS, J. R. “The foundations of welfare economics”. En: The Economic Journal 49. 1939. pp. 696 y siguientes.

Sin embargo, no es posible la comprensión cabal del criterio de eficiencia según Kaldor-Hicks si es que no se consulta el trabajo de DE SCITOVSKY, Tibor. “A note on welfare propositions in economics”. En: The Review of Economic Studies 9. 1941. pp. 77 y siguientes; quien es el encargado de integrar las opiniones de ambos autores y de enunciar este nuevo criterio de eficiencia.

compensar a la contraparte (todo ello sólo a nivel potencial, pues el criterio de *Kaldor-Hicks* solamente exige que el valor agregado de los beneficios supere al valor agregado de las pérdidas y no que exista una compensación efectiva⁴⁵ de dichas pérdidas) por el eventual perjuicio que pudiese sufrir, nos permite considerar que sólo en este caso los costos (tanto sociales cuanto privados) implícitos en la operación si se toman en cuenta, por lo que verdaderamente la situación a la que se arriba es una de auténtica mejora social⁴⁶.

IV. SOBRE ALGUNOS OBSTÁCULOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS PARA SU ADMISIBILIDAD

Es momento de analizar los obstáculos que a nivel teórico (tanto jurídico como económico) y a nivel fáctico, soporta la teoría del incumplimiento eficiente. Ello con el fin de encontrarnos verdaderamente capacitados para emitir un juicio sobre ella.

A tal efecto, nos parece aconsejable exponer los pasos lógicos que consideran los propulsores de esta teoría para luego analizar si estos resultan correctos o no. Para ello se propondrá algunas correcciones al esquema sugerido por el profesor Craswell⁴⁷, quien identifica hasta cuatro pasos:

- (i) En el primer paso lo que se intenta identificar es si el promitente tiene los incentivos correctos para incumplir (o bien para cumplir) bajo un cálculo de daños determinado en base al interés a la expectativa.
- (ii) En el segundo paso se asume que la renegociación es imposible puesto que existiría un monopolio bilateral.
- (iii) En el tercer paso se sostiene que sólo se actuarán remedios diversos al resarcimiento cuando su empleo en el caso concreto no asegure que con tal desembolso se logre verdaderamente la compensación del acreedor, en tal sentido, en la generalidad de casos el pago de daños generará menores costos.

- (iv) En el cuarto paso se concluye, precisamente en base a todo lo anterior, que al promisorio le resulta indiferente sea la situación de cumplimiento y/o de pago de un resarcimiento producto del incumplimiento.

Luego de esta breve exposición, atendiendo a cada uno de estos pasos lógicos, se debe cuestionar y/o someter a crítica cada uno de ellos a fin de constatar su veracidad.

Respecto del primer paso se debe observar que el monto del resarcimiento rara vez resulta verdaderamente compensatorio y más aún cuando este se calcula en base al interés a la expectativa. Como se sabe, suscribir un contrato resulta en los hechos una apuesta entre las partes sobre cómo se comportará el mercado (o, si se quiere, su específica valuación subjetiva) en el período que media entre la fecha de celebración y el momento de su ejecución (como es obvio, la teoría del incumplimiento eficiente sólo puede ser aplicado en los contratos en los que al menos una de las prestaciones se difiere en el tiempo), o, para el caso de los denominados contratos manuales, sobre la idoneidad del bien (entendido en términos amplios a fin de incluir los servicios) para satisfacer el interés subjetivo de quien recibe el bien. Cada una de las partes, por lo tanto, suscribe el contrato en el entendido de que su evaluación resulta más cercana a la realidad que la de su contraparte o que, cuanto menos, los riesgos que asume son más favorables que la incertidumbre de no entrar en la relación contractual⁴⁸. En dicho contexto, una subvaluación de los daños ocasionados frente al incumplimiento no sólo frustrará de modo directo el objetivo general de los remedios contractuales (esto es, colocar al acreedor en una posición semejante a la que se encontraría en caso se de la ejecución del contrato) sino que también provocará un incentivo para que los deudores se aparten de sus promesas (y ello en un número superior de oportunidades de lo que socialmente sería óptimo desde el punto de vista de la eficiencia).

⁴⁵ HOVENKAMP, Hebert. "The first great Law & Economics movement". En: Stanford Law Review 42. 1990. pp. 993 y siguientes. *Ibid.* pp. 1037-1038.

⁴⁶ HOVENKAMP, Hebert. *Op. cit.* p. 1037, en tanto que bajo la idea de Pareto era posible que se aplicarían algunas transferencias involuntaria, sea por política estatal y/o privada, teniendo como base la justificación de que subjetivamente uno de los agentes económicos involucrados no veía o sentía que era afectada con la toma de decisión (recordemos que el criterio de Pareto, así como el de Kaldor-Hicks, se encuentra dirigido a posibilitar la comparación entre utilidades interpersonales), por lo que habría una discordancia, como se ha dicho, una discordancia entre el costo privado y el costo social.

Por su parte, toda vez que una decisión estatal siempre traerá como consecuencia a un sujeto afectado así como también –y por definición– el incumplimiento genera una afectación de la contraparte, asumir que ello no sucede es una omisión de un dato fáctico en aras de simplificar el análisis y que, como se verá, trae una alteración de las soluciones en el caso en concreto.

⁴⁷ CRASWELL, Richard. "Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach". En: Southern California Law Review 61. 1988. pp. 629 y siguientes. *Ibid.* pp. 634-636 y 662-663.

⁴⁸ BARTON, John H. *Op. cit.* p. 278.

Las razones de esta sub-valoración se centran en una multiplicidad de factores que van desde el hecho de que una serie de desembolsos y/o perjuicios sufridos por el promisorio no son reparados en base a los daños a la expectativa (esto en el caso del sistema estadounidense), cabría mencionar de manera meramente ejemplificativa⁴⁹: a) los costos del proceso judicial (o eventualmente del arbitraje); b) honorarios de los abogados; c) la limitación en base a la *efficient breach theory* de que el cálculo del monto de los daños se efectúa al momento de la decisión de incumplir, mientras que en base a la *foreseeability* se debe reparar los daños que eran previsibles al momento de la suscripción del contrato (por lo que es clara la discrepancia entre estas dos maneras⁵⁰ de calcular los daños, aspecto que, por un lado, no es abordado ni mucho menos superado por los promotores de esta doctrina, y que, por otro lado, genera que sea aún más reducida la reparación que recibiría el promisorio ya que no incluiría a la totalidad de daños que eran previsibles al momento de su suscripción); etc.

Respecto del segundo paso, resulta más que cuestionable la inmediata asunción de que la renegociación resulta imposible en base a un monopolio bilateral⁵¹ o que los costos de transacción son demasiado elevados⁵². La pregunta que debe efectuarse es ¿por qué se piensa ello? No es acaso que las partes en este caso concreto tienen un conocimiento más preciso de los intereses subjetivos involucrados, las ventajas que habrá de recibir el promisorio producto del apartamiento del contrato, el conocimiento particular del mercado, etc. Incluso aún considerando que los costos de toda esta serie de eventos resultan elevados, ¿por qué debería considerarse que el costo de la determinación judicial⁵³ de los daños es menor a ellos? O incluso, viendo el asunto en términos de

administración del íntegro sistema de solución de controversias⁵⁴, ¿por qué el resto de ciudadanos debemos soportar el costo de la administración de justicia y la generación de demandas de este tipo, ralentizando al ya de por sí sobrecargado poder judicial, cuando los propios individuos que se encuentran involucrados pueden por sí mismos solucionar la controversia? Más aún, la razón que se pudiese brindar para justificar la situación es excesivamente individualista: *con eso existiría el riesgo de que podría perderse la eficiencia generada por la reasignación del recurso a su uso más valioso.*

La respuesta que se ha brindado a las anteriores interrogantes no es consistente incluso desde un punto de vista económico. En efecto, no estaríamos destruyendo la eficiencia generada sino que, en realidad, sólo se estaría redistribuyendo el *surplus*⁵⁵ generado por la nueva operación. Nos explicamos. La asunción básica de la teoría del incumplimiento eficiente es que el promisorio encuentra a un tercero que le ofrece mejores condiciones y que por ello decide dejar a su promisorio. Dado que el monto que recibe el promisorio es lo suficientemente elevado como para lograr compensar los daños que soporta su promisorio con ocasión del incumplimiento e incluso retener una beneficio neto superior a la operación que se ha abandonando⁵⁶, lo cual es lo que justifica verdaderamente el que acepte la segunda operación.

En este contexto, lo único que se haría con la renegociación⁵⁷ (que tendrá, en principio, un costo privado y social inferior al inicio de un proceso judicial o de un eventual arbitraje) es distribuir esa ganancia superior para de esta manera incentivar a que el promisorio libere a su promisorio, garantizándose esta vez que el promisorio se

⁴⁹ SCALISE, Ronald Jr. "Why no "efficient breach" in the Civil Law?: A comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract". En: *American Journal of Comparative Law* 55. 2007. pp. 721 y siguientes.

⁵⁰ EISENBERG, Melvin A. "The theory of efficient breach and the theory of efficient termination". En: *Law and Economics Workshop* realizado en la Universidad de California, Berkley. Paper 14. 2004. p. 30; documento que puede ser descargado en el web-site eScholarship de la Universidad de California: <http://escholarship.org/uc/item/0gq0n2gz>.

⁵¹ Argumento que sólo es agregado posteriormente por POSNER, Richard A. "Economic Analysis of Law". Tercera Edición. Boston: Brown and Company. 1986. p. 107.

⁵² ULEN, Thomas S. Op. cit. p. 344.

⁵³ Recordemos que la mayoría de contratos que se celebran en nuestro país e incluso en los Estados Unidos no contienen una cláusula de arbitraje. La razón de su uso extensivo en nuestro sistema se debe a razones ajenas a los sistemas jurisdiccionales del *common law*. Nos referimos al descrédito generalizado sobre el comportamiento y capacidad de nuestros jueces (si se quiere, ausencia de legitimidad) y la lentitud de su trámite.

La razón que se brinda se encuentra dirigida a cuestionar aquella percepción de que todos los contratos contienen una cláusula arbitral o cuanto menos todos los contratos importantes (sea en monto o trascendencia para las partes) tienen una cláusula arbitral.

⁵⁴ Un aspecto al cual no se le presta poca atención, tal como lo ha evidenciado CALABRESI, Guido. "The cost of accidents: A legal and economic analysis". New Haven: Yale University Press. 1970.

⁵⁵ BARNES, David W. Op. cit. p. 412; donde se la define como «la diferencia entre el total de beneficios que la parte espera recibir, sea conceptualizada en términos de placer o ingresos, y el costo total que la parte espera pagar para obtener tales beneficios. La diferencia entre ingresos (o beneficios) y costos es "surplus", el residuo de los ingresos recibidos luego de que los costos han sido pagados».

⁵⁶ FRIEDMANN, Daniel. "The efficient breach fallacy". En: *Journal of Legal Studies* 18. 1989. pp. 1-24.

⁵⁷ MAHONEY, Paul G. "Contract remedies and option pricing". En: *Journal of Legal Studies* 24. 1995. pp. 139 y 141.

encuentre indiferente frente al incumplimiento. Nótese que no estamos asumiendo que la redistribución no cuesta, es más aceptamos que para efectuarla se asumirán costos de transacción que incluso pueden ser cuantiosos, el énfasis, sin embargo, debe ser colocado en que tales costos no son tan altos como los de la determinación judicial de los daños que sufre el promisorio debido al incumplimiento de su contraparte. Como se ha dicho, no hay razón para considerar que los costos sociales de activar el aparato jurisdiccional son menores que los que se asumirían en una operación privada.

Sin perjuicio de lo anterior, un asunto que se deja (literalmente) en el tintero es por qué se considera –inmediatamente– que el tercero valúa el bien en mayor medida que el promisorio. Acaso no existe la posibilidad de que el promisorio, en atención a su habilidad de negociación (o sencillamente a su poder de negociación) haya logrado condiciones para sí favorables y que no necesariamente importen que el tercero tenga una valuación subjetiva más elevada sobre el bien. En efecto, podríamos ofrecer como ejemplo la posibilidad de obtener una exención de responsabilidad, pues el tercero con el que se contrata no conoce las condiciones contractuales usuales en ese mercado y por lo tanto no exige al promisorio responsabilidad en tales casos. Incluso pensemos que dicho tercero ya tiene un contrato de seguro para tales contingencias. En todos estos escenarios el tercero no es que por definición tenga una valuación subjetiva más alta que el promisorio defraudado, es sólo que por el eventual contexto provoca que las condiciones en cuestión redunden en beneficio del promisorio por lo que decidirá incumplir (ya que no asume algunos riesgos contractuales el beneficio neto esperado de la segunda operación será superior al de la primera, aún cuando no se incremente nominalmente el precio de los bienes que transfiere o los servicios que presta).

A lo expresado en el párrafo precedente cabría agregar la posibilidad de que lo que pretenda el tercero en el caso concreto no es hacerse del bien o del servicio sino afectar al acreedor insatisfecho (por ejemplo, un competidor, en ese caso no es que valúe el bien más de lo que lo hace el promisorio, incluso diríamos que por definición es lo contrario quien lo valúa más es éste, sino que el beneficio asociado a la ruptura del contrato original le reporta beneficios en otros ámbitos; la diferencia puede ser sutil pero existe).

Incluso asumiendo que no ha sucedido nada de la teorizado anteriormente, aún se tendría que aceptar la rectitud de la siguiente afirmación: si queremos garantizar que el recurso sea asignado a su uso más valioso, que es lo que se haya en la base de la teoría del incumplimiento eficiente, démosle la oportunidad al promisorio a pujar por el bien, puesto que de esa manera el precio de transferencia incorporará verdaderamente el valor que cada uno de los agentes económicos involucrados le asigna; y, lo que es incluso más sugerente, ¿acaso esta operación no tiene –a nivel de tendencia– costos de transacción más reducidos que el de la renegociación individual o incluso de la determinación judicial o arbitral del monto de los daños sufridos por el promisorio? La respuesta, creemos, avala nuestra sugerencia⁵⁸.

Respecto del tercer paso, la idea es básicamente la expuesta en su oportunidad por Kronman⁵⁹, quien sostiene que la regla de ejecución forzada se aplica de manera más que satisfactoria en el caso de los bienes únicos o en los que no exista posibilidad de encontrar un sustituto en el mercado (vale decir, la oferta resulta ser inelástica). En tales casos, como es sencillo comprender, el pago de un resarcimiento monetario frente al incumplimiento no resulta plenamente compensatorio, en la medida que el acreedor defraudado no podrá ir al mercado a encontrar un bien con el cual sustituir el que debió haberle sido provisto por su deudor. Como esta circunstancia resultaría más bien excepcional, la regla del pago de un resarcimiento frente al incumplimiento sería la correcta no sólo porque es más eficiente sino también porque en caso un sujeto suscriba un contrato sobre un bien que verdaderamente resulta excepcional –en los términos económicos propuestos por Kronman– deberá incluir una provisión en su contrato que le garantice la obtención del bien deseado. Sobre este punto, ya anotado precedentemente, el establecimiento de una cláusula penal compensatoria por un monto elevado sería acaso una prueba tangible del carácter excepcional (o de una alta valuación subjetiva) del bien o servicio materia del contrato. En esta circunstancia se logrará incentivar al promisorio a mantener su promesa y a la vez se otorga una señal al operador jurídico acerca del hecho que el promisorio tiene un precio de reserva más elevado en comparación a la generalidad de operaciones.

Sin embargo, contrario a la sugerencia de Kronman no se puede aceptar la idea de la subordinación de la ejecución forzada a casos limitados puesto que, en estricto, este remedio garantiza la obtención

⁵⁸ DE LONG, Sidney W. "The efficiency of disgorgement as a remedy for breach of contract". En: *Indiana Law Review* 22. 1989. 2004. pp. 737 y 754.

⁵⁹ KRONMAN, Anthony. "Specific performance". En: *Chicago Law Review* 45. 1978. pp. 351 y siguientes. *Ibid.* pp. 355-365.

de una compensación plena del promisorio ya que le otorga precisamente lo que deseaba alcanzar a través de la suscripción y ejecución del contrato⁶⁰. Las razones por las que nos parece poco aconsejable la limitación del o de los casos en los que se habilite la ejecución forzada serán analizadas a continuación, pero antes de ello queremos llamar la atención sobre un elemento de la teoría que se acaba de resumir, mientras más fungible resulte el bien menor posibilidad (o, en otras palabras, necesidad) existe de que se ordene la ejecución forzada puesto que cuando se encuentren involucrados bienes de este tipo la cantidad y calidad de información de la que dispone el operador jurídico (por la existencia de un mercado desarrollado que soporte la fungibilidad del bien) será elevada, por lo que sería sencillo determinar con exactitud el monto adecuado del resarcimiento. En cambio, ello no se produce en el caso de los bienes únicos ya que se encuentran caracterizados por su infungibilidad (sea en términos económicos, tecnológicos o físicos) por lo que la posibilidad de error (al fijar un resarcimiento sub-compensatorio o supra-compensatorio) es mucho mayor. De ello extrae Kronman la idea de que en los bienes fungibles existe la posibilidad de incumplir al encontrar un nuevo promitente (pues si existe un mercado desarrollado es de esperar que hayan muchos adquirentes) lo cual es casi imposible en el caso de los bienes infungibles⁶¹. Tal afirmación resulta particularmente curiosa e incluso un tanto ilógica, tal como se evidenciará al momento en que se desarrollen los diversos paradigmas bajo los cuales se puede clasificar la teoría del incumplimiento eficiente.

Por su parte, un autor que ha sistematizado de manera por demás sugerente las razones por las cuales se brinda preferentemente un remedio como la reparación de daños en lugar de la ejecución forzada, pese a las virtudes que se han resaltado sobre esta última, es el profesor Alan Schwartz. El citado autor enumera hasta tres razones para tal preferencia, a saber⁶²: (i) el compromiso del sistema jurídico con el objetivo de una plena compensación no es total; (ii) la imposición de una suma dineraria a título de resarcimiento es generalmente compensatoria;

y, (iii) la preocupación por la eficiencia (ya que, quienes prefieren el resarcimiento así lo sostienen, la ejecución forzada sería un remedio que tendría mayores costos de transacción asociados)⁶³ y por la tutela de la libertad (pues se aduce una coerción sobre el ámbito de autodeterminación o libertad del deudor).

En cuanto a las razones esgrimidas podemos cuestionar, cuanto menos desde la perspectiva del *civil law*, la falta de compromiso del sistema jurídico con la idea de la plena compensación. Si bien en nuestros países, y de modo particular en el Perú, los montos resarcitorios son de ordinario sub-compensatorios ello no se debe a algún tipo de carencia o limitación legal sino más bien por razones coyunturales y económicas de muy variada naturaleza. En estricto, los sistemas jurídicos inspirados, sea directa o bien indirectamente, en los grandes Códigos Civiles europeos (pensamos básicamente en el *Bürgerliches Gesetzbuch* y en el *Code Civil*) tienden a una reparación amplia en sede contractual⁶⁴ con lo que esta razón resulta difícilmente predicable en nuestros países.

A pesar de lo manifestado en el párrafo precedente, y como se ha subrayado a lo largo del presente trabajo, no se puede aceptar que el remedio resarcitorio cumpla generalmente con su finalidad de compensación plena. A ello se puede agregar un dato al que no se le presta la atención que se merece: en nuestros sistemas no existe una limitación conceptual ni jurídica tan marcada para el otorgamiento de un remedio como la ejecución forzada. En puridad en los sistemas del *civil law* se otorga la opción al acreedor de determinar que remedio es el que desea ejercer para la tutela de su derecho de crédito (manifestándose de esta manera una vez más la fortaleza de este sistema de responsabilidad).

En cuanto a la tercera razón, y de modo particular, a la preocupación por la eficiencia nos remitimos a lo expuesto en su oportunidad respecto a la cuantificación de los daños resarcibles en sede judicial para la actuación del incumplimiento eficiente y sobre todo a los costos sociales que tal conducta genera (algunos de los cuales sólo serán resaltados al momento de analizar los paradigmas

⁶⁰ SCHWARTZ, Alan. "The case for specific performance". En: Yale Law Review 89. 1979. pp. 271 y siguientes. *Ibid.* p. 274.

⁶¹ KRONMAN, Anthony. Op. cit. p. 368.

⁶² SCHWARTZ, Alan. Op. cit. p. 274.

⁶³ La visión de la ejecución forzada como un remedio costoso se observa en un autor que califica a este mecanismo jurídico y a algunos otros que aseguran la plena compensación como *prohibitory remedies*, nos referimos a STANDEN, Jeffrey. Op. cit. pp. 150-153.

⁶⁴ En el caso alemán inclusive se da un fenómeno de contractualización de la responsabilidad debido a la particular debilidad del sistema extracontractual, lo cual ha motivado el fortalecimiento de los remedios contractuales. Al respecto, puede revisarse MEDICUS, Dieter. "Culpa in contrayendo". Traducción al cuidado de M. R. Marella. En: Rivista Critica del Diritto privato 2. 1984. p. 575; y a su vez, CANARIS, Claus Wilhelm. "Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione". En: Rivista Critica del Diritto privato 1. 1983. p. 802.

de esta teoría). Por último, en cuanto a la limitación a la libertad del deudor es casi un mito a erradicar⁶⁵, puesto que la ejecución forzada es un remedio otorgado para cualquier tipo de obligación (sea de dar, hacer o no hacer), sin mencionar que una serie de remedios propios del *common law* tienen efectos del todo análogos (piénsese en una *injunction*), para la protección de una situación jurídica específica que importa la posibilidad de un individuo de exigir recibir un determinado bien o conducta (y correlativamente el del deudor de dar el bien o ejecutar la conducta). Asimismo, no hay que olvidar que si bien el fundamento de la ejecución forzada es una titularidad de derecho privado, la exigencia de cumplimiento emana de una orden jurisdiccional que como tal tiene todas las prerrogativas jurídicas para lograr que ella se produzca en la realidad, fortaleciendo así la institucionalidad y el sistema jurídico.

Por su parte en el texto de Schwartz antes enunciado también se resaltan hasta tres razones⁶⁶ para que la regla frente al incumplimiento no fuese la imposición de un resarcimiento sino más bien la ejecución forzada. Las razones que Schwartz ofrece son⁶⁷: (i) que el monto de dinero impuesto a título de resarcimiento resulta usualmente sub-compensatorio; (ii) los acreedores tienen incentivos naturales a demandar daños solamente cuando el monto a asignársele resulta verdaderamente compensatorio; y, (iii) porque el propio acreedor sabe mejor que el propio juez si es que la ejecución forzada cubre mejor sus intereses y las dificultades que existen en cada caso para coaccionar el cumplimiento contractual.

En cuanto a las razones para preferir la ejecución forzada sobre el resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento contractual creemos que la primera de ellas esta fuera de cualquier duda. Si la intención con el otorgamiento de un remedio frente al incumplimiento es colocar al acreedor en una situación de indiferencia, dicho objetivo se logra claramente al ordenar que se le

entregue el bien materia del contrato o que se ejecute el servicio a cargo de su deudor. Si bien admitimos que un aspecto a tratar es la de los costos de transacción asociados a la ejecución forzada aún se debe reservar la exposición un tanto más detallada sobre la materia para más adelante, por el momento bastará con remitirnos al análisis del costo de la determinación judicial del monto de los daños, el cual como se ha visto resultará –en principio– más elevada que la de la ejecución forzada.

En cuanto a la segunda razón, es la aplicación simple de la premisa de que los agentes económicos están capacitados para decidir por sí mismos lo que satisface en mejor manera sus intereses. En efecto, si el acreedor insatisfecho considera que no es necesaria la ejecución forzada de la prestación (sea porque debido a la urgencia en recibirla se la procuró por un tercero, sea porque los costos asociados al monitoreo y a lograr la ejecución forzada no justifican sus beneficios esperados⁶⁸) o que incluso esta ya no le provee de ningún beneficio; entonces se limitará a solicitar el resarcimiento en sustitución a la prestación incumplida. Con ello se puede concluir que en estos casos el remedio resarcitorio se aproxima en mayor medida a la meta compensatoria.

Finalmente, en cuanto a la tercera razón, y como corolario de lo anterior, si es que el acreedor se percató que los costos de monitoreo de la ejecución forzada son de un alcance superior a los beneficios que espera recibir de la prestación, es natural que no la solicite sino que se limite a solicitar el resarcimiento. En tal sentido, el propio acreedor decidirá, caso por caso, qué remedio es mejor para sí en atención al costo y a los beneficios esperados. Es por esta razón que en nuestra opinión la prevalencia de un remedio sobre el otro no guarda demasiado sentido económico ni mucho menos jurídico, lo cual no hace más que evidenciar la superioridad de la regla del *civil law*, ya que otorga tal opción siempre al acreedor.

⁶⁵ Si bien llega a una conclusión global distinta a la nuestra, cabe destacar que sus argumentos no se decantan por el hecho de una hipotética vulneración a la libertad personal del deudor sino más bien a los costos de transacción involucrados, nos permitimos remitir a la lectura de la interesante contribución del profesor LANDO, Henrik. "The myth of specific performance in civil law countries". En: American Law & Economics Association Annual Meetings. Paper 15. 2004. Documento que puede ser descargado a través del portal web The Berkley Electronic Press: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=alea;h=repec:bep:alecam:1014>.

⁶⁶ Otro autor que propone tres razones para la adopción de esta regla es EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". Op cit. pp. 1018-1019, las cuales son: (i) que el remedio del resarcimiento calculado en base a los daños a la expectativa no logra dejar indiferente al acreedor; (ii) si uno ha ofrecido el cumplimiento de una conducta no es que prometa en su lugar el pago de daños, si las partes han negociado carentes de error, fraude o violencia no existe razón para justificar un apartamiento de lo que se ha prometido; y, (iii) las partes no necesariamente tienen la información para decidir de modo unilateral el incumplimiento pero si pueden, a través de la negociación, determinar cuando se da por terminado el mismo. De opinión contraria es LINZER, Peter. "On the amorality of contract remedies - Efficiency, equity and the Second Restatement". En: Columbia Law Review 81. 1981. pp. 111 y siguientes.

⁶⁷ SCHWARTZ, Alan. Op. cit. pp. 276-277.

⁶⁸ Aspectos que son abordador por ULEN, Thomas S. Op. cit. pp. 396-401.

De lo hasta aquí expuesto creemos que los argumentos esgrimidos tanto a favor como en contra de ambos remedios jurídicos están relativamente equilibrados. Si bien somos de la opinión de que se inclinan un tanto más favorablemente a la eficiencia y la consecución de la meta compensatoria de la regla de la ejecución forzada (lo cual, como lógica consecuencia, traería abajo la hipótesis del incumplimiento eficiente ya que éste resulta inconcebible si es que el remedio preferente no fuese la reparación de daños). Empero, se tendría que tomar en cuenta lo que hemos indicado en el párrafo precedente acerca de otorgar al acreedor el derecho de elegir por qué remedio optar.

Ahora bien, es momento de analizar los diversos supuestos y/o paradigmas⁶⁹ en los que se clasifican los casos de la teoría del incumplimiento eficiente, los cuales van desde aquella modalidad analizada inicialmente por Birmingham, Goetz y Scott, que es la que la mayoría de personas vincula al momento de oír cualquier referencia a la teoría, ello tal vez por la indudable influencia de Posner.

A. El paradigma del nuevo oferente

En este esquema se enmarca el supuesto típico, al menos en opinión mayoritaria de la doctrina clásica, de incumplimiento eficiente. La idea no

resulta muy complicada de expresar, se parte de un caso sencillo en el que una de las partes se compromete a transferir un *commodity*⁷⁰ a favor de la otra. Empero, antes de producirse la entrega de dicho *commodity* aparece un nuevo sujeto que ofrece mejores condiciones. Si bien, para ser lo más fieles a tal construcción, habría que aceptar que la *mejor condición* aludida siempre es un precio más alto. Es debido a la aparición de este nuevo agente que el deudor no ejecuta la prestación adeudada y prefiere re-vender el *commodity* al tercero⁷¹.

En atención al ejemplo propuesto se torna claro que la teoría del *efficient breach* se erige sobre la base de dos elementos fácticos importantes y, a su vez, en una justificación de eficiencia. El primero de los elementos de hecho es que al tiempo de la decisión de incumplir, el deudor conoce la pérdida de su acreedor y también sabe que el tercero tiene una valuación superior sobre el bien. El segundo de estos elementos es que el monto del resarcimiento en base a los daños a las expectativas logra dejar *indiferente* al acreedor.

Precisamente en base a lo anterior, es sencillo para los autores de la teoría del incumplimiento eficiente concluir que el deudor retiene para sí el excedente generado por su decisión de incumplir. Sin embargo, y fuera de la irrealidad de tales asunciones, se sabe que *ceteris paribus*,

⁶⁹ EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". Op. cit. pp. 998-1016.

⁷⁰ Un *commodity* es simplemente un bien o un servicio para el que existe una demanda de mercado y cuyas características intrínsecas torna –en principio– irrelevante la persona del proveedor, en la medida que no existe grandes diferencias entre el bien provisto por uno o por otro. En tal sentido, el precio se encuentre marcadamente determinado por la aplicación inmediata de las reglas de la oferta y la demanda. En términos un tanto más jurídicos, y cercano a los sistemas del *civil law*, el término *commodity* puede ser traducido como bien (en términos amplios) fungible.

⁷¹ Tal vez uno de los ejemplos más conocidos sea el propuesto por LINZER, Peter. Op cit. pp. 114-115, en el que se propone: "la teoría de la eficiencia sugiere que el promitente que incumple incrementa el bienestar de la sociedad si su beneficio excede las pérdidas de su promisorio. Tal falta de cumplimiento, el así denominado incumplimiento eficiente, es ilustrado como sigue. Asumamos que Athos es dueño de una fábrica que trabaja con madera, la cual es capaz de ocuparse sólo un gran proyecto a la vez. Él contrata para suministrar a Porthos 100,000 sillas a un precio de \$ 10 por silla, lo cual le brindará a Athos un beneficio neto de \$ 2 por silla, o de \$ 200,000 por el contrato. Antes que ningún trabajo tenga lugar, Aramis, quien vende mesas, se acerca a Athos. Aunque existen varias fábricas de sillas en el área, sólo la fábrica de Athos es capaz de hacer mesas también. Si Athos suministra a Aramis con 50,000 mesas, éste le pagará \$ 40 por mesa. Athos puede producir las mesas a \$ 25, por lo que podría obtener un beneficio de \$ 750,000 si es que usa la fábrica para hacer las mesas de Aramis. Pero para hacer ello, debe incumplir su contrato con Porthos. Existen otras fábricas de sillas y Porthos será capaz de obtenerlas de una de ellas, por ejemplo de la fábrica de D'Artagnan. Asumamos que debido a la circunstancia descrita Porthos deberá pagar a D'Artagnan 20% más del precio que Athos le habría cobrado por sillas similares, y que Porthos soportará \$ 100,000 en costos administrativos y costos como consecuencia de los daños ocasionados a sus clientes por el retraso. Incluso con los costos aludidos, Porthos perderá sólo \$ 300,000 a causa del incumplimiento de Athos, y éste podrá reembolsarle totalmente y aún obtener un beneficio de \$ 450,000, casi el doble del beneficio de su contrato con Porthos... Como uno puede esperar, los teóricos de la eficiencia aplauden a los Athos del mundo... Aunque estas posiciones entran en conflicto con la noción de *pacta sunt servanda* y con la perspectiva moral desarrollada al respecto, estas posiciones tienen sentido. Las personas generalmente suscriben contratos comerciales y contratos de trabajo solamente por razones económicas y pueden por tanto ser totalmente compensadas con un resarcimiento por los daños causados por el incumplimiento". Sin embargo, ello también demuestra lo equivocado del análisis en el que se asume la ausencia de costos de transacción. En efecto, y en palabras de MACNEIL, Ian R. "Efficient breach of contract: Circles in the sky". En: Virginia Law Review 68. 1982. pp. 947 y siguientes. *Ibid.* pp. 951-952. "De acuerdo al ejemplo de los cuatro mosqueteros de Linzer, la oferta de Aramis para suscribir un contrato para hacer mesas crea la oportunidad para alguien de obtener al menos \$ 250,000. Bajo la regla de los daños a la expectativa esa persona es Athos. Si Athos es sujeto a una reparación por la suma de \$ 300,000 por los daños que Porthos sufre por el incumplimiento, Athos incumplirá y pagará a Porthos \$ 300,000. Bajo la regla por la que él hará mesas y no sillas, la eficiencia será alcanzada. Si no existen costos de transacción el objetivo de la eficiencia económica también es alcanzado por la regla de la ejecución forzada. Athos informará prontamente a Porthos acerca del nuevo contrato y estará de acuerdo en pagarle a Porthos una suma entre 0 y \$ 250,000 (sobre y bajo su costo de \$ 300,000) para liberarse del contrato de las sillas. En este mundo sin costos de transacción, ellos llegarán, desde luego, a un acuerdo".

la tendencia anotada parece ser consecuente con todos los postulados que se han desarrollado a lo largo de los años en la teoría económica y desde luego por el *mainstream* del análisis económico del Derecho. Empero, aquí hay un elemento de la máxima importancia y al que ya hemos puesto sobre el tapete: el bien involucrado en la transacción resulta ser un *commodity*.

En efecto, un *commodity* en términos jurídicos continentales es un bien fungible y homogéneo. Tal calificación, como es natural, tiene una serie de consecuencias de naturaleza económica que no pueden ser soslayadas. Dado que el bien no tiene un *set* de cualidades que lo torne diferenciable (sea en calidad, características o identidad del proveedor), al adquirente le es del todo indiferente quien se lo provee, entonces surge una incógnita inmediata: ¿Por qué aparece un tercero que ofrece mejores condiciones (léase precio) al promitente por el bien materia de la transacción original? Empero, para dar respuesta a tan trascendente interrogante debería absolverse las siguientes: ¿si el bien es fungible y homogéneo tal tercero podría tranquilamente acercarse a otro proveedor y obtener un precio acorde a lo que el mercado (el cual será naturalmente uno desarrollado) determina como usual? ¿Si el tercero no puede hacer ello, sea por una particular valuación subjetiva sobre las características del bien brindado por el promitente, sea por características de mercado que singularizan el bien, ello debiera significar que el bien no es un *commodity*? ¿Si el bien no es un *commodity* significa que tanto el promisorio original cuanto el tercero, si es que son agentes racionales, tienen motivos válidos para requerirlo del promitente ya que el bien no es provisto o adquirido con facilidad en el mercado? Entonces, y dada la dificultad anotada, ¿no se justificaría, en términos de Kronman la ejecución forzada de la promesa?

En tal sentido, tendríamos que dividir este paradigma, al menos en lo atinente al bien involucrado, en una ulterior clasificación:

1. Commodities

Resulta por demás sugerente constatar que este es el esquema más seguido por los propulsores del incumplimiento eficiente, aún dentro del paradigma original de la teoría, y que curiosamente es el que menos sentido económico tiene. Nuestra aseveración se funda en las siguientes razones:

- (i) Si el bien es un *commodity* el tercero que aparece como nuevo oferente no tiene el

menor incentivo económico para brindar un mejor precio por éste. Nos explicamos. Las características de un *commodity* provocan que exista un mercado con buena información, con multiplicidad de proveedores y, lo que es más importante, un precio de mercado.

En efecto, si el servicio o el bien involucrado tiene características *standard* su replicabilidad (base de fungibilidad) es alta, y con ello devendrá que resulte irrelevante la identidad del proveedor. Al ser el precio de mercado uno también *standard* no existe razón alguna que justifique la conducta del tercero de ofrecer un precio mayor. Es más en estos casos lo lógico es que el tercero se aproxime a un proveedor que no tenga vínculo que romper y con ello pagar el precio de mercado.

Las únicas razones que justificarían la conducta del tercero para ofrecer un precio superior generarían que el bien ya no pueda ser catalogado como un *commodity*. Digamos razones tecnológicas o de cualidad del bien que lo tornen fundamental para su estructura de negocio o un bien estratégico (lo cual también podría manifestarse en el caso del acreedor original sólo que por encontrarse incurso en una negociación prefirió mantener en reserva el dato en cuestión a fin de no perder poder de negociación), y también cabría mencionar supuestos en los que exista una alta valuación subjetiva debido a razones ajenas al uso del bien, tales como aspectos sentimentales, valor como colección, etc. (en cuyo caso el mercado no habría incluido tales elementos para la determinación del precio, sea porque se mantienen en reserva sea porque no existe un mercado con la suficiente profundidad o cantidad de agentes económicos).

En todos los escenarios descritos harían que el bien se torne en uno único o cuanto menos en un bien cuya dificultad de replica o de adquisición en el mercado es superior al de un *commodity* "normal", generando a su vez, en la mayoría de casos, cierto interés en la persona del proveedor. Al ser ello así, se permitiría la ejecución forzada en atención a que el bien difícilmente tiene un sustituto en el mercado o teniendo los costos asociados generan que resulte

⁷² Aquí podría discutirse si un aspecto no revelado en la negociación por una de las partes podrá ser opuesto a su contraparte al momento de la determinación del monto resarcitorio por los daños que el incumplimiento de la obligación le ha generado. La discusión se centraría en la previsibilidad de los daños. Esta materia sería materia de análisis más adelante.

preferible ordenar la ejecución forzada, todo ello siguiendo el esquema propuesto por Kronman. En virtud a lo anterior, no es que el tercero tenga una valuación superior al promisorio ni que el promitente este consciente anticipadamente de ello, pues –como se ha visto– es posible que en la negociación no se haya revelado este aspecto⁷².

- (ii) Si el bien es un *commodity* el precio que recibiría el promitente de parte del tercero sería igual al precio de mercado, y que a su vez sería igual al que habría recibido del promisorio. Al no existir diferencia entre dichos montos, el promitente no tendría ningún incentivo económico para incumplir, puesto que si lo hiciese aún tendría que responder por los daños ocasionados al promisorio debido a la decisión de incumplir.

Precisamente por esta razón el precio que pagará el tercero por el bien no puede ser superior al monto del resarcimiento que se le deberá de abonar al acreedor insatisfecho, con lo cual, salvo que el deudor sea irracional, no se producirá el incumplimiento.

- (iii) El incumplimiento en un escenario como el descrito no genera ningún tipo de eficiencia e incluso, para ser más claros, la decisión de incumplir genera ineficiencia. La ineficiencia se genera porque el promitente no incrementa su nivel de beneficio, el promisorio podría lograr estar indiferente frente al incumplimiento (ya que el precio de mercado del producto debiera permitir que acuda a un nuevo proveedor a fin de hacerse con el bien requerido para satisfacer la necesidad que lo motivó a contratar –como se ve aquí se asume que el monto del resarcimiento incluye tanto el componente del precio del bien cuanto los costos de transacción asociados a obtener el resarcimiento y para efectuar una nueva negociación contractual, estos dos últimos elementos no necesariamente han sido considerados como resarcibles por la *efficient breach theory*–) y, por último, el tercero recibe el bien que había previsto recibir al lanzar su oferta. Si bien aparentemente los tres intervinientes están igual, en verdad ello no es así. El promitente deberá responder por los daños ocasionados y debido a que

no obtiene un beneficio de la segunda operación, el resarcimiento a favor del promisorio saldrá de su patrimonio; mientras que el promisorio puede recibir el precio de mercado del bien pero por lo general el monto que se le entrega no incluirá la totalidad de costos que asumió para suscribir el contrato inicial, para conseguir la reparación de los daños producto del incumplimiento y para suscribir la nueva transacción en la que obtenga el bien que el deudor primigenio se comprometió a entregar.

Vale decir, la operación no genera mayores beneficios pero si importa que las partes asuman mayores costos, incluso tal constatación se efectúa sin entrar a analizar los costos de administración de justicia requeridos para la determinación del resarcimiento. La decisión de incumplir, por lo tanto, lo único que genera es una pérdida social neta.

2. Bienes únicos o bienes de difícil adquisición

De lo expuesto precedentemente, al parecer aquí se justificaría la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. Si, como se ha mencionado, en los bienes fungibles y/o homogéneos (o *commodities*) la teoría no tiene sentido económico, entonces debiera tenerlo para los bienes únicos o bienes en los que resulta difícil su adquisición (sea por razones de mercado o por razones subjetivas). Si usted pensó eso estimado lector, lamentamos informarle que ello no es así⁷³.

Nos explicamos. Si un bien resulta único o su adquisición es complicada, es de esperar que ello no sólo será así para una de las partes (en específico el tercero) sino que ello también alcanzará al promisorio defraudado. Si esto es cierto, como en vía de principio lo es, entonces siguiendo los postulados de Kronman se deberá permitir la ejecución forzada de la obligación insatisfecha, provocando que la decisión de incumplir se encuentre sometida, de una u otra manera, a la ratificación del acreedor. Vale decir, si el acreedor decide –como es de esperar– exigir la ejecución forzada (si no lo hiciese afrontaría luego el inconveniente de no saber si obtendrá un sustituto en el mercado o uno a un precio accesible, todo ello implicará además la asunción de una serie de costos de transacción) pues el *incumplimiento “eficiente”* se ve frustrado. Se coloca entre comillas la calificación de eficiente en la medida que no se sabe, al momento en que el deudor decide que incumplirá, si tal incumplimiento es eficiente.

⁷³ EISENBERG, Melvin A. “Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law”. Op. cit. p. 999.

La determinación de si el incumplimiento es eficiente se encuentra sometida a la siguiente constatación: si es que promisorio y promitente negocian el derecho del segundo a liberarse del contrato⁷⁴. Sólo si el promitente es capaz de *comprar* su liberación se sabrá que el tercero valuaba en mayor medida el bien, en atención a que el promitente podrá comprar su liberación con una fracción del beneficio que le significará tomar la decisión de incumplir y recibir el precio ofrecido por el tercero. Si el promitente no es capaz de *comprar* su liberación ello significará que la segunda operación no iba a tener un beneficio social real, sino únicamente un beneficio nominal basado en el precio del bien indicado en el contrato⁷⁵ original.

Un lector acucioso podría incluso achacarnos que el análisis, aún planteado en los presentes términos, resulta parcial en los términos del civil law, pues queda pendiente un aspecto de gran relevancia: *saber si existió entrega del bien (o, si se quiere, del bien materia de la obligación de dar) a favor del tercero*. En efecto, la razón de ello es que todo lo antes expresado abarca los supuestos en los que, por un lado, en la obligación de dar no se ha producido la entrega y, por otro lado, en las obligaciones de hacer y *no-hacer* (cuanto menos en su vertiente de inejecución parcial o temporal, pero no en la hipótesis de incumplimiento total o permanente)⁷⁶, toda vez que en todos estos escenarios la ejecución forzada aún resulta –en principio– posible.

Ahora bien, como es conocido, para el caso de las obligaciones de dar en las que ya ha existido entrega hay que prestar atención a aquellas normas sobre la concurrencia de acreedores. Empero, nuestra respuesta requiere diferenciar dos hipótesis:

- (i) Cuando el tercero conoce de la existencia del vínculo contractual vigente entre el promisorio y el promitente

En este escenario la respuesta es relativamente sencilla en aplicación de las normas sobre concurrencia de acreedores, el tercero no podrá

retener para sí el bien entregado y será preferido el promisorio defraudado, puesto que su conducta es de mala fe.

Empero, a pesar de lo que muchas veces se enseña en el curso de reales, el asunto no queda allí pues el promisorio se encuentra habilitado a solicitar del tercero una reparación por aquellos daños que potencialmente se le han ocasionado por su intervención de mala fe sobre su vínculo contractual. Nos referimos, como es evidente, a las doctrinas de la lesión del crédito por parte de tercero (tutela aquiliana del contrato) o, en su vertiente del *common law*, *interference with contractual relations*. Los casos que serán subsumidos en la intersección de ambas teorías (*intentional interference with contract*⁷⁷ y *efficient breach theory*) serán aquellos en los que la participación del tercero para la obtención del bien violente la buena fe en la concurrencia al mercado (normas para reprimir la competencia desleal), en el caso de competidores, o por las normas de la responsabilidad extracontractual⁷⁸.

- (ii) Cuando el tercero no conoce de la existencia de tal vínculo

Aquí se suscita el conflicto entre ejecución forzada y tercero de buena fe. Al ser ello así, y por las normas que rigen la concurrencia de acreedores (las cuales en este punto son especiales), deberá preferirse al tercero de buena fe.

En tal sentido, la ejecución forzada no podrá ser llevada a cabo, pues si se hiciese se afectaría los derechos de un tercero de buena fe, por lo que dicho remedio se verá transformado en una obligación de resarcir aquellos daños irrogados al promisorio. Ante esta afirmación los lectores podrían concluir, si aún tienen fe en la teoría del incumplimiento eficiente, que este es el campo en que el paradigma clásico aún puede ser llevado a la praxis. Nuevamente tenemos que negar tal percepción, al menos en lo que a un análisis costo-beneficio se refiere.

La razón es muy sencilla, la tutela que se ofrece al tercero para retener la prestación, así como la determinación de que el promitente sólo pagará

⁷⁴ SCALISE, Ronald J. Jr. Op. cit. pp. 733-734, en la medida que el otorgamiento del derecho de solicitar la ejecución forzada le da ventaja en la (re)negociación contractual.

⁷⁵ Como es por demás conocido las nociones de valor y de precio no resultan sinónimas desde el punto de vista de la economía.

⁷⁶ De lo expresado en este punto se evidencia la necesidad de un análisis caso por caso para cada uno de los tipos de obligación reconocido en nuestro Código Civil, así como también para diversos tipos de incumplimiento. Empero, por razones de espacio así como del objetivo general del presente artículo nos limitaremos a brindar un análisis un tanto menos sobre tan relevante materia, si bien esperamos en algún momento posterior efectuar dicho análisis.

⁷⁷ REMINGTON, Clark A. "Intentional interference with contract and the doctrine of efficient breach: Fine tuning the notion of the contract breacher as wrongdoer". En: Buffalo Law Review 47. 1999. pp. 645 y siguientes.

⁷⁸ SCALISE, Ronald J. Jr. Op. cit. pp. 748-752.

un resarcimiento, no se encuentra basada en la eficiencia del incumplimiento sino en la protección de un estado volitivo (la buena fe) que redundando en la protección del tráfico jurídico-económico y no en un juicio favorable sobre la conveniencia (o, si se quiere, eficiencia) de la operación específica entre el promitente y el tercero. No negamos que es posible que al aplicar la solución antes mencionada se lleguen a tutelar ciertos incumplimientos que podrían ser calificados de eficientes, lo que decimos es que dicha tutela no guarda relación alguna con tal criterio (pues incluso se podrían tutelar operaciones ineficientes, como aquellas que involucran *commodities*) ni que puede ser evaluada anticipadamente por las partes intervinientes en la operación.

A pesar de todas las críticas de las que puede ser objeto la *efficient breach theory* bajo el paradigma del nuevo adquirente. Debemos subrayar aún algunas más pues el deudor –al momento de decidir si incumple su obligación– siempre tendrá una parcela de la información relevante. Es por esta razón que difícilmente efectuará una decisión que maximice el bienestar social y si lo hace será más producto del azar que de una decisión racional.

Estamos conscientes que nuestro análisis si bien podría no haber convencido a los promotores de la teoría del incumplimiento eficiente, al menos creemos que sí debe de demostrar que ella pasa por alto una serie de cuestiones relevantes que, en no pocas oportunidades, justificarían que la mejor decisión sea la de intentar renegociar los términos contractuales, dándole el derecho al promisorio de pujar por el bien o que el promitente *compre* su derecho de liberación al compartir parte del beneficio que obtendría con la nueva transacción. En tanto que la decisión de incumplir y luego ver si la cuantía de los daños es lo suficientemente bajo como para poder considerar que el incumplimiento fue eficiente, no es más que un albur inaceptable cuyo costo por lo general será asumido por la sociedad).

En fin, y antes de pasar al análisis del siguiente paradigma, daremos algunas ideas sobre la eficiencia de la decisión de incumplir, olvidándonos por un momento de las objeciones de las que ha sido objeto. Tal análisis permite concluir que la teoría del incumplimiento eficiente genera tres tipos de costos⁷⁹:

- (i) El costo de una ineficiente redacción de contratos

Una de las lecciones más interesantes del análisis económico del derecho contractual es la importancia de las reglas supletorias. En efecto, ellas no sólo permiten el ahorro de costos de transacción en la negociación, sino que también nos permiten identificar lo que las partes de ordinario desean conseguir en un vínculo contractual, redundando en el ofrecimiento de una tutela jurídica acorde a tal interés. De acuerdo a la propuesta de Ayres, la mejor manera que se tiene para comprobar si una regla resulta eficiente se centra en preguntarnos ¿qué habrían pactado las partes en un escenario en el que no existen costos de transacción o los mismos tienden a cero?⁸⁰

Teniendo en consideración ello, la pregunta que cae por su propio peso es la siguiente: ¿es verosímil pensar que las partes durante la negociación de un contrato admitan recíprocamente que si bien por el momento tienen la intención de cumplir con sus obligaciones ello se encontrará sometido a la condición de que no aparezca un nuevo sujeto que les ofrezca mejores términos contractuales, y que ello sea aceptado por ambas para brindarse recíprocamente el derecho de apartarse del contrato? Consideramos, salvo mejor opinión, que ello no es lo que las partes quieren por lo general. Las razones que justifican ello son de variada naturaleza, desde comerciales (cada empresa hace una proyección de sus futuros negocios en atención a que confía que los contratos suscritos en su oportunidad se ejecutarán en la realidad), jurídicos (las empresas no quieren tener la contingencia del pago de resarcimientos, de si requieren suscribir nuevos contratos, etc.), económicos (pues se asumen costos por cada una de las operaciones de cierre ocasionadas por el incumplimiento de un contrato, y sucede lo propio con los costos de suscribir nuevos, todo ello en condiciones desconocidas en un futuro incierto y con la urgencia de obtener un proveedor de un bien o un servicio), de reputación⁸¹ (ninguna empresa quiere ser conocida como incumplidora pues a la larga importará que sus bienes sean castigados con un precio más bajo o bien se pedirá condiciones contractuales más rígidas a fin de asegurar que dicha parte no se aparte del contrato), etc.

⁷⁹ EISENBERG, Melvin A. "The theory of efficient breach and the theory of efficient termination" Op. cit. p. 38.

⁸⁰ AYRES, Ian y Gregory KLASS. "Promissory fraud without breach". En: *Wisconsin Law Review*. 2004. pp. 507 y siguientes; *Ibid.* 513-514.; y, AYRES, Ian, y Robert GERTNER. "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economics Theory of Default Rules". En: *Yale Law Journal* 99. 1989. pp. 87 y siguientes; *Ibid.* pp. 119 y siguientes.

⁸¹ Como es correctamente señalado por ULEN, Thomas S. Op. cit. p. 347. «[l]a fuerza de mercado de carácter no jurídica más importante es probablemente la reputación», su importancia surge «de dos fuentes: la posibilidad de repetir la compra y el intercambio de información entre consumidores».

Entonces la regla eficiente será aquella que las partes elegirían para tutelar sus intereses individuales involucrados en el contrato si es que los costos de transacción fuesen lo suficientemente bajos, todo lo cual ha de generar una adecuación del precio del contrato⁸². En este caso sería aquella regla que signifique que el vínculo contractual no podrá ser disuelto por una de las partes sin participación de la otra, pues la regla es consistente con el interés de las partes y les permitirá abordar otros aspectos relevantes que son verdaderamente discutibles.

(ii) El costo que genera la pérdida del planeamiento contractual

Como se ha visto el tercero no puede pagar un precio superior al mercado en el caso de los *commodities* puesto que de hacerlo estaría perdiendo el dinero que por encima de tal precio estaría desembolsando. Sin embargo, hemos visto que es posible que el bien tenga un particular valor estratégico para el tercero que explique por qué éste le otorga un valor superior al que el mercado ha determinado y que justifica por qué el precio de mercado no ha incorporado esta variable. En este escenario se podría concluir que hay justificación no sólo para el desembolso superior sino también que debido a tal valor se debiera proteger la nueva transacción entre el promitente y el tercero pues así nos aseguraríamos que el bien sea asignado a su uso alternativo más eficiente.

Tal percepción si bien aparece como sugerente creemos que sometida a un análisis más detallado genera las siguientes interrogantes, por un lado, si el bien en cuestión tiene ese específico valor estratégico: ¿por qué el tercero no suscribió oportunamente un contrato para su provisión y así evitar sufrir un desabastecimiento de un activo importante para él?; y, por otro lado, si permitimos que el deudor pueda incumplir frente al acreedor inicial: ¿no estamos generando que éste pierda todos los desembolsos por concepto de inversión que asumió en atención a su provisión? Todo ello, nos parece, no debe ser admitido por el derecho⁸³.

En efecto, si el bien tiene un valor estratégico el tercero debió prever con la anticipación correspondiente su provisión, lo cual, por contrapartida, es lo que hizo el promisorio. Entonces, si es que se ofreciese tutela, a través del incumplimiento eficiente, al tercero estaríamos dando un pésimo mensaje al mercado: *si lo agentes*

son precavidos en su planeamiento contractual, ello no resulta relevante, si un tercero es capaz de pagar un precio superior (sin necesariamente haber probado que su valuación subjetiva es superior) el Derecho tutelar al tercero. Con un mensaje de este tipo no se dará un incentivo adecuado para el planeamiento contractual o el mismo se dará en un nivel inferior a lo que socialmente sería óptimo desde el punto de vista de la eficiencia.

(iii) El costo del debilitamiento del sistema contractual

Un tema que nos llama poderosamente la atención es la tendencia de los propulsores de esta teoría a pensar de que la contratación moderna puede ser circunscrita a un juego que se ejecuta una única vez y, lo que es peor, que las decisiones tomadas por uno de los jugadores no repercutirá en las decisiones de los otros jugadores en el futuro. Nos explicamos. Es obvio, siguiendo la teoría de juegos, que si un jugador decide apartarse de una de sus decisiones precedentes (en este caso, la de vincularse a través de un contrato) a fin de obtener ventajas individuales y no para el otro jugador, el resto de jugadores con los que posteriormente se vincule (o con el mismo jugador si es que se trata de un juego de repeticiones múltiples) le impondrán reglas más estrictas y/o de manera más sencilla no suscribirán más contratos con él.

Vale decir, la teoría del incumplimiento eficiente no toma en cuenta el costo que significa para la reputación de un agente económico el apartarse de un contrato motivado por un beneficio personal y sin que le interesen todas las consecuencias que puedan generarse en su contraparte. Cabe mencionar que el acacimiento de fenómenos de incumplimiento como los descritos generarán un progresivo debilitamiento del sistema contractual, lo cual a la larga devendrá en una negociación cada vez más dura a fin de regular la mayor cantidad de supuestos y así evitar comportamientos estratégicos indeseados. Evidentemente el impacto directo e innegable se percibirá en el promitente que incumple el contrato, la información sobre sus conductas se transmitirá eventualmente al mercado y su reputación se verá, en mayor o menor medida, afectada.

B. El paradigma de la pérdida identificada

Este esquema si bien es bastante conocido a nivel

⁸² CRASWELL, Richard. "Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach". Op cit. p. 632; y, ULEN, Thomas S. Op. cit. p. 375.

⁸³ EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". Op. cit. p. 1011.

doctrinal, incluso en el *civil law*, no necesariamente es vinculado a la teoría del incumplimiento eficiente. Empero, se debe admitir que tanto este paradigma, cuanto el paradigma de mitigación, ingresan bajo esta teoría en términos distintos y no en atención a la noción tradicional que por lo general se maneja. Bajo este esquema el vendedor que se comprometió a transferir un *commodity* incumple debido a que determina, en el período que media entre la fecha de celebración del contrato y la fecha de entrega, que el costo que asume es superior al valor que el comprador otorga al bien⁸⁴.

Las diferencias con el esquema anterior se centran en que aquí el promitente no pretende obtener un beneficio sino evitar una pérdida, la ausencia de un tercero que actúa sobre el vínculo para afectarlo, y la potencialidad de incluir a un evento (externo o interno) no previsto por las partes que afecte los costos de la operación. Asimismo, en este caso si hay una aparente percepción de la eficiencia de la decisión del deudor puesto que parecería que hay un ahorro de costos para la sociedad. En síntesis, aquí parecen existir razones más sólidas para justificar el incumplimiento desde una óptica basada en la eficiencia.

Antes de confirmar tal apreciación debemos diferencias dos hipótesis:

1. La razón que genera la decisión de incumplir se debe a un evento interno

En términos estrictos este es el caso en el que se sustenta este paradigma, la razón de ello es más que sencilla, si se tratase de un evento externo y no previsto⁸⁵ por las partes estaríamos frente a un caso de causa no imputable o uno en el que se ha de aplicar la excesiva onerosidad de la prestación (o su par del *common law*, la doctrina de la *commercial impracticability*)⁸⁶. Vale decir, este paradigma tiene como punto de partida usual que la discordancia detectada por el deudor luego de la suscripción del contrato se debe a hechos

imputables a sí mismo, sea en la medida que no calculó adecuadamente los costos asociados a la producción del bien o a la prestación del servicio. La pregunta entonces sería: ¿si la discordancia se debe al deudor, por qué el acreedor debe soportar que no se ejecute el servicio o no se le entregue el bien?

La pregunta pese a su simplicidad no es tan fácil de absolver pues aceptamos, en vía de principio, que ambas partes tienen algunos argumentos de defensa de mediana solidez teórico-prácticas. Por un lado, si se obliga al deudor a cumplir con su obligación tendría que asumir una pérdida, mientras que correlativamente el acreedor no tiene culpa alguna en que el deudor haya calculado erróneamente los costos de su prestación, sobre todo en atención a que éste es el único en capacidad de calcular su propia valuación subjetiva sobre el bien y/o los costos que le significan hacer el bien o el prestar el servicio. Evidentemente no estamos comentando un supuesto de error que motive la anulación del contrato, porque si así fuese no se hablaría de un supuesto de incumplimiento eficiente, el cual presume tanto la existencia como vigencia del contrato y la de sus obligaciones, sino sencillamente de una invalidez, cuya declaratoria no puede ser calificada en sí misma de eficiente aunque sí tutela algunos elementos medulares de la teoría microeconómica aplicada a la toma de decisiones⁸⁷.

Por razones de espacio, cuanto de oportunidad, diremos que nos parece que la opción adecuada es la tutela del acreedor. En la medida que el defecto no es lo suficientemente trascendente como para justificar el decaimiento del contrato, lo cual es un índice de que la pérdida asumida no es tal como para alterar el deseo de encontrarse vinculado contractualmente, por lo que el deudor tendrá que asumir los costos de su actuar negligente, toda vez que el acreedor no tiene mecanismo alguno para percatarse de él y es por el ello que de buena fe confía en que su deudor cumplirá su palabra. Cuando decimos que el

⁸⁴ EISENBERG, Melvin A. "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law". Op. cit. pp. 1014-1015.

⁸⁵ Para una cabal comprensión de la teoría de la imprevisión en sus diversas manifestaciones (sea como causa no imputable o como excesiva onerosidad de la prestación) nos permitimos sugerir la consulta, desde una óptica del *civil law*, del trabajo conjunto de FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser L. LEÓN. "Comentario sub artículo 1315". En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, tomo IV: Derecho de Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. pp. 875 y siguientes; para una visión del *common law* y en particular desde su óptica económica ver: POSNER, Richard A. y Andrew M. ROSENFELD. "Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis". En: Journal of Legal Studies 6. 1977. pp. 83 y siguientes; y, desde la comparación jurídica, GORDLEY, James. "Impossibility and changed and unforeseen circumstances". En: American Journal of Comparative Law 52. 2004. pp. 513 y siguientes.

⁸⁶ SYKES, Alan O. "The doctrine of commercial impracticability in a second best world". En: Journal of Legal Studies 19. 1990. pp. 43 y siguientes.

⁸⁷ En dicha materia nos remitimos a los interesantes comentarios de ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)". En: Ius et Veritas 35. 2007. pp. 28 y siguientes, que en cuanto a las conclusiones se asemeja a la doctrina de la autorresponsabilidad.

acreedor será protegido sólo significa que puede solicitar la ejecución forzada, lo cual sucederá en caso su propia valuación sobre el bien o servicio sea superior al costo de su producción o a los que asume su deudor. La razón de ello es muy sencilla, si el acreedor valúa el bien o el servicio por encima de dichos límites, significa que el deudor no podrá *comprar* su derecho de liberación, a través de la negociación directa con su contraparte una vez que este último detecte la discrepancia que lo motiva a decidir incumplir.

Sin embargo, si se considerase que la persona a quien habría que tutelar fuese el deudor, aún hay que abordar un tema adicional, ¿cuál es el valor que el acreedor le asigna al bien o al servicio? Toda vez que hay que reparar los daños que el incumplimiento de su deudor le genera, sin mencionar que el motivo que es esgrimido para justificar el incumplimiento es que el acreedor valúa el bien por debajo de su valor de producción, con lo cual resulta fundamental el conocer el valor asignado a tal bien o servicio (pues en base al *principio de indiferencia* este es el monto mínimo que debiera entregársele al acreedor como resarcimiento). A tal efecto, podemos decir que hay tres probables momentos para determinar el valor que le asigna el acreedor a la prestación a cargo de su deudor (y que a la larga es necesario conocer para saber si es que éste ha incumplido correcta o eficientemente):

- (i) Si se toma en cuenta el momento en que se debe de ejecutar la prestación

Bajo ese escenario se tendría que aceptar que el deudor asumió todos los costos dirigidos a la producción del bien o para la prestación del servicio, ya que de lo contrario no habría manera real en que se conozca el valor de la prestación para el acreedor y sería sólo una proyección. En ese sentido, y como es lógico esperar, el deudor buscará el reembolso de tales costos, por lo que no se generará el ahorro aludido ni mucho menos un incumplimiento de carácter eficiente.

En este orden de ideas, incluso debiera prestarse sea el servicio, sea la entrega del bien. La razón de ello es sencilla, si el costo para la producción del bien o para la prestación del servicio se ha verificado y este tendría que ser reembolsado, entonces el acreedor tiene derecho a que la prestación se ejecute ya que la base para eximir de

cumplimiento al deudor no exista más.

En conclusión, tomando en cuenta ese momento para el cálculo del valor del bien para el acreedor se replicaría los efectos de un re-equilibrio entre las prestaciones.

- (ii) Si se toma en cuenta el momento en que se suscribió el contrato

Habría que admitir que ambas partes sabían desde un inicio que existía una diferencia entre el costo de producción y el valor que el acreedor asigna a la prestación. Como es natural admitir ello sería un contrasentido, puesto que en puridad el contrato nunca debió haber sido suscrito.

- (iii) Si se toma en cuenta el momento en que el deudor decide incumplir

Tampoco resulta aceptable admitir este momento para determinar el valor que el comprador asigna al bien o al servicio, puesto que resulta imposible, al igual de lo que sucedía en el anterior paradigma, que el vendedor sepa el valor que le asigna su acreedor a la prestación a su cargo.

- 2. La razón que genera la decisión de incumplir se debe a un evento externo

Como hemos adelantado, los supuestos que se subsumen bajo esta razón no ingresan dentro de la teoría del incumplimiento eficiente, sino más bien dentro de los supuestos de causa no-imputable o de excesiva onerosidad de la prestación. Alguna persona tal vez desee plantear similitudes entre ambas, como el justificar el incumplimiento contractual, pero no estaríamos de acuerdo en ello no sólo en atención a que serían estas instituciones las que justificarían el incumplimiento y no la teoría del incumplimiento eficiente; sino porque en estos casos existe o bien una imposibilidad, parcial o total, de ejecutar la prestación por un plazo (lo cual importa que luego deberá ser ejecutada superada la causa no imputable, salvo que esta se vuelva permanente o en otro escenario frustrate el interés del acreedor a recibir la prestación); o bien justifica, siempre que ello sea posible, el re-equilibrio entre ambas prestaciones (salvo que el acreedor sea el que no desee más la prestación)⁸⁸.

Nuevamente la teoría del incumplimiento

⁸⁸ Artículo 1440 del Código Civil peruano de 1984.

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Como se observa, una vez más la elección se la dejan al acreedor (segundo párrafo del artículo citado) para que, en función a si su interés creditorio se ve afectado, decida si mantiene vigente el vínculo contractual, vale decir, las elecciones de esta trascendencia no son dejadas al arbitrio del deudor (que es una de los temas en los que se basa el incumplimiento eficiente).

eficiente no logra ejercerse tal cual es pregonada en los textos de sus principales propulsores.

C. El paradigma de la reducción del desembolso

El último esquema a tratar grafica los casos en los que se suscribe un contrato para la provisión de *commodity* y en la que existe una diferencia entre el momento de su suscripción y el de su entrega. En el período que media entre ambos momentos, lo que sucede es lo contrario al esquema anterior en el que el deudor se percataba de la pérdida que le significaría ejecutar el servicio o entregar el bien, aquí quien se percató de la diferencia entre el precio y su valuación subjetiva es el acreedor. Vale decir, el acreedor o promisorio se percató que el valor del *commodity* resulta inferior al precio de la operación.

Este esquema difiere del paradigma del nuevo oferente en tres extremos: (i) la decisión la toma el acreedor y no el deudor; (ii) importa evitar una pérdida y no la obtención de un beneficio; y, (iii) el cumplimiento importaría un costo social más que evidente puesto que la decisión de incumplir nos informa que el acreedor valúa el bien por debajo de su costo de producción. En cambio, las diferencias con el paradigma de la pérdida identificada se centran: (i) la decisión la toma el acreedor y no el deudor; (ii) si bien importa evitar una pérdida o mitigarla, lo cual las asemeja, aquí la información de la valuación subjetiva relevante la tiene quien va a decidir sobre el incumplimiento, por lo que la posibilidad de tomar una decisión eficiente se torna evidente; y, (iii) el costo social del incumplimiento es relativamente bajo, pues el trámite demandado es mucho más sencillo que el cálculo de los daños bajo los anteriores paradigmas.

Dos temas adicionales merecen ser resaltados: por un lado, el acreedor tiene información relevante de la que carecía el deudor en los anteriores paradigmas, sabe no sólo el precio de la operación sino que sabe que ese precio es superior a su propia valuación subjetiva sobre el *commodity* materia del contrato; por otro lado, dado que lo que no se ejecuta es el pago del precio es mucho más sencillo determinar el monto exacto de los daños que sufre el deudor al no recibir la ejecución de la prestación a cargo de su acreedor.

Finalmente, aquí si se podría considerar la validez de la teoría del *efficient breach* puesto que el deudor si puede ser colocado en una posición casi

semejante (e indiferente) a la que se encontraría al existir cumplimiento del contrato. Si bien aún existirían ciertos costos que no serían trasladados a la parte que incumple el contrato.

V. ¿EXISTE JURISPRUDENCIA EN EE.UU. A FAVOR DE LA EFFICIENT BREACH THEORY?⁸⁹

Esta es una de las preguntas más importantes que debiesen hacerse aquellos operadores jurídicos de los países del *civil law* que pretenden trasplantar la teoría del incumplimiento eficiente. Como es conocido, uno de los principales propulsores de la teoría en el sistema estadounidense es el juez Posner, por lo que se podría creer que existe reconocimiento judicial de la teoría de marras. Sin embargo, y por sorprendente que resulte, hasta donde se ha podido investigar en el sistema judicial norteamericano aún no existe ninguna sentencia que avale *expresamente* a la *efficient breach theory*.

Este aspecto, creemos, es particularmente relevante toda vez que en el sistema estadounidense la fuente jurídica preponderante es la jurisprudencia. En efecto, en los sistemas del *common law* cualquier teoría que pretenda tener legitimidad debe poder fundar sus bases en un precedente jurisprudencial que la reconozca. Por su parte, y para que se comprenda la trascendencia de nuestra afirmación, la mayoría de las leyes (al menos las de carácter civil) estadounidenses son, en términos sencillos, la materialización de aquellas reglas que la jurisprudencia ha desarrollado (lo que sucede en los *Restatements*).

Sin perjuicio de esta circunstancia surge una nueva interrogante, si no existe un reconocimiento judicial de esta teoría, ¿cómo es posible que en algunos de los más importantes *casebooks* estadounidenses se cite profusamente una serie de sentencias como sustento de la *efficient breach theory*? La posible interpretación de ello es doble: o bien nos hemos equivocado en nuestra investigación sobre los pronunciamientos judiciales, o bien las referencias que se efectúan en esos textos merecen un ulterior análisis. Como es de esperar, este es precisamente el propósito del presente acápite. Para eso se efectuarán las referencias a los *casebooks* en cuestión y a las sentencias que hipotéticamente son el soporte judicial de tan fervientemente defendida teoría.

En el *casebook*⁹⁰ de Farnsworth y Young se cita dos casos: *Groves v. John Wunde Co.*⁹¹ y *Peevyhouse*

⁸⁹ WARKOL, Craig. "Resolving the paradox between legal theory and legal fact: The judicial rejection of the theory of efficient breach". En: *Cardozo Law Review* 20. 1998. pp. 321 y siguientes.

⁹⁰ FARNSWORTH, E. Allan, y William F. YOUNG. "Cases and materials on contracts". Cuarta Edición. Nueva York: Foundation Press Westbury. 1988.

⁹¹ 286 N.W. 235 (Minn. 1939).

v. *Garland Coal & Mining Co.*⁹², fuera del hecho evidente de que estas sentencias son previas a la formulación de la teoría del incumplimiento eficiente, por lo que mal podrían acogerla⁹³, los aspectos centrales de ellas son el tipo de calculo sobre el cual se efectuará la determinación del resarcimiento (en el primero se aplicó el *cost of completion* mientras que en el segundo fue el *diminution in market value*). En el caso, *Groves*, propietario de un terrero, suscribió un contrato de alquiler con *Wunde Co.* por el cual éste se comprometía a devolverlo nivelado. El demandado cumplió con ello, y se determinó que de efectuarse el trabajo el incremento del valor del terreno habría sido marginal (el bien alcanzaría un valor de US\$ 12,000), mientras que el costo de los trabajos habría sido de US\$ 60,000. En el caso se consideró que debió haberse efectuado los trabajos y la responsabilidad frente al incumplimiento fue sobre el todo (*cost of completion*), vale decir, por los US\$ 60,000. Por su parte, en el caso *Peevyhouse*, el cual es semejante al anterior, el tribunal decidió imponer responsabilidad sólo por el *diminution in market*, vale decir, la diferencia entre el valor del terreno nivelado y el valor del terreno no-nivelado.

Por su parte Dawson⁹⁴ cita el caso *Groves v. John Wunde Co.* y *Acme Mills & Elevator Co. v. Johnson*. Sobre el primero nos remitimos a lo indicado en el párrafo precedente, mientras que el segundo es susceptible de la misma crítica temporal que se ha hecho a los anteriores casos. En *Acme Mills* las partes suscribieron un contrato para la provisión de trigo a un precio específico, como es de esperar en un momento posterior a la suscripción el precio del trigo se incrementó, el demandado vendió otra vez el trigo a un tercero (vale decir, el paradigma del nuevo oferente). Curiosamente, en el caso se produjo una reducción del valor del trigo por lo que el demandante se vio beneficiado, pues llegó a un precio inferior al del contrato, y por ello no se sancionó al deudor.

En principio podría llamar la atención la manera de proceder de los académicos estadounidenses, sien embargo, podemos admitir sin reparos que los autores citados emplean esas sentencias para dotar a los alumnos de ciertas nociones económicas. Si bien nuevamente reiteramos que en ninguna de tales sentencias se haga algún tipo de alusión (sencillamente porque ello no es

posible) a la *efficient breach theory*, este aspecto es superado por los autores en cuestión con citas a textos doctrinales en los que sí se toca el tema de marras.

Antes de proseguir queremos llamar la atención sobre dos sentencias que tienen un mérito particular, la primera es el conocido caso *Handicapped Children's Education Board v. Lukaszewski*⁹⁵, y la segunda es *White v. Benkowski*⁹⁶. La señora Lukaszewski era una profesora de niños discapacitados, quien tenía que efectuar un viaje diario de 45 minutos para llegar a su trabajo y que además se llevaba mal con sus compañeros de trabajo, que recibió una nueva oferta de trabajo por lo que renunció al anterior. Su empleador no aceptó la renuncia pero correlativamente (y de un modo contradictorio) contrato un reemplazo. Durante el trámite del proceso judicial se consideró que hubo daños contra la señora Lukaszewski y se impuso un resarcimiento en función a su salario. Empero, si bien el incumplimiento sería "eficiente", la razón del resarcimiento es por los daños que ella sufrió y no por un tema de eficiencia. Por su parte el caso *White* es curioso porque se cita a la *efficient breach theory* para negar la imposición de *punitive damages*.

Empero, tal vez los casos más interesantes, desde nuestro punto de vista, sean los que fueron resueltos por Richard Posner. Nos referimos, en primer lugar, a *Patton v. Mid-Continent Systems, Inc.* donde un franquiciante solicitó judicialmente que se ordene al franquiciado el pago de un resarcimiento compensatorio y un monto a título de sanción [*punitive damages*] por el incumplimiento del contrato de franquicia. En la sentencia en cuestión, el ilustre autor se limita a mencionar que:

*"Incluso si el incumplimiento es deliberado, no es necesariamente culpable. El promitente puede simplemente descubrir que su ejecución es más valiosa para otra persona. Si es así, la eficiencia es promovida al permitirle incumplir su promesa, compensando a su promisorio por las pérdidas sufridas. Si es forzado a pagar [un monto a título de sanción], el eficiente incumplimiento puede ser prevenido y el derecho no quiere llegar a tal resultado"*⁹⁷.

En la cita en cuestión lo que hace Posner es negar

⁹² 382 P.2d 109 (Okla. 1962).

⁹³ En sentido semejante habría que rechazar *Acme Mills & Elevator Co. v. Johnson* (del año 1911); y, *White v. Benkowski* (del año 1967).

⁹⁴ DAWSON, John P. y otros. "Cases and Comment on Contracts". Sexta edición. Nueva York: Foundation Press Westbury. 1993.

⁹⁵ 332 N. W.2d 774 (Wis. 1983).

⁹⁶ 155. N. W.2d 74 (Wis. 1967).

⁹⁷ 841 F.2d 750.

la imposición de *punitives damages* en sede contractual y pese a que enuncia varios extremos de la *efficient breach theory* no la emplea a fin de culminar con su exposición, vale decir, se queda como un mero *obiter dicta* y no es elevado a *ratio decidendi*.

En segundo lugar, en *Walgreen Co. v. Sara Creek Property Co.* también se menciona a la teoría del incumplimiento eficiente. El caso es sencillo, *Walgreen Co.*, que es una famosa cadena de farmacias estadounidense, demanda al propietario de un centro comercial por incumplir con la cláusula de exclusividad de su contrato de arrendamiento. La farmacia solicitaba una *injunction* a fin de impedir el ingreso de un competidor al mencionado centro comercial, mientras que el propietario sostuvo que el incumplimiento contractual resultaba eficiente y, por ende, sólo se le debía imponer el pago de un resarcimiento. El caso, como se observa, era uno que permitiría el claro ingreso de la teoría y su reconocimiento judicial. Sin embargo, Posner a pesar de que vuelve a manifestar que los incumplimientos eficientes son beneficiosos para la sociedad y por ende evitan la aplicación de la ejecución forzada, llega a concluir que el argumento del incumplimiento eficiente no es suficiente e incluso otorga a favor de *Walgreen* la *injunction* solicitada.

Como es fácil concluir de lo antes expuesto, un apasionado defensor de la teoría del incumplimiento eficiente en sede académica ha tenido más de una oportunidad de aplicarla en sede judicial pero hasta el momento las ha dejado pasar.

VI. UNA ALTERNATIVA AL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE: LA TEORÍA DE LA CONCLUSIÓN CONTRACTUAL EFICIENTE

De lo expuesto a lo largo del trabajo queda claro que el incumplimiento eficiente tiene un campo de aplicación más bien restringido y que incluso dicho campo no es el que pregonan sus propulsores sino uno muy distinto. El análisis efectuado sobre todo en el cuarto acápite y el estudio de los diversos paradigmas nos llevan a concluir lo siguiente: *lo*

*que se debe proponer no es el empleo de la teoría del incumplimiento eficiente sino más bien la teoría de la conclusión contractual eficiente*⁹⁸.

Esta teoría se puede percibir en más de uno de los pasajes de un ilustre autor⁹⁹ y a ella se ha aludido implícitamente en nuestras críticas a la teoría del incumplimiento eficiente. En efecto, cada vez que anotamos que es posible la renegociación antes del incumplimiento o bien que el deudor *compre* su liberación, se sientan las bases de la teoría en cuestión. Ella parte de una premisa sencilla, los costos de transacción en el incumplimiento eficiente son más elevados de lo que por lo general se piensa (dicha impresión es generada sobre todo por el esquema *simple* en el que se mueve Posner, le decimos *simple* porque trabaja en un mundo sin costos de transacción) y de modo correlativo, los costos de renegociación son más bajos de lo que se piensa.

Un aspecto interesante de esta teoría es que reconoce un aspecto que ronda los debates sobre el incumplimiento eficiente, el pago de resarcimientos o la imposición de la ejecución forzada; y que por lo general no se llega a afirmar con claridad. Bajo un esquema como el propuesto se reconoce que el acreedor tiene una titularidad que es tutelada no por una regla de responsabilidad (tal como se asume en el incumplimiento eficiente) sino por una auténtica regla de propiedad (si el acreedor tiene el poder de evitar la transferencia involuntaria de su titularidad, a través de un remedio como lo es la ejecución forzada, entonces la regla aplicable es una *property rule*)¹⁰⁰, por lo que se *fuereza* la negociación¹⁰¹. Este extremo de tal debate es incluso más claro en el caso del *civil law*, donde la elección del remedio a aplicar se encuentra en cabeza del acreedor.

A ello cabría agregar un tema por demás relevante que no ha sido abordado en las páginas precedentes, el alcance del resarcimiento en nuestros sistemas bajo las más recientes tendencias interpretativas. Nos explicamos. Hasta no hace mucho en el *common law*, y en particular en el sistema estadounidense, habían dos dogmas de fe en cuanto a la inaplicación de dos remedios en sede contractual, a saber:

⁹⁸ MACNEIL, Ian R. Op. cit. p. 957.

⁹⁹ Nos referimos por supuesto a EISENBERG, Melvin A. "The theory of efficient breach and the theory of efficient termination". Op. cit.

¹⁰⁰ CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. "Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral". En: Harvard Law Review 85. 1972. pp. 1089 y siguientes.

¹⁰¹ REMINGTON, Clark A. Op. cit. p. 683.

Sin embargo la discusión sobre cualquier regla, si la de propiedad o responsabilidad, incentiva más y de mejor manera los intercambios aún queda instalada, tal y como se evidencia de la consulta de los trabajos de AYRES, Ian y Eric TALLEY. "Solomonic bargaining: Dividing a legal entitlement to facilitate coasean trade". En: Yale Law Journal 104. 1995. pp. 1037 y siguientes; y KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. "Do liability rules facilitate bargaining? A reply to Ayres and Talley". En: Yale Law Journal 105. 1995. pp. 221 y siguientes.

A. Los *punitive damages*¹⁰²

Usualmente no se permitía la imposición de un monto dinerario a título de pena o sanción pues existía un fuerte temor a que se constituya como un obstáculo para la aplicación del incumplimiento eficiente. La razón es muy sencilla, los *punitive damages* se aplicarían en los casos en los que el deudor incumple el contrato sea por fraude o por dolo.

Dado que el incumplimiento eficiente se basa en la idea básica del análisis costo-beneficio del deudor, es evidente que la decisión de incumplir será consciente y por ende el incumplimiento resultará no sólo voluntario sino que podrá ser calificado de doloso. Empero, a la fecha podemos decir que la tendencia del sistema estadounidense no es sólo a reconocer el pago de *punitive damages* sino que se está avanzando en la tendencia a permitir el empleo de este remedio en supuestos del todo independientes (el inicio de este itinerario exigía que sólo se impongan cuando había superposición con un caso de *torts*, como en el caso del *tortious interference*). Tan es cierto ello que treinta y nueve de las jurisdicciones estadounidenses ya han resuelto algún caso en el que se ha impuesto *punitive damages* en sede contractual.

¿Qué significa ello? Pues la respuesta es interesante, mientras exista un progresivo incremento de los *punitive damages* menor será la probabilidad de que se admita judicialmente la *efficient breach theory*, pues importará que el monto del resarcimiento ya no se encontrará limitado al *expectation interest*, lo cual es asumido invariablemente por aquellos que promueven la teoría del incumplimiento eficiente. Si ello es así existirán factores que no podrán ser valorados por el deudor al momento de decidir si incumple, tornando más azarosa la determinación *ex ante* de que un incumplimiento será eficiente (como hemos visto es casi un albur, pero con este desarrollo el tema será aún más complicado)¹⁰³.

B. El *disgorgement*¹⁰⁴

En nuestra opinión este remedio es aún más interesante que los *punitive damages* e incluso anunciamos que si su aplicación se sigue extendiendo significará la partida de defunción de la teoría del incumplimiento eficiente en sede estadounidense. Este remedio genera que el deudor que incumple reintegre a su contraparte los beneficios que obtiene de tal conducta. Si el remedio en cuestión se aplica cualquier posible beneficio que el deudor, en el esquema del incumplimiento eficiente, pueda obtener deberá entregarse al acreedor insatisfecho¹⁰⁵.

Con este remedio, creemos, se refuerza el carácter del derecho de crédito como una titularidad protegida por una *property rule*. El mensaje es claro, no incumplas el contrato con la esperanza de obtener mayores beneficios pues si ello sucede se te extraerá dicho beneficio. Este remedio se justifica o sienta sus bases en la prohibición del enriquecimiento sin causa y por supuesto en el hecho de que la decisión de incumplir (y por ende destruir el derecho de crédito del acreedor para generar un subrogado como lo es un resarcimiento) se asemeja en mucho a la figura de la expropiación¹⁰⁶. El *eminent domain* o la expropiación justifica que, por razones de interés público (el cual difícilmente podría argüirse aquí), un sujeto pueda extraer una titularidad del patrimonio ajeno, forzando así una transferencia, y no obstante ello sólo tendrá que pagar una suma de dinero en reemplazo de la titularidad violentada. Al no existir ninguna de las justificaciones que han servido de sustento a la expropiación o a figura análogas que pueden ser actuados por particulares, no se podrá aceptar que el deudor extraiga una de las titularidades del patrimonio jurídico de su acreedor.

En el *civil law*, y en particular en el sistema jurídico peruano, las normas que dan el derecho a la ejecución forzada son múltiples y en el caso del resarcimiento de los daños se llega a indicar lo siguiente: *si existe un incumplimiento doloso, el*

¹⁰² DODGE, William S. "The case of punitive damages in contracts". En: Duke Law Journal 48. 1999. pp. 629 y siguientes.

¹⁰³ Un autor que ha desarrollado la manera en que los *punitive damages* alterarían el análisis costo-beneficio sobre el incumplimiento es CRASWELL, Richard. "Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach". Op. cit. p. 651.

¹⁰⁴ EISENBERG, Melvin A. "The disgorgement interest in contract law". Op. cit. pp. 570 y siguientes; STEVEN, John D. "Disgorgement for breach of contract: A comparative perspective". Op. cit. pp. 943 y siguientes; SIEMS, Mathias M. "Disgorgement of profits for breach of contract: A comparative analysis". Op. cit. 2003, pp. 27 y siguientes; y, SMITH, Lionel D. "Disgorgement of the profits of breach of contract: Property, Contract and 'Efficient Breach'". Op. cit. pp. 121 y siguientes.

¹⁰⁵ SCALISE, Ronald J. Jr. Op. cit., p. 734.

¹⁰⁶ FRIEDMANN, Daniel. "The efficient breach fallacy". Op. cit., pp. 13-17, como es natural en el caso de la teoría del incumplimiento eficiente no se justifica tal actuación. La expropiación se rige por normas de derecho público y en este caso sería por normas de derecho privado.

Si bien se acepta la existencia de supuestos de derecho privado el incumplimiento eficiente no es subsumible en ninguno de ellos (estado de necesidad y legítima defensa), sin mencionar que todo ello parte de una premisa ineludible: la conducta se torna lícita, en cambio el incumplimiento que es presupuesto de la *efficient breach theory* es ilícito y por ello es susceptible a la imposición de *injunctons*.

régimen de limitación de los daños resarcibles a los daños previsibles, que es aplicable a la culpa leve, se ve superado y como consecuencia el deudor deberá responder por los daños imprevisibles. Como se ha dicho, la decisión de incumplir que es tomada por el deudor es una decisión consciente y por ende se realiza con dolo (es decir, dolo de incumplir y no dolo de causar un daño), por lo que sería de aplicación dicha regla de ampliación de los daños resarcibles. El sentido de tal disposición es claro, en el sistema del *civil law* no se desea que el deudor incumpla conscientemente (reforzando también la idea de que se tutela el derecho de crédito con una *property rule*) y por ello se llega a sancionar a los deudores que se comporten de esa manera específica (así como a los terceros que influyen tal conducta)¹⁰⁷.

Una regla como la del *civil law*, contenida en nuestro artículo 1321¹⁰⁸, provoca lo siguiente: *el deudor por lo general tiene en mente que el monto esperado que pagará es igual a los daños previsibles multiplicados por su probabilidad de ocurrencia, debido a tal esquema, en principio podría, si es que tiene información adecuada, saber si es que le conviene incumplir; pero si, se indica que también responderá por los daños imprevisibles, significará que a esos daños previsibles les deberá incrementar el monto esperado de los daños imprevisibles multiplicado por su probabilidad de ocurrencia, sin embargo, por definición el deudor no podrá despejar ambas variables, en la medida de que son imprevisibles.* Entonces, el deudor no podrá decidir racionalmente si es que incumple, en atención a que no podrá conocer anticipadamente la cuantía de los daños que deberá descontar del beneficio esperado de la segunda operación (en la medida en que los costos son prohibitivos o cuanto menos lo suficientemente altos como para incentivarlo a cumplir en lugar de asumir costos sólo para determinar si es que tiene o no incentivos para incumplir). La regla del *civil law* es entonces un impedimento que torna inútil cualquier discusión de *lege lata* sobre la admisibilidad del incumplimiento eficiente, incluso sin entrar a considerar todo el análisis que se ha desarrollado aquí¹⁰⁹.

VII. BALANCE FINAL SOBRE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE: ¿UN IRRITANTE JURÍDICO?¹¹⁰

En atención a todo lo que se ha expuesto no nos queda más que concluir que la presente teoría, en caso se admitiese en nuestro sistema, no generaría más que un fenómeno de irritación jurídica. Como nos enseña la comparación jurídica cuando una institución foránea ingresa a un nuevo sistema jurídico puede suceder un fenómeno de *recepción* o bien una *reacción adversa* al trasplante efectuado. La idea de la irritación jurídica, como es claro, trae aparejada la idea del rechazo que se provoca en un organismo luego de que se efectúa un trasplante.

En efecto, muchas veces cuando sucede un trasplante el sistema inmunológico de la persona que recibe el órgano nuevo percibe que una entidad extraña ingresó a su organismo por lo que no hace sino lo que es su labor, considera que tal entidad es un agresor e intenta destruirla. En el caso de los *legal transplants* tal imagen también puede ser replicada, si se trasplanta una institución jurídica foránea es posible que el sistema importador reaccione:

- (i) rechazándola;
- (ii) no prestándole atención, condenándolo a la inaplicación; ó
- (iii) generando incoherencias sistemáticas

En el caso del incumplimiento eficiente creemos que se erigiría como un irritante pues existen varias figuras jurídicas ya consolidadas, incluso a nivel doctrinal y/o legal, que se verían afectadas en caso se produjese la recepción de esta doctrina, sin entrar siquiera a analizar la manera en que nuestros operadores perciben el Derecho y la propia discusión sobre las soluciones que deben ser alcanzadas¹¹¹. Si bien nos parece que existen múltiples razones que nos deberían llevar a no intentar la asimilación de la teoría del incumplimiento eficiente, estamos por demás conscientes que esta teoría es una de las preferidas o insignias del *mainstream* del análisis

¹⁰⁷ REMINGTON, Clark A. Op. cit. p. 658, sobre el requisito del dolo o mala fe.

¹⁰⁸ Donde se indica que sólo en el caso del incumplimiento por culpa leve el resarcimiento de los daños se limita a los previsibles, por lo que *contrario sensu* en el caso del incumplimiento doloso o por negligencia grave se alcanza a los daños imprevisibles. Aspecto que es lamentado por HARO SEIJAS, José Juan. "¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada". En: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2005. pp. 183 y siguientes; *Ibid.* p. 197.

¹⁰⁹ SCALISE, Ronald J. Jr. Op. cit. pp. 737-744.

¹¹⁰ TEUBNER, Gunther. "Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences". En: *Modern Law Review* 61. 1998. pp. 11 y siguientes.

¹¹¹ SCALISE, Ronald J. Jr. Op. cit. pp. 755 y siguientes.

Aquí se alude, tanto en el texto citado cuanto en el desarrollo expuesto, a la idea de *mentalité*, la cual es una noción muy relevante para algunos análisis de derecho comparado. Al respecto nos remitimos a LEGRAND, Pierre. "European legal systems are not converging". En: *International and Comparative Law Quarterly* 45. 1996. pp. 52 y siguientes. *Ibid.* p. 60.

económico del Derecho. Es por ello que, en todo caso, sugerimos el estudio de una alternativa más sólida tanto desde una perspectiva económica cuanto desde la óptica jurídica, y que tiene el mérito de ser consistente con las bases de los sistemas jurídicos del *civil law*. Esperamos que el estudio de dicha alternativa, nos referimos a la teoría de la conclusión contractual eficiente, sea incentivada con el presente ensayo y que no sea simplemente percibida como una reacción adversa ante los postulados propugnados por el *mainstream* al que se ha cuestionado a lo largo de las páginas precedentes.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El propósito del presente ensayo ha sido presentar una visión panorámica crítica y bastante breve de la teoría del incumplimiento eficiente. Para ello se han empleado a cuenta gotas varias de las aproximaciones funcionales más importantes al estudio del derecho tanto, como es obvio, del análisis económico del Derecho, la comparación jurídica y la historia. Es por ello que partimos de la definición más extendida, pasando por su formulación primigenia y sus verdaderos orígenes, para culminar en una serie de objeciones.

Con todo lo afirmado no queremos que se extraiga la idea de que dicha teoría no será aceptada en un país del *civil law*, aunque consideramos que existe más de una razón para que no suceda tal recepción, ni que la teoría no será admitida judicialmente en el *common law*, si bien las sentencias a las que se alude y por supuesto el decidido avance de remedios como el *disgorgement* o los *punitive damages* en sede contractual socavan algunas de

las bases teóricas y económicas sobre las cuales opera el incumplimiento eficiente. En realidad, lo que si deseamos resaltar es que la teoría aún es objeto de crítica y que su reconocimiento en sede estadounidense, si es que llega a suceder en algún momento, tomará tiempo¹¹². En ocasiones los académicos, y sobre todo los peruanos, tenemos la tendencia a sorprendernos con una nueva lectura o una nueva institución descubierta producto de nuestras investigaciones, el incumplimiento eficiente es una de esas instituciones que nos ha sorprendido por lo sugerente de su planteamiento y por la claridad con la que es expuesta, sin embargo, recordemos que se trata de una teoría joven que aún no alcanza las cuatro décadas.

Acaso cuatro décadas en la vida de una persona sea más que suficiente para alcanzar la madurez pero en materias como las jurídicas no es demasiado tiempo, se podría incluso decir que dicho período permite decir que la teoría es sólo adolescente.

Finalmente, se inició el presente trabajo recordando un vínculo particular entre Henry Miller y Anaïs Nin a fin de evidenciar como circunstancias cotidianas pueden unir a personas de una manera trascendente e incluso de modo indisoluble. Frente a ello no nos cabe más que preguntarnos si es que tal ligamen no será un índice de un aspecto personal que se extiende al campo jurídico y que sucede muchas veces de una manera que no resulta demasiado comprensible para los involucrados. Si ello es así habría que concluir que el Derecho, como manifestación del ser humano, también ha incorporado algunos de sus vicios y sus interrogantes, pero por qué tendría que ser de otra manera.