

El impacto jurídico-económico de la lesión enorme en el Ecuador.¹

The legal and Economic impact of “lesión enorme” in Ecuador.

Doménica López A.²

domelopez1996@gmail.com

RESUMEN

La lesión enorme es una figura antigua que ha desencadenado múltiples estudios a nivel jurídico y a nivel económico en los últimos años desde que se desarrolló el análisis económico del derecho. Tomando un punto de vista estrictamente jurídico la lesión enorme parece ser la solución más óptima para aquel de quién se aprovecharon de su situación para obtener un beneficio excesivo. Pero de que sirve una norma perfecta que en la realidad resulta inaplicable. El presente trabajo demuestra la importancia de derogar la lesión enorme en el ordenamiento jurídico ecuatoriano basado en la imposibilidad de objetivar el justo precio en las transacciones.

ABSTRACT

The “lesión enorme” is a continental figure similar to “economic duress”. It is an old legal institution who has caused in recent years many studies at a legal and economic area. Since the economic analysis of law was developed, this institution seems to be the most optimal solution for the one whose property was undermined. But how good is a perfect rule if it is impossible to apply. The present work demonstrates the importance of eliminating the figure in the Ecuadorian legal system. In a way of innovating our law.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Esteban Pérez.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

PALABRAS CLAVE

Lesión enorme, Teorema de Coase, costos de transacción, justo precio, teoría subjetiva del valor, negociación.

KEY WORDS

Lesión enorme, Coase theorem, transaction costs, fair price, subjective theory of value, negotiation.

Fecha de lectura: XX de XXXXXX de 2020

Fecha de publicación: XX de XXXXXX de 2020

SUMARIO

- 1.- Aspectos generales.
- 2.- Elementos de la lesión enorme.
- 3.- Teorema de Coase.
- 4.- Beneficios del Teorema de Coase.
- 5.- Fallas en el Teorema de Coase.
- 6.-Conclusiones.

1. ASPECTOS GENERALES.

1.1. Contextualización.

El derecho es conocido como una ciencia que se ha dedicado a regular estándares con respecto a las actuaciones de las personas. El problema es que estos estándares radican en que buscan relaciones ideales y de ello parten para crear preceptos normativos. Se han creado varias figuras en base a esta lógica, dejando de lado el importante hecho de que el derecho regula aquello que es y no lo que debería ser. Kelsen dentro de la teoría de las normas establece que el ser y el deber ser son irreductibles³. El primero corresponde a aquello que puede ser externalizado y objetivado es decir todo lo que es real, mientras que el deber ser resulta del fuero interno de cada persona. Por esta razón no se puede afirmar que siempre que algo es significa que debería ser así, y algo que debe ser no realmente es.

La lesión enorme data sus orígenes en el siglo III D.C cuando los emperadores Maximiliano y Diocleciano dieron paso a esta figura como autónoma; en donde establecieron que aquella persona que fue lesionada en más o menos de la mitad del valor de la cosa, tiene facultad de pedir la rescisión del contrato. Esto, basándose en que la persona que aceptó ese negocio jurídico que le generó una alta desproporción en su prestación fue impulsada por una necesidad sin ser libre al momento de actuar⁴. Posteriormente, se da la *laesio enormis* con posibilidad del *restitutio in integrum* en donde se buscaba que se devuelva todo aquello que pudo perjudicar a la contraparte. Con el paso del tiempo entró en desuso la figura, pero Justiniano tiempo después la codifica en el *Codex* y propone que el único que puede alegar que existió lesión enorme era el vendedor.

Es importante hacer hincapié en que la norma de la lesión enorme no tuvo su espíritu estrictamente legal, pero sí fue altamente impulsada por la moral, es decir durante el Derecho Canónico. En libros antiguos eclesiásticos se ve la necesidad de que se regule la equidad en las contraprestaciones: “haceos vendedor al comprar y comprador al vender, y compraréis y venderéis justamente”⁵, de aquí surge la teoría del justo precio

³ Ver. Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*. Trillas, 1994. 19.

⁴ El Derecho Romano Clásico o Primitivo en donde primaba la autonomía de la voluntad se desconoció esta figura.

⁵ Ver. Mazeaud, Henry y Jean, León. *Introducción a la vida devota; Lecciones de derecho civil*. 58.

desarrollada por Santo Tomás de Aquino⁶, el intentó dar justicia a un precepto indeterminado que muchas veces no va de acuerdo con el derecho, por más que con este segundo se intente llegar al primero. Finalmente, vuelve a resurgir la lesión enorme nuevamente, después de un tiempo que entró en desuso, y es entonces cuando se demarca como una figura solo aplicable para bienes inmuebles en el Codex de Justiniano.

Napoleón posteriormente reconoció que poco importan otros negocios en los que las personas disponen de sus bienes, pero la propiedad territorial no le es indiferente a la sociedad que le rodea⁷ es por eso que en 1804 el Código Napoleónico por primera vez estableció la figura de la lesión enorme que se mantiene hasta la actualidad⁸, y fue influencia directa para el Código de Andrés Bello cuya ley positivada posteriormente se convertiría en el Código Civil Ecuatoriano de 1861.

En conclusión, todo esto, tanto la influencia del Derecho Romano y Canónico ligados al deber ser como normas morales han influido de manera directa en la legislación ecuatoriana al momento de codificar la lesión enorme. Sin embargo, se ha reestructurado la norma con respecto a la de Napoleón. La desproporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano radica en la mitad o el doble del justo precio y es aplicable tanto para el comprador como para el vendedor solo en compraventa de bienes inmuebles⁹. El artículo 1829 del Código Civil Ecuatoriano establece lo siguiente:

El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

Otro tipo de legislaciones también han reconocido a la lesión enorme tanto en América Latina como en la Unión Europea. Como ejemplo de aquello tenemos a las

⁶ Ver. Davoto, Carolina. “*La Lesión Enorme ante la legislación comparada y Código Civil Chileno*”. Universidad Gabriela Mistral. 149

⁷ Ver. Rubio, Marcial, et al. “Volumen II: Para Leer El Código Civil.” Google Books, Pontificia Universidad Católica Del Perú. Fondo Editorial 1999, 2007, books.google.com.ec/books?id=J8XCEITNKp0C&pg=PA102&lpg=PA102&dq=poco%20Bimporta%20si%20el%20individuo%20dispone%20de%20diamantes%20Bo%20Bcuadros&source=bl&ots=3vtpCaYmoy&sig=ACfU3U3c5XPjm8Jkw9cOtarJlW4z_ToQjw&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwicjuqBibboAhWEVt8KHXFjB00Q6AEwCnoECAoQAQ#v=onepage&q=poco%20importa%20si%20el%20individuo%20dispone%20de%20diamantes%20o%20cuadros&f=false.102.

⁸ Artículo: 1674, 1675 Código Civil Francés

⁹ Art 1831 Código Civil Ecuatoriano

legislaciones chilenas¹⁰, argentina¹¹, peruana¹², boliviana¹³, mexicana¹⁴, paraguaya¹⁵, alemana¹⁶, italiana¹⁷, española¹⁸ y francesa¹⁹. Cada una ha tomado una posición diferente sobre la lesión enorme en un ámbito subjetivo u objetivo de la misma. Luis Parraguez²⁰, Carolina Devoto Berriman²¹, Alessandri Besa²², Claro Solar²³, Ospina²⁴, Photier²⁵, Posner²⁶, Alessandri y Somarriva²⁷, consideran que ante la notoria desproporción es importante activar el régimen de lesión enorme donde se considere un justo precio como pauta para el actuar de las partes.

La lesión enorme tiene conceptos diferentes dependiendo de cada autor, para algunos representa un vicio del consentimiento para otros simplemente una desproporción en las prestaciones. Ospina se refiere a la lesión enorme como un daño o detrimento que sufre una persona como consecuencia de un acto jurídico que ella celebró, es una desproporción entre las ventajas y los sacrificios a los que se somete²⁸. El profesor Arturo Alessandri Besa acota a Planiol Ripert y dice que la lesión enorme es un perjuicio que experimenta una parte dentro de un contrato conmutativo es decir con equivalencia de prestaciones, misma que recibe un valor inferior a la prestación que suministra²⁹. Claro Solar postula que los contratos a título oneroso sufren de lesión cuando existe una desproporción entre la dación de la una parte con respecto a la de la otra³⁰. A pesar de

¹⁰ Código Civil chileno art 1888,1889.

¹¹ Código Civil argentino art 954.

¹² Código Civil peruano art 1447, 1448.

¹³ Código Civil boliviano art 561, 562, 563.

¹⁴ Código Civil mexicano art 17.

¹⁵ Código Civil paraguayo art 671.

¹⁶ Código Civil alemán art 138.

¹⁷ Código Civil italiano art 1448.

¹⁸ Código Civil español art 1074, 1291, 1294.

¹⁹ Código Civil francés art 1674,1677, 1683.

²⁰ Ver. Parraguez, El régimen jurídico de los bienes (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2018), 257.

²¹ Ver. Devoto, Carolina. *“La Lesión Enorme ante la legislación comparada y Código Civil Chileno”*. Universidad Gabriela Mistral. 173.

²² Ver. Alessandri Besa, Arturo. *“La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2008. Tercera edición actualizada. Tomo II. 72.

²³ Ver. Luis, Claro. *“Explicaciones del Derecho Civil y Comparado.”* Tomo XI. 239

²⁴ Ver. Ospina Acosta, Eduardo: *La lesión enorme en la cátedra y en el foro*. Ed. Temis, Bogotá, 2002. Pag 284

²⁵ Ver. Tratado de las Obligaciones. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978. 29.

²⁶ Ver. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

²⁷ Ver. Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic Haklicka, Antonio. *“Tratado de Derecho Civil”*. Parte Preliminar y General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005. Tomo II. 243-244.

²⁸ Ver. Ospina Acosta, Eduardo: *La lesión enorme en la cátedra y en el foro*. Ed. Temis, Bogotá, 2002. 284.

²⁹ Ver. Alessandri Besa, Arturo. *“De la nulidad y la rescisión en el código civil chileno”*. Imprenta Universitaria 1949.750.

³⁰ Ver. Claro, Solar. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo XI. 239.

sus concepciones la doctrina concuerda en que la lesión enorme se divide en dos: como un vicio del consentimiento (subjetiva) y como solo una mera desproporción (objetiva), estos son elementos muy debatibles, sin dejar de lado los sistemas que han adoptado la lesión enorme como un elemento mixto.

2. ELEMENTOS DE LA LESIÓN ENORME.

2.2. Elemento subjetivo.

La lesión enorme como vicio del consentimiento corresponde al elemento subjetivo³¹, y se basa principalmente en el análisis de las partes intervinientes. Depende directamente de la posibilidad de viciar el consentimiento de la contraparte valiéndose de medios que generen una presión moral por el estado de inferioridad de la contraparte con el fin de obtener un negocio jurídico determinado que lo beneficie de manera excesiva. La jurisprudencia argentina ha entendido al estado de inferioridad siempre que se configure el estado de necesidad³², ligereza³³ e inexperiencia³⁴. Este elemento subjetivo también se relaciona muchas veces con el error con respecto al valor, o cuando se tiene una urgencia esencial lo cual hace imposible de rechazar la oferta. Esta concepción subjetiva nace por la posible desprotección que genera o puede generar el aplicar al pie de la letra una ecuación matemática sin darle una apreciación verdadera al valor y a la prestación.³⁵

Planiol y Ripert no aceptan el hecho de que la lesión sea un vicio del consentimiento que nazca por fuerza, error o dolo,³⁶ sin embargo, reconocen algo parecido a lo que establece la jurisprudencia argentina y mencionan que el negocio jurídico puede ser dado por una necesidad apremiante o por peligro de muerte traducido

³¹ La teoría subjetiva se le es atribuida a los glosadores pues ellos se dieron cuenta de la necesidad de la subjetividad además de la sola desproporción en el valor de las prestaciones. Pues establece que debe probarse la intencionalidad de la otra parte de aprovecharse del estado de inferioridad en el que la contraparte se encontrara. Sin solo ver el exceso del valor pagado. *Lesión objetiva-subjetiva*. En: *Contratos*, obra colectiva dirigida por Félix Trigo y Rubén Stiglitz, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989, p.387. También en jurisprudencia americana en el caso *Srill v Equitable Life Insurance Co* 54SW 2d 947 (1932) se dice que “se debe ver la naturaleza del sujeto, porque cada caso tiene sus propios hechos y circunstancias.”

³² Ver. C. Apel. Junín. 14/10/1976, ..Ojeda. Justo A. v. Ojeda. Raúl F. y otro", ED 74-348.

³³ Ver. C. Nac. Civ., sala C, 21/12/1982, "Garbuglio. Luis M. v. Barreira, Manuel W.". ED 104-581.

³⁴ Ver. C. Nac. Civ., sala A, 31/5/1982, ucastillo de García, Clemira". LL 1982·D-162.

³⁵ Ver. Devoto, Carolina. “*La Lesión Enorme ante la legislación comparada y Código Civil Chileno*”. Universidad Gabriela Mistral.159.

³⁶ DELVINCOURT comentario al Código Civil Francés establece los vicios al consentimiento y menciona a la lesión enorme como uno de estos. “I l y a quatre causes qui peuvent vicier le consentement: ce sont, l’erreur, la violence le dol et la lésion”

esto a un posible vicio³⁷. Esto quiere decir que reconocen la necesidad de un elemento subjetivo imposible de ser ignorado.

2.3. Elemento objetivo.

La lesión como el elemento objetivo se refiere a la desproporción evidente de las contraprestaciones es decir un elemento netamente matemático. El análisis de este elemento se centra en la falta de equivalencia dentro del contrato donde no se valoran las circunstancias de las partes sino solo que exista una desproporción. Ospina apoya este elemento y dice que la lesión enorme consiste en la sola aplicación mecánica cuando se supera la magnitud establecida.³⁸ Por otra parte, la jurisprudencia francesa cuya legislación fue base principal para la norma ecuatoriana³⁹ se ha pronunciado de acuerdo con su legislación objetiva⁴⁰ y dice que la lesión es por ella misma siempre que se haya constatado una causa de rescisión sin importar las circunstancias que le dieron nacimiento. La jurisprudencia chilena ha expuesto en una sentencia sobre lesión enorme emitida por la Corte Suprema y pone tres parámetros: la existencia de un contrato, una norma que de paso a que esta se active y finalmente una desproporción totalmente matemática, pues la lesión enorme representa un vicio objetivo donde solo necesita que se configure el pago de la inferioridad de la mitad del justo precio.⁴¹ Es importante indicar que el elemento objetivo a su vez se divide en un sistema cuantificado y no cuantificado. El primero se refiere a aquel que es establecido por una fórmula matemáticamente estricta, mientras que el segundo da un parámetro más genérico que permite al juez establecer cual es la desproporción de acuerdo con el caso.

2.4. Elemento mixto.

³⁷ Ver. Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel. (redactado por ANTONIO VODANOVIC): *Derecho Civil*. Tomo I (*Parte General*), 3a. edición. Ed. Nascimento Santiago, 1961, pág. 281. También VODANOVIC, ANTONIO: *Manual de Derecho Civil, Segundo Volumen de las Partes Preliminar y General*. Ed. Conosur Ltda., Santiago de Chile, 2001, pág.1.; PINTO ROGERS, HUMBERTO: *Curso Básico de Derecho Civil, Derecho Privado I, Tomo III*. Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972. 145.

³⁸ Ver. Ospina Acosta, Eduardo: *La lesión enorme en la cátedra y en el foro*. Ed. Temis, Bogotá, 2002. Pg 294

³⁹ Ver. Ch. de requêtes, Corte de Casación, 28 de diciembre de 1922. En *Code Civil*, Ed. Dalloz, 1985-86. Jurisprudencia sobre el artículo 1674.

⁴⁰ Ver. Art 1674 Código civil francés, perjuicio de 7/12 partes.

⁴¹ Ver. Corte Suprema de Chile, 14 de marzo de 2007. Fallo : 3.386-04.- “Así, en la compraventa, dice el artículo 1889, “el vendedor sufre lesión enorme cuando el justo precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.” <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#>

El elemento mixto de la lesión enorme surge de la preocupación de aplicar un sistema netamente objetivo o subjetivo. Esta se resume en un conjunto de los dos criterios expuestos, en donde si bien se ve la desproporción que existe también se ve la intencionalidad y las circunstancias que llevaron a cabo la desproporción. El Código Civil Alemán de 1900 fue uno de los primeros en aplicar un elemento mixto, su artículo 138 inciso segundo, en donde interesa la situación de las partes y tiene un elemento objetivo no cuantificado nos muestra esta realidad. Ordenamientos jurídicos como el italiano, argentino, mexicano y paraguayo también han optado por este sistema⁴².

2.4. Ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La legislación ecuatoriana regula la lesión enorme de manera objetiva y establece pautas para su aplicación estricta en el artículo 1829 dentro del capítulo “De la Compraventa”, la misma no procede en compraventa de bienes muebles o las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia⁴³. El artículo de la lesión enorme está basado un criterio objetivo defendido por el Derecho Canónico, dejando de lado el criterio subjetivo de los glosadores. Es por esta razón que la lesión enorme opera instantáneamente cuando se cumple el supuesto del artículo 1829 del código civil, y sus efectos son la rescisión⁴⁴ o el ajuste de precio⁴⁵ que resultan perjudiciales para cualquier contratante de buena fe que desconocía el daño que podría estar haciendo.

La acción rescisoria representa una hipótesis de nulidad relativa de acuerdo con el artículo 1838 del Código Civil Ecuatoriano lo que genera que el contrato se deje sin efectos y por lo tanto, la restitución en absoluto de las prestaciones. La jurisprudencia en el caso Andrade vs Andrade ha establecido que en el caso de bienes raíces si opera la rescisión por lesión enorme⁴⁶. Mientras que el reajuste dependiendo del justo precio faculta a quién haya abusado de la contraparte y contra quien exista una sentencia de rescisión del contrato el pagar las prestaciones para cesar la lesión de acuerdo con el artículo 1830 del Código Civil⁴⁷.

⁴² Ver. Código Civil italiano art 1448. Código Civil mexicano art 1. Código Civil argentino 954. Código Civil Paraguayo artículo 671.

⁴³ Artículo 1831 Código civil ecuatoriano

⁴⁴ Artículo 1828 Código civil ecuatoriano

⁴⁵ Artículo 1830 Código Civil Ecuatoriano

⁴⁶ Ver. Quinta Sala, 12 de marzo de 1982, juicio Andrade vs Andrade. En Galo Espinoza, Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Segunda Serie, Ed. Don Bosco, Quito, 1884, tomo IV. 483.

⁴⁷ Código Civil ecuatoriano. Art. 1830.- El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio, con deducción de una décima parte; y el vendedor,

La Jurisprudencia⁴⁸ ecuatoriana muestra la aplicación completamente matemática y objetiva para algo que resulta extremadamente subjetivo como lo es el mundo del negocio jurídico y del fuero interno de las personas, es decir aquello que los impulsa a contratar. La jurisprudencia ecuatoriana ha analizado la lesión enorme sin tomar en cuenta teoría económica alguna, y rigiéndose solo al tenor de la ley⁴⁹. A lo largo del caso Montaña vs Montaña el cual se trata de la afectación por no haber pagado el justo precio por el inmueble denominado “Victoria” la Corte decide en base al criterio objetivo cuantificado de Arturo Alessandri en su obra de la compra-venta y de la promesa de venta: "Que el precio sea inferior a la mitad del justo precio quiere decir que esté por debajo de esa mitad, que sea menor a esa mitad: una cantidad es menor a otra cuando es más baja que la cantidad con que se compra"⁵⁰, da como ejemplo y dice:

si el justo precio son veinte mil pesos la mitad son diez mil, de suerte que el precio que paga el comprador será menor de diez mil pesos cuando pague como máximo nueve mil novecientos noventa y nueve pesos. Si paga diez mil pesos es igual a esa mitad y deja de ser inferior. Luego, no hay lesión. Por lo tanto, el precio que recibe el vendedor, para que lo lesione, debe ser inferior, pero no igual a la mitad del justo precio (Pág. 1070).⁵¹

Esto muestra una clara aplicación mecánica de la lesión enorme en la jurisprudencia ecuatoriana, sin tomar circunstancias aparte de la mera desproporción cuantificada netamente en números. Existe otro caso que corresponde a la compraventa de un inmueble denominado “Lentag” en donde la Corte toma elementos subjetivos de la lesión enorme y buscan hacer una interpretación más completa y subjetiva de las partes, citando a jurisprudencia y legislación chilena que establece lo siguiente: “La sentencia que establece esta doctrina trasluce la importancia que tiene en la determinación del justo precio no sólo las condiciones objetivas que en el contrato aparecen, sino también la calidad y condición personal del contratante”⁵².

en el mismo caso, podrá, a su arbitrio, consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio, aumentando en una décima parte.

⁴⁸ Ver. Corte Suprema de Justicia sentencia de Rescisión por Lesión Enorme expedida el 16 de septiembre del 2004. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 120. (Quito, 16 de septiembre de 2004)

⁴⁹ Ver. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 16 de septiembre del 2004, juicio de rescisión por lesión enorme Montaña vs Montaña. RO563 de 12 de abril del 2004.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² Ver. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2349 (Quito, 26 de abril de 2002) "Para la determinación del justo precio de la cosa vendida deben tomarse en cuenta todas las estipulaciones del contrato en cuanto ella puedan influir en la fijación de dicho precio..." (Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas Vol. III Tomos V y VI. 337 - 338).

Partiendo del contexto histórico y legal en el que se desarrolló la lesión enorme se encuentra un problema importante, y es que esta se aprobó partiendo de un deber ser y no de un ser. El ser corresponde a un análisis más práctico en donde no solo se vea inmerso un sistema jurídico ideal sino un sistema económico práctico en donde realmente se ven reflejadas las interacciones de los seres humanos. Esto se concretiza cuando para que se configure la lesión enorme la norma establece un justo precio definido por lo que el legislador y el juez definen como mercado objetivando la figura. Parece ser que la perspectiva subjetiva de precios a la que puede dar paso la lesión enorme, el análisis económico del derecho y su impacto al momento de hablar de un justo precio es una cuestión que se ha pasado por alto dentro de la legislación ecuatoriana. Lo que resulta interesante es que la mayoría de doctrinarios jurídicos que desarrollan hipótesis sobre la lesión enorme y su impacto económico han ignorado por completo el análisis económico que se debe hacer ante un presupuesto de contraprestaciones excesivamente onerosas y cual es su significado, o más aun si se puede dar un significado exacto.

Ahora bien, se analizará porque la figura de la lesión enorme es improcedente y la imposibilidad de cuantificar su justo precio. Se estudiará la teoría del valor subjetivo de Bohem-Bawerk⁵³, el análisis de las acciones humanas de Mises⁵⁴, y el poder de negociación de las personas, es decir el análisis interdisciplinario de Bullard⁵⁵. Interpretadas estas teorías en conjunto, demuestran el porqué la lesión enorme genera un caos a nivel práctico por más de que parezca la panacea del sistema jurídico como lo postuló Posner partiendo del Teorema de Coase, teorías que la mayoría de veces han sido omitidas por doctrinarios estrictamente jurídicos. Esto debido a que la lesión enorme es contraria a todo lo establecido por la economía y el derecho, ya que estas son áreas que se centran en evitar llegar a la profundidad de un deber ser, y buscan clarificar las acciones externalizadas del ser humano sin centrarse en, su interior, que corresponde a otras ciencias, algo que resulta imposible de determinar, al igual que el justo precio.

3. TEOREMA DE COASE.

⁵³ Ver. Böhm-Bawerk, Eugen von. "La ley básica de determinación del precio". En *Lecturas de economía política*, Vol. I, Editado por Jesús Huerta de Soto. Madrid: Unión Editorial, 2014. 99-132

⁵⁴ Ver. Mises, Ludwig Von. *Human Action*. Ludwig Von Mises Institute. Auburn, Alabama 1998. 92-98.

⁵⁵ Ver. Bullard Gonzáles, Alfredo. *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2009.373-393.

Ronald Coase postula un gran aporte que se ha aplicado a múltiples figuras jurídicas, una de ellas es la lesión enorme. En su artículo “The problem of social cost”⁵⁶ publicado en 1960 habla de manera general sobre la aplicación de los costos transaccionales y de varias reglas que se desprenden de su análisis.

La celebración de contratos representa una alta inversión de recursos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. En el caso de una compraventa, el vendedor y el comprador muchas veces pierden su posibilidad de celebrar otros contratos, cuando creen que una oferta es aceptable y posiblemente susceptible de ser perfeccionada, pero para este iter contractual ambos incurrieron en ciertos costos, los cuales Ronald Coase los denomina como costos de transacción. Cooter y Ulen los han dividido en tres: costos de búsqueda, negociación y ejecución⁵⁷.

Principalmente, Coase se refiere al sistema judicial como algo innecesario cuando el valor de las transacciones son bajos debido a que lo más probable es que en este escenario las partes lleguen a un acuerdo mas beneficioso y menos costoso, en el caso de que sean altos o prohibitivos las partes decidirán no contratar. Los costos que se cubren buscan llegar a una ganancia⁵⁸, pues en el caso de que los costos sean más altos al beneficio que una parte va a recibir, las partes, racionalmente no permitirán la celebración del contrato⁵⁹. No obstante, el momento en el que los costos de transacción son exorbitantes como para llegar a un acuerdo entre partes, nacen diferentes tipos de soluciones; tal como lo son normas de responsabilidad extracontractual que degeneran en la clausura de empresas, en donde sus daños superan los beneficios sociales brindados⁶⁰. Un claro ejemplo de costos extremadamente altos donde no se puede llegar a una transacción es el del gran número de peatones y buseros en donde, el evitar calamidades y un trato hostil por parte de los segundos, los costos de información, la posibilidad de sentarlos a negociar, y con esto llegar a un acuerdo bajo un costo razonable hace del acuerdo impensable⁶¹.

⁵⁶ Coase, Ronald. “The Problem of Social Cost”. The Journal of Law & Economics 3 (Octubre 1960). Con este artículo ganó el Premio Nobel de Economía en 1991.

⁵⁷ Ver. Cooter, Robert; Ulen, Thomas, 2003, *Law & economics*, Boston: Addison Wesley. 118.

⁵⁸ Ver. Coase, Ronald. “The Problem of Social Cost”. The Journal of Law & Economics 3 (Octubre 1960). 39.

⁵⁹ Ver. Bullard Gonzáles, Alfredo. Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2009. 104.

⁶⁰ *Id.*, 105.

⁶¹ *Id.*, 116.

Coase, mediante un análisis claro de casos dentro de su artículo *The Problem of Social Cost* concluye en que si bien es cierto pueden existir diferencias dentro del mercado, las decisiones judiciales no siempre son las más óptimas ya que es imposible actuar tal cual como habría actuado el mercado o como las partes habrían querido actuar. Cuando el costo del mercado es bajo, la norma legal no da una buena asignación de recursos. Para demostrar esto el explica el caso *Sturges v. Bridgman* en el cual un médico desea poner un consultorio donde él vivía, pero sus vecinos que eran fabricantes y, hace años que residían haciendo esta actividad, generaban cierto sonido y vibración que le imposibilitaba llevar a cabo sus consultas con normalidad, al momento de escuchar los pulmones de sus pacientes. La corte no dio paso a su pretensión ni pidió que cese la actividad de los fabricantes por más de que le causaba un daño directo al Dr. Finalmente, menciona que podrían haber llegado a un mejor acuerdo si negociaban⁶². En este caso el que lleguen a un acuerdo puede suponer una transacción mucho más beneficiosa que una demanda larga y costosa sin una decisión a favor como sucedió. Cada uno podía haber trabajado en ciertas horas y así ganaban los dos, o en todo caso que se ponga un material que evite que pase el sonido. La corte podría haber tomado dos decisiones o darle la razón debido a que puede ayudar mucho más socialmente el médico, y por lo tanto no asignó bien los recursos, o a la fábrica que provee de un mejor servicio. Realmente nunca lo sabremos, lo que si se sabe es que según Coase si ambos ganaban sin ceder nada es decir con costos de transacción iguales a cero entonces los dos habrían accedido a transar sin importar lo que diga la regla legal. Suena muy interesante todo aquello que postula Coase en la teoría, sin embargo, en la práctica resulta difícil de aplicar, ya que es de conocimiento general que las transacciones jamás tendrán costos iguales a cero.

Coase se centra en tres principales instituciones cuando desarrolla su artículo; el derecho de propiedad en donde no importa su asignación legal inicial porque las transacciones con costo bajo o nulo⁶³ lograrán que quien saque su máximo beneficio sea el dueño; el derecho de contratos que permite intercambiar los bienes llegando a una maximización de la riqueza⁶⁴; y por último, la responsabilidad civil extracontractual que garantiza la eficiente asignación de recursos cuando los costos en el mercado sean

⁶² Ver. Coase, Ronald. "The Problem of Social Cost". *The Journal of Law & Economics* 3 (Octubre 1960).8.

⁶³ Ver. Cooter, Robert; Ulen, Thomas, 2003, *Law & economics*, Boston: Addison Wesley. 114.

⁶⁴ Ver. Sola, J., 2016. Coase y la decisión Judicial. *Universidad de San Martín de Porres*, [online] 1. Disponible en: https://quieroserjuez.webnode.es/files/200000059-aec35afbb8/Coase_y_la_decision_judicial_Dr_Juan_Vicente_Sola.pdf [3 April 2020].25.

exorbitantes⁶⁵. Cualquier tipo de intervención estatal en cuanto a la propiedad y a los contratos generarán consecuencias peores al momento del intercambio según Coase⁶⁶. Esto es apoyado principalmente porque en el mundo del negocio las partes prefieren cooperarse entre sí para beneficiarse antes que cumplir la ley sin cooperar⁶⁷. Porque si bien las leyes son importantes la satisfacción de las partes es aún más ya que eso conlleva a que contraten o no, tal es así que muchas veces nacen contratos ilícitos sin importar la norma legal y tan solo por la satisfacción de las partes, si de la ley partieran los negocios entonces los contratos y todo el sistema del negocio jurídico sería completamente estático cuando realmente no es así.

Este Teorema tal y como se dijo al principio se ha aplicado a varias figuras jurídicas, y la lesión enorme ha sido una de estas. Ciertos doctrinarios se apartan del teorema de Coase y concuerdan en la efectividad del mismo cuando no se trata de la lesión enorme pues esta supone un justo precio además de los preceptos altamente amplios del Teorema cuando habla de las transacciones. Es importante resaltar que el precio es una respuesta subjetiva de las personas a cada contrato que realizan, y al ser una realidad subjetiva las transacciones no son equiparables ni van a ser las mismas. Este enfoque se desprende del análisis subjetivo del valor y de un análisis económico-jurídico de la lesión enorme y su impacto. También hay importantes doctrinarios que aplican el teorema de Coase a rajatabla diciendo que la lesión enorme representa al supuesto en el que los costos son excesivos en una negociación, y por lo tanto merece darle importancia a la regla legal que equipare las contraprestaciones.

4. BENEFICIOS DEL TEOREMA DE COASE

Richard Posner parte del teorema de Coase y lo aplica a una figura que en el sistema anglosajón es conocida como Duress. En un principio dicha figura implicaba una coacción por medio de la violencia y de la fuerza ejercida de manera ilícita a otra persona con un fin determinado. No obstante, ahora se ha desarrollado la dureza económica o “Economic Duress”. Doctrinarios y jueces han dado paso a una larga discusión que radica por una parte en la afirmación de la existencia de una fuerza económica que genere una

⁶⁵ Ver. Bullard Gonzáles, Alfredo. Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2009. 117.

⁶⁶ Ver. Sola, J., 2016. Coase y la decisión Judicial. *Universidad de San Martín de Porres*, [online] 1. Disponible en: https://quieroserjuez.webnode.es/_files/200000059-aec35afbb8/Coase_y_la_decision_judicial_Dr_Juan_Vicente_Sola.pdf [3 April 2020].25.

⁶⁷ Ver. Cooter, Robert; Ulen, Thomas, 2003, *Law & economics*, Boston: Addison Wesley. 113.

presión en las personas posible de cambiar su consentimiento, o por el contrario si la fuerza solo puede ser física y que todo lo demás proviene del poder de negociación que tienen las partes⁶⁸.

Dentro de este análisis, la dureza económica es la que nos compete, misma que se puede asimilar a la lesión enorme como elemento subjetivo o vicio del consentimiento debido a que existe una presión, que no corresponde a ninguna violencia o fuerza física, por una parte, pero en efecto busca cambiar el resultado del contrato. En el caso *Lewis vs Fahn* la corte resalta que la presión económica es directa y tiene que prohibir bajo ciertas circunstancias expresarse con libertad a una determinada persona⁶⁹. La carga en este tipo de *Duress* no tiene que ver con la supuesta necesidad de la víctima, sino, de los actos que conducen a la parte dominante para lograr el resultado⁷⁰. El simple hecho de que el contrato haya tenido un contenido de miedo no significa que exista dureza⁷¹. Varias cortes han hablado sobre esto y han mencionado que cuando una persona celebra un contrato por necesidades económicas sin haber querido⁷² o como resultado de una mala etapa de negocios, necesidad económica, o dificultad financiera no significa que por estar en ese estado haya una dureza económica.⁷³ En el caso *French v Shoemaker*⁷⁴, Clifford J dijo que si bien la parte estuvo bajo circunstancias económicas difíciles, la parte con la que contrató no fue la culpable de las mismas, y por lo tanto su decisión de contratar fue voluntaria⁷⁵. Por otra parte, en el caso *Hazelhurst Oil Mill Co vs US*, la corte dice que si existe dureza económica cuando se genera un gran perjuicio a un negocio a pesar de que el contrato no sea coercitivo en sí mismo⁷⁶.

Por ende, la dureza económica tiene que ver con los actos meramente económicos que puedan viciar la voluntad y es por eso que en este caso la he relacionado con la figura de la lesión enorme. Según Posner hoy en día la dureza económica se la puede asimilar

⁶⁸ Ver. Dawson, John P. "Economic Duress: An Essay in Perspective." *Michigan Law Review*, vol. 45, no. 3, 1947, pp. 253–290. JSTOR, www.jstor.org/stable/1283644. 9 Abr. 2020. 254-256.

⁶⁹ Ver. *Lewis v Fahn* 247P 2d 831; *Cribbs v Sowie* 49 NW 587; *Adams v Irving National Bank* 23 NE 7 (1889).

⁷⁰ Ver. Economic Duress in the law of unjust enrichment in USA, England and South Africa Author(s): FHI Cassim Source: *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 24, No. 1(MARCH 1991).42.

⁷¹ Ver. Economic duress in the law of unjust enrichment in USA, England and South Africa Author(s): FHI Cassim Source: *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 24, No. 1(MARCH 1991).42.

⁷² Ver. *Bartlett v Richardson Company* 161 NE 403 (1927); *Ford v Bachman* 32 NE 2d

⁷³ Ver. *Urban Plumbing and Heating Co v United States* 408F 2d 382 (1969).

⁷⁴ Ver. *French v Shoemaker* 581 US 315 at 333.

⁷⁵ Ver. *Morrill v Amoskeag Savings Bank* 9A 2d 519(1939).

⁷⁶ Ver. *Hazelhurst Oil Mill Co v US* 42F 2d 331; *Pittsburgh Steel Co v Hollingshead and Blei*.

al monopolio, en su libro *Analysis of Law* explica que cuando una gran corporación contrata con un individuo, más aún cuando son contratos de adhesión, se asemeja a la dureza que tiene de por medio una amenaza. La amenaza se refleja en que el individuo se ve obligado a firmar el contrato de tómallo o déjalo bajo los términos que la empresa ha decidido⁷⁷, pues si solo una persona ofrece el producto en el mercado entonces efectivamente nadie puede negociar sino solo aquel que le de lo máximo por ese producto.

Posner está seguro de que ninguna transacción en el mercado es sin costo es más mientras mas personas dentro de una transacción, el costo aumenta⁷⁸. Para su análisis parte del teorema de Coase y dice que en efecto el mismo es una tautología en la que solo si hay ganancias en el intercambio, las partes racionales intercambiarán, y si no, no; pues para un economista los individuos que no hacen un intercambio que mejorará su bienestar serían irracionales⁷⁹. Es decir que cuando los costos de transacción son cercanos a cero las partes harán negocio, caso contrario no. Sin embargo, su análisis trasciende y dice de este monopolio que existe en su ejemplo de contratos de adhesión, el único que ahorra costos es el vendedor y no el comprador, es más apunta a que los costos de transacción son mucho más altos para las personas en indefensión⁸⁰, pues estas tienen que utilizar sus recursos para llegar al vendedor. A semeja esto a un monopolio en el sentido de que la única manera de que mejore la situación es que otro vendedor proponga mejores condiciones, pero jamás se recibirá una contraoferta del comprador⁸¹.

El explica el surgimiento de un monopolio bilateral cuando una parte se encuentra en un estado de necesidad que le vuelve incapaz de negociar con una visión clara de la situación, y concluye que en este tipo de escenarios los costos son extremadamente más altos aún en comparación con el monopolio normal, entonces resulta imposible llegar a una transacción. Este monopolio bilateral es traducido en nuestro país a la lesión enorme, en donde una persona que se encuentra bajo una situación de necesidad compra o vende el bien al precio que sea. Efectivamente, pues si solo una persona está en posición de ayudarla pagará lo que sea por obtener un bien o recibirá lo que sea por obtener otro, pues es mucho más fácil llegar a un acuerdo que parezca justo cuando hay doscientas personas ofreciendo un servicio o producto. En la lesión enorme esto se traduce en que la parte

⁷⁷ Ver. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. 195.

⁷⁸ *Id.*, 96.

⁷⁹ *Id.*, 197-98.

⁸⁰ *Id.*, 198.

⁸¹ *Id.*, 197-198.

afectada no puede tomar ningún tipo de opinión en la oferta prácticamente obligatoria que le están imponiendo, pues los costos de transacción son tan altos que tal y como decidiría Coase en este escenario es muy importante que dice la norma. Posner dice que un posible acuerdo resulta imposible pues una persona busca quitar toda su riqueza de otra, por un rescate⁸² y por lo tanto importa mucho la regla legal con el fin de que exista un pago razonable⁸³.

Coase en su teorema dice que la asignación legal inicial de los derechos de propiedad no interesa. Sin embargo, Posner sin oponerse a esto refina sus comentarios y dice que hay situaciones como en las de monopolio bilateral en donde la asignación legal inicial que exista hace que dependa directamente la disposición de los recursos⁸⁴. Es decir que un monopolio bilateral genera una deseconomía en la que los altos costos generan que no se asignen los recursos de manera eficiente puesto que no se dan las transacciones que realmente deberían darse⁸⁵.

A pesar de estar de acuerdo en que la regla judicial debe aplicarse en el caso de un monopolio bilateral, reconoce que el mercado posiciona de la manera más eficiente los recursos. Es decir que el simple hecho de probar que un mercado falla no significa que el sistema judicial sea perfecto ya que ambos son imperfectos⁸⁶. Pero si dice que si los costos en efecto son extremadamente altos entonces los jueces tienen la posibilidad de acercarse a una mejor disposición de recursos comparada a la que se llega cuando se asigna de una manera económicamente aleatoria los derechos⁸⁷ o sea, dentro del mercado. Finalmente, reconoce que es imposible esperar que los tribunales lleguen a una solución óptima y resulta antieconómico pedirles que busquen la perfecta combinación, esto lo representa con un ejemplo, en el que menciona que si se da el derecho de producir chispas a un ferrocarril entonces el que tiene sus cultivos al lado es el que tiene que cargar el daño y viceversa en el caso de que el agricultor tenga el derecho de que sus cultivos no se vean

⁸² Ver. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. Hace una referencia a los contratos de adhesión en donde hay términos coercitivos. 194.

El juez Posner citó al juez Henry Friendly diciendo que, “los arreglos inducidos por una probabilidad mínima de un juicio inmenso en una demanda colectiva [son] ‘arreglos por chantaje’”. Cooter, Robert; Ulen, Thomas, 2003, *Law & economics*, Boston: Addison Wesley. 537

⁸³ Ver. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. 198.

⁸⁴ *Id.*, 52.

⁸⁵ *Id.*, 99.

⁸⁶ *Id.*, 96.

⁸⁷ *Id.*, 100.

afectados⁸⁸. Por lo tanto, estas combinaciones son tan extensas que es imposible de saber cual es la perfecta, empero, los tribunales se pueden acercar a una definición buena de derechos de propiedad asignando de mejor manera los recursos.⁸⁹

Posner al teorema de Coase le dio la refinación principal que es que la asignación de recursos realmente si importa al momento en el que el mercado opera puesto que el mover cierto bien de su patrimonio a una persona puede representarle una fracción grande de su riqueza, entonces la asignación final dependería directamente de la inicial⁹⁰.

La posición de Posner se puede resumir en una aplicación directa del teorema de Coase en donde el costo de transacción tan alto, genera importancia en la regla legal. Pues en el caso de un monopolio bilateral, en donde los precios se establecen por discrecionalidad de quién tiene el producto o en este caso la posibilidad de rescatar, resulta lógico que se pueda anular la transacción o ajustar el precio por medio de una regla legal que lo instruya. A pesar de lo cual, reconoce que este tipo de revisiones generen un problema pues van a haber menos rescatadores, pero en un futuro esto representa una ayuda en la cual las leyes den balance a las negociaciones que se realicen⁹¹ mediante el pago de un precio razonable.⁹²

5. FALLAS EN EL TEOREMA DE COASE.

El Teorema de Coase ha permitido una disyuntiva importante en el ámbito de la lesión enorme, así como Posner concuerda con sus proposiciones y aplica sus reglas a esta institución jurídica. Bullard basándose en teorías económicas prácticas ha demostrado porque esta figura por más que parezca justa en el papel parece no ser aplicable en la vida real. Es imposible negar el reto que tiene el teorema de Coase por el hecho de que los seres tienen acceso a diferentes tipos y calidades de información, aspectos de los cuales sus gustos y preferencias van a desprenderse directamente⁹³, por lo tanto no se puede hablar de manera general de “las transacciones”.

⁸⁸ Ver. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.100.

⁸⁹ *Id.*,100.

⁹⁰ *Id.*,96-97.

⁹¹ *Id.*,197-198.

⁹² *Id.*,197-198.

⁹³ Ver. Sola, J., 2016. Coase y la decisión Judicial. *Universidad de San Martín de Porres*, [online] 1. Disponible en: https://quieroserjuez.webnode.es/_files/200000059-aec35afbb8/Coase_y_la_decision_judicial_Dr_Juan_Vicente_Sola.pdf [3 April 2020].24.

En esto se centra el análisis de Bullard el cual esta de acuerdo con el teorema de Coase sin embargo en la lesión enorme considera que su aplicación no tiene un asidero económico, y las normas no están hechas para generar una deseconomía a gran escala. La idea principal se basa en que la celebración de negocios jurídicos parte de la existencia de contraprestaciones totalmente diferentes, caso contrario ante valoraciones iguales a diferentes bienes se daría un imposible económico ya que no tendría sentido el intercambio. Esto se resume en que a mayor disparidad la ganancia aumenta, y si las valoraciones coinciden no existe intercambio⁹⁴.

La lesión enorme según Bullard tiene un gran problema cuando se habla de un justo precio, ya que si se pensaría que el valor de una cosa es estático o en su defecto completamente objetivo el valor de mercado no existiría y por lo tanto no variaría. Por consiguiente, se puede deducir que el legislador cuando regula mediante la lesión enorme a los contratos de compraventa en principio busca evitar la existencia de conductas egoístas⁹⁵.

Con respecto a las conductas egoístas o de aprovechamiento existe toda una teoría de rescates y de “buenos o malos samaritanos”. Sin duda los actos de ayuda a las personas tienen una motivación económica, el buen samaritano que ayuda y al que le alegan lesión en juicio en un futuro pierde cualquier tipo de incentivo⁹⁶. Esto genera un gran problema dentro de la sociedad debido a que las personas pierden el incentivo de ayudar a otras. El problema no solo es que posiblemente escaseen rescatadores, sino que las personas que necesitan ser rescatadas no tendrán ninguna posibilidad de aliviar su pérdida cuando se encuentren en momentos de dificultad⁹⁷, o también que a pocos rescatadores los precios suban aún más generando más disparidad aunque la lesión busque lo contrario. Puesto que, la lesión te da el mensaje de que cualquier precio que tu puedas pactar de acuerdo al

⁹⁴ Ver. Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. 197-198. “La ley básica de determinación del precio”. En *Lecturas de economía política*, Vol. I, Editado por Jesús Huerta de Soto. Madrid: Unión Editorial, 2014. 100.

⁹⁵ Ver. Bullard Gonzáles, Alfredo. *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2009. 376.

⁹⁶ *Id.*, 374.

⁹⁷ Ver. *Post vs Jones* 60 U.S. 19 (How) 150 Corte Suprema De Los Estados Unidos. 1856. Ejemplo barco ballenero de Richmond en donde se llegó a un acuerdo para salvar la embarcación en el cual se le vendía el aceite a un precio muy por debajo del valor de mercado dejaron sin efecto este contrato con una figura similar a la lesión.

principio de autonomía de la voluntad, el juez tiene la facultad de revisarlo aun cuando tenga herramientas precarias para la determinación del precio⁹⁸.

Resulta antinatural e inusual que un juez quién fue ajeno a la negociación decida sobre que actitud quisieron tomar las partes; pues la acción del ser humano toma sentido en cada específica situación, de acuerdo con Ludwig Von Mises⁹⁹. Bullard hace una clara distinción en la que el juez puede tomar dos perspectivas con respecto a la gran diferencia en las contraprestaciones; la primera es que el valor de la prestación es muy bajo con respecto a lo que hizo o muy alto; la segunda es que aquella ayuda le salvó de una situación extrema a otra persona¹⁰⁰, muchas veces su vida, la de un ser querido, o la vida de su negocio. En definitiva, para uno es el solo llevarle y salvarle por diez mil dólares mientras que para otro los diez mil valen su vida¹⁰¹. Los rescates competen a todo un estudio completo sin embargo se puede reducir en lo siguiente. Los rescates se clasifican en tres: rescate fortuito, previsto, planeado y, el valor de la remuneración depende directamente de la inversión de recursos, en donde el rescatador fortuito emplea aquellas herramientas que tiene a mano mientras que el rescatador planeado emplea una alta cantidad de recursos para ayudar a las personas¹⁰². La lesión enorme también desincentiva la cantidad de rescates en una sociedad.

En consecuencia, se puede decir que Bullard se aparta del pensamiento de Posner y de Coase; y lo hace principalmente en base a que además de la escasez de buenos samaritanos o rescatistas que pueda darse, hay algo imposible de determinar dentro de la lesión que es el justo precio. Por lo tanto, ha adoptado el análisis de la subjetividad del valor, en donde ninguna transacción se asemeja, y por más de que las lecciones de Posner y Coase suenen como un remedio para la extrema diferencia en las contraprestaciones esto resulta inaplicable. Ya que las transacciones nunca podrán ser las mismas ni equiparables por lo tanto no hay una regla legal que solucione esto de manera eficiente.

5.1. Teoría subjetiva del valor.

⁹⁸ Ver. Bullard Gonzáles, Alfredo. Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2009. 376.

⁹⁹ Ver. Mises, Ludwig Von. Human Action. Ludwig Von Mises Institute. Auburn, Alabama 1998. pg92

¹⁰⁰ Ver. Bullard Gonzáles, Alfredo. Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2009. 379.

¹⁰¹ *Id.*, 379.

¹⁰² *Id.*, 439-440.

La teoría subjetiva del valor tiene a varios exponentes entre los cuales están, Eugen von Boehm-Bawerk¹⁰³, Ludwig Von Mises¹⁰⁴ y Alfredo Bullard¹⁰⁵. Ellos analizan cómo las personas a un mismo bien asignan valores diferentes, en consecuencia, estandarizar un justo precio como lo hace la lesión enorme es igual de incoherente que decir que el valor es objetivamente determinable¹⁰⁶. De lo que se desprende innecesario que una norma jurídica sea inaplicable en las transacciones reales.

El ser humano está en una permanente búsqueda de encontrar un servicio práctico para las cosas, donde existen diferentes tipos de niveles de satisfacción. Es claro que cuando un ser humano tiene mucho de algo entonces aquello en lo que abunda no le hará falta alguna, por el contrario, lo que hará será buscar a otro que tenga un servicio o bien que a el le falta y le sea necesario. Por eso resulta indispensable hacer un análisis exhaustivo en un juicio con respecto a la avidez con la que se desean los bienes ajenos y si esta es más fuerte que retener lo que es propio independientemente de que sea un bien mueble o inmueble, la fuerza tiene que ser mayor a la inhibición.¹⁰⁷

Las cosas jamás tendrán un valor intrínseco sino más bien son el reflejo de una conducta humana, y sus decisiones dependen de la información que se tenga y no por sí mismas.¹⁰⁸ En esta esfera el ser humano tiene diferentes tipos de “urgency wants” lo que quiere decir que el nivel de urgencia va a determinar cuales son las cosas que debo satisfacer¹⁰⁹ y cuales pueden esperar¹¹⁰.

Si intentamos creer que las cosas valen igual para todos entonces no habría ganancia alguna al momento de intercambiar bienes o servicios, ni sentido en hacerlo; y, cuando no existen intercambios el mercado no podría subsistir. Por esta razón, es indispensable buscar una mayor disparidad entre las partes en donde la ganancia para ambas partes sube

¹⁰³ Ver. Böhm-Bawerk, Eugen von. “La ley básica de determinación del precio”. En *Lecturas de economía política*, Vol. I, Editado por Jesús Huerta de Soto. Madrid: Unión Editorial, 2014.

¹⁰⁴ Ver. Von Mises, Ludwig. “Human Action”. Ludwig Von Mises Institute. Auburn, Alabama 1998. 92-98.

¹⁰⁵ Ver. Bullard Gonzáles, Alfredo. *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2009. 373-393.

¹⁰⁶ Ver. Bullard Gonzáles, Alfredo. *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2009. 382.

¹⁰⁷ Ver. Böhm-Bawerk, Eugen von. “La ley básica de determinación del precio”. En *Lecturas de economía política*, Vol. I, Editado por Jesús Huerta de Soto. Madrid: Unión Editorial, 2014. 115.

¹⁰⁸ Ver. Bullard Gonzáles, Alfredo. *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2009. 387.

¹⁰⁹ Ver. Mises, Ludwig Von. *Human Action*. Ludwig Von Mises Institute. Auburn, Alabama 1998. 94.

¹¹⁰ *Id.*, 94.

al igual que el interés de intercambio¹¹¹. Es posible que el intercambio se vuelva imposible; esto se da cuando las partes consideran que un mismo bien vale igual¹¹².

Cuando el legislador establece que el justo precio será el valor del mercado al momento de celebrado el contrato existe una única premisa verdadera; al precio de mercado miles de cosas no se compran, no se venden y unos adquieren ciertas cosas que otros no¹¹³. Si creeríamos que ese justo precio de mercado es el valor verdadero entonces todos deberían estar de acuerdo en los valores y no habría fluctuaciones en el mercado. Consecuentemente, también se puede deducir que las personas pueden renunciar a las valoraciones del mercado por su propio bienestar¹¹⁴, si una persona ve algo a un precio en oferta que cuesta dos dólares, pero su familia no tiene para comer efectivamente va a pagar por un pan así ese bien sea algo que desea con intensidad, tal es así que las cosas valen más dentro de las prestaciones no porque las personas deseen pagar más, sino por su preferencia en determinadas circunstancias¹¹⁵. Otro ejemplo es el pan y el diamante, si bien un diamante puede ser valorado en miles de dólares dentro de la tienda, en una situación en donde no tienes nada para comer y cien diamantes en el bolsillo, no dudarías en entregar uno o diez como medio de pago para que te den cinco panes. Esto no quiere decir que tu no valoras tu diamante o no sabes cuanto cuesta, sino que valoras mucho más tu vida que un diamante¹¹⁶. De esto se desprende que las cosas no deben ser valoradas en general sino en particular.

Finalmente, al ser el precio algo que depende directamente del fuero interno de la persona, de todos sus deseos subjetivos y fuerzas genuinas de acción las cuales se ven reflejadas en determinada utilidad que va a recibir un individuo cuando obtiene un bien

¹¹¹ Ver. Böhm-Bawerk, Eugen von. “La ley básica de determinación del precio”. En *Lecturas de economía política*, Vol. I, Editado por Jesús Huerta de Soto. Madrid: Unión Editorial, 2014. 100.

¹¹² *Id.*, 100.

¹¹³ Ver. Bullard González, Alfredo. *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2009. 388. Ej: El propietario de una casa que vive en ella valora mucho más la casa por muchas razones, no solo por el hecho de tener un bien, sino un lugar en donde estar con su familia, y otros beneficios. Si creeríamos que la persona que valora su casa debe recibir un precio de mercado para venderla entonces conducimos las normas a una mala asignación de los recursos, pues para deshacerse de la casa el dueño esperará recibir mucho más de lo que el valora.

¹¹⁴ Ver. Böhm-Bawerk, Eugen von. “La ley básica de determinación del precio”. En *Lecturas de economía política*, Vol. I, Editado por Jesús Huerta de Soto. Madrid: Unión Editorial, 2014. 111.

¹¹⁵ Ver. Bullard González, Alfredo. *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2009. 384. Por eso cuando los pasajes suben de precio en temporada la gente igual compra no por condiciones de oferta sino de demanda, entonces no es que las empresas deciden subir sino que no satisfacen toda la demanda, y aquellos que realmente deseen satisfacer sus deseos van a pagar el precio hasta el punto que ellos crean sigue siendo justo.

¹¹⁶ *Id.*, 385.

deseado, es un absurdo económico el intentar de manera legal objetivarlo. No se trata de intentar generar una fantasía mediante una norma.

Mises hace una clara referencia y dice que los precios en la economía dependen no de lo que el mismo representa ante los ojos de otra persona sino, por el contrario, es lo que significa realmente para aquella persona que quiso obtener el bien o servicio.¹¹⁷ En definitiva, objetivar el precio de los bienes resulta irrazonable porque este es el efecto y el resultado directo de las valoraciones subjetivas en los bienes o medios de intercambio¹¹⁸ que tienen las personas en particular, y el precio de mercado no es el precio real dentro de cada transacción. Por lo tanto, el Teorema de Coase y la aplicación de Posner a la lesión enorme no tiene sentido, puesto que ambos hablan de las transacciones en general pero no se puede generalizar algo que por su naturaleza es particular y nace subjetivamente como el valor de los bienes o servicios.

6. CONCLUSIONES.

1.1. IMPACTO DE LA LESIÓN ENORME Y DEROGATORIA

Al analizar la lesión enorme esta representa un desafío para la economía al momento de su aplicación. La manera en la que está redactada la norma, y su forma de configurar la lesión enorme en base a un justo precio es la principal falla de concepción de la misma.

El problema es que el justo precio según la jurisprudencia ecuatoriana y otros jueces que también aplican la figura de la lesión enorme parte de el valor del mercado y este es el principal problema en la lesión enorme, pues como ya se demostró al precio de mercado miles de cosas no se compran, no se venden, y el precio nace de la teoría subjetiva del valor en el que ningún tipo de prestación va a ser igual. Es entonces que la decisión judicial no puede tomar valoraciones sustraídas de las verdaderas circunstancias y del contexto en el que se produjeron.

El Teorema de Coase hace que los autores se aparten o apliquen el mismo, cuando se trata de analizar la figura de la lesión enorme. Si bien se puede decir que las transacciones son susceptibles de tener altos costos el problema de la lesión enorme más allá de lo lógico que parezca en la teoría es imposible llegar a un concepto claro de precio justo. Por lo tanto, resulta inválida la existencia de la figura de la lesión enorme, ya que

¹¹⁷ Ver. Mises, Ludwig Von. Human Action. Ludwig Von Mises Institute. Auburn, Alabama 1998. 94.

¹¹⁸ Ver. Böhm-Bawerk, Eugen von. "La ley básica de determinación del precio". En Lecturas de economía política, Vol. I, Editado por Jesús Huerta de Soto. Madrid: Unión Editorial, 2014. 111.

jamás se tendrá una regla legal clara de como intervenir; y, el darle una ecuación matemática resulta económicamente un absurdo. Si bien Posner parte de la lesión enorme como un vicio del consentimiento, algo que resulta un poco más lógico cuando la contraparte ha tenido una presión económica o el escenario se da directamente por la injerencia de la contraparte es imposible determinar realmente cual es el precio al que se debió llegar.

Hacer énfasis en que es imposible establecer si existe un beneficio excesivo pues los valores nacen directamente de las valoraciones subjetivas de las partes resulta indispensable. Es por esta razón principal que al momento de hablar de la lesión enorme lo mejor es alejarse de la aplicación del teorema de Coase en donde si importa la regla que regule a una transacción con altos costos y acercarse más a la teoría subjetiva que plantean Bullard, Mises y Böhm-Bawerk.

En conclusión, la lesión enorme es una figura que debe derogarse debido a la falsa economía que presupone la regla. Altera no solo de manera económica sino también jurídica debido a que posibilita la falta de cumplimiento de los contratos generando que menos personas estén dispuestas a ayudar, y en un mercado donde se dan pocas ofertas estas pueden subir. Por eso es mucho mejor que existan rescatistas y que se impulse esto para que las personas puedan escoger con quién les conviene contratar.

La principal idea de la lesión enorme es que las prestaciones sean equivalentes, pero esta equivalencia de acuerdo con quién, o con que si es imposible de objetivar. La norma establece la mitad del justo precio, pero, porque el legislador no decidió las siete doceavas partes de acuerdo con el código francés que fue la principal fuente de esta institución. Finalmente, no sirve de nada tener una institución en donde su principal remedio se base en la valoración objetiva con una ecuación matemática cuantificable de algo que es netamente subjetivo como los deseos y valoraciones de cada uno. Las ciencias económicas y jurídicas no están inspiradas en el como deben ser las acciones de las personas, por ende, no todos estarán inspirados por una filosofía válida e igual, ni tampoco tendrán el mismo conocimiento, tal es así, que si una persona actúa diferente a lo que hacen todos no significa que esté mal, sino que tan solo tiene otro tipo de valoraciones o conocimientos. Lo que si es real y práctico es que para una persona puede valer un diamante diez mil dólares en una tienda y en un desierto en donde necesita agua no valerle nada. Es por eso que el derecho debe regular lo que es y no lo que debería ser para poder ser objetivo realmente al momento de tomar decisiones y la única manera de

lograrlo es eliminando figuras indeterminadas que ponen en peligro al sistema jurídico, y que puede degenerar en una sobre congestión de las cortes. Dejando así la posibilidad de que las personas negocien de acuerdo con su poder de negociación y no basándose en la premisa de el incumplimiento de sus tratos.