

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El incumplimiento contractual ecuatoriano visto desde la óptica de la eficiencia
económica**

Pedro Emilio Pinos Benítez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Pedro Emilio Pinos Benítez

Código: 00123576

Cédula de identidad: 1716359136

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

El incumplimiento contractual ecuatoriano visto desde la óptica de la eficiencia económica¹

The Ecuadorian contractual breach seen from the standpoint of economic efficiency

Pedro Emilio Pinos Benítez²

ppinos@estud.usfq.edu.ec

Resumen

A partir de 1970, con el surgimiento del análisis económico del derecho, se ha tratado de analizar los distintos tipos de remedios existentes en el evento de un incumplimiento contractual siguiendo el criterio de la eficiencia en el sentido de Pareto. Tradicionalmente, han existido dos grandes teorías. Por un lado, aquellos que proponen que únicamente el pago de daños pueda ser exigible por el deudor incumplido. Esto es, el incumplimiento eficiente. Esta posición ha sido aplicada tradicionalmente por la jurisprudencia anglosajona. Por otro lado, aquellos que proponen que el cumplimiento eficiente y el pago de daños puedan ser exigibles por el deudor incumplido, a su arbitrio. Esta posición ha estado representada tradicionalmente por los doctrinarios defensores del sistema de derecho civil. El presente ensayo pretende dilucidar las distintas teorías existentes, con el fin de determinar cuál de ellas representa mejor el criterio de la eficiencia económica.

Palabras Clave:

Incumplimiento contractual- Eficiencia Económica- Análisis Económico del derecho- Eficiencia en el sentido de Pareto- Incumplimiento eficiente.

Abstract

Since 1970, with the emergence of the economic analysis of law, an attempt has been made to analyze the different types of remedies available in the event of a breach of contract following the criterion of efficiency in the sense of Pareto. Traditionally, there have been two main theories. On the one hand, those who propose that only the payment of damages can be demanded by the defaulting debtor, thus the efficient breach. This position has been traditionally applied by the Anglo-Saxon jurisprudence. On the other hand, those who propose that specific performance can be demanded by the defaulting debtor. This position has traditionally been represented by the scholars defending the civil law system. This essay seeks to elucidate the various existing theories, in order to determine which of them best represents the criterion of economic efficiency.

Keywords:

Breach of contract- Economic Efficiency- Economical Analysis of Law- Pareto Efficiency- Efficient Breach.

Fecha de lectura: 18 de Diciembre de 2020

Fecha de Publicación: 18 de diciembre de 2020

¹Trabajo 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 Medina

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

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN-2. MARCO TEÓRICO-3. ESTADO DEL ARTE-4. ACLARACIONES ACERCA DE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE-5. ARGUMENTOS A FAVOR DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE-6. ARGUMENTOS A FAVOR DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO COMO REMEDIO RUTINARIO-7. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE EN EL ORDENAMIENTO ECUATORIANO-8. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El derecho de los contratos se ha encargado de proporcionar soluciones al incumplimiento contractual de una de las partes. En los contratos bilaterales generalmente, las soluciones al incumplimiento pueden variar dependiendo del sistema de derecho analizado. Doctrinariamente, existen por lo general dos posibles aproximaciones dependiendo de la tradición legal en la cuál nos ubiquemos. Ya sea esta última el derecho común anglosajón, o el derecho civil. Por un lado, el derecho anglosajón, en su tradición jurisprudencial, ha determinado que quién incumple únicamente está obligado a compensar a la contraparte¹. Por otro lado, en el derecho civil, los cuerpos normativos de países como Ecuador, Colombia, España o Francia otorgan al incumplido el derecho ya sea al cumplimiento específico o al pago de daños compensatorios.²

Frente a estas dos grandes tradiciones, existen quienes afirman que la solución más eficiente económicamente hablando, sería aquella adoptada por el derecho anglosajón. Es decir, el pago de daños como remedio rutinario otorgado por las cortes, admitiéndose ciertas excepciones cuando se trata de bienes únicos. Por otro lado, los defensores del derecho civil afirman que la solución más eficiente es aquella contemplada por nuestro sistema, es decir, otorgar el derecho a la persona incumplida a optar por demandar a su arbitrio, ya sea el pago de daños o el cumplimiento específico de la obligación.³Esta

¹ Ver Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía* (Distrito Federal: FCE - Fondo de Cultura Económica, 1998).

² Id.

³ Ver Daniel Markovits y Alan Schwartz, "The myth of efficient breach: new defenses of the expectation interest", *Virginia Law Review* 97 (2011), 1939–2008.

discusión ha estado presente desde inicios de los años 70, particularmente en la disciplina del análisis económico del derecho⁴.

Se han escrito grandes cantidades de literatura acerca de la teoría del incumplimiento eficiente, sobre todo en los Estados Unidos y en países como Francia o Alemania⁵. Más recientemente, esta discusión ha ocupado las páginas de ciertos artículos académicos en América Latina, sobre todo en países como Perú⁶ o Chile⁷. Sin embargo, nada se ha escrito en nuestro país. Este artículo pretende responder a la siguiente pregunta: ¿Es posible la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente en el Ecuador? Para esto, el presente ensayo se desarrollará alrededor de cuatro grandes ejes: La explicación de la teoría del incumplimiento eficiente, los argumentos a favor de la aplicación del incumplimiento eficiente, las críticas a la teoría del incumplimiento eficiente, y finalmente, la posibilidad de aplicar o no la mencionada teoría en nuestro país.

La metodología utilizada en esta investigación será de tipo principalmente documental. Sin embargo, en ciertos momentos será imprescindible recurrir a métodos cuantitativos, con el fin de determinar de mejor forma ciertas conductas económicamente eficientes. Adicionalmente, podemos decir que esta investigación es de carácter interdisciplinario, por tratarse de un análisis económico del derecho.

2. Marco teórico

2.1 Marco normativo

La Constitución de nuestro país, en su artículo 66⁸ reconoce y garantiza ciertos derechos de libertad. Entre ellos se encuentra la libertad de contratación. El estado posee entonces, el deber constitucional de garantizar la libre contratación de las personas. En el derecho civil continental, este derecho subjetivo se deriva del principio de autonomía de la voluntad. Por otro lado, y acercándonos más al tema que nos compete, el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1453, establece lo siguiente: “las obligaciones nacen, ya del

⁴ Ver Juan Antonio Gaviria Gil “Sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho y Economía* 44 (2015), 37-57.

⁵ Ver Henrik Lando y Caspar Rose, "On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries", *International Review of Law and Economics* 24, (2004), 473-487.

⁶ Ver Alfredo Bullard, *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales* (Lima: Palestra Editores, 2009).

⁷ Ver Felipe Jiménez Castro y Felipe Jiménez Castro, “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el derecho de contratos”, *Revista chilena de derecho privado* 29 (2017), 99-136.

⁸ Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

concurso de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones”⁹.

Sin embargo, el artículo más importante, y que concierne directamente a la teoría del incumplimiento eficiente es el artículo 1505 del Código Civil. Este artículo establece que, en caso de incumplimiento de un contrato por una de las partes, puede la otra pedir, a su arbitrio, ya sea el cumplimiento del contrato, o su terminación¹⁰. Recibiendo en ambos casos un pago por los daños ocasionados. A esta condición implícita en los contratos, la doctrina le otorga el nombre de condición resolutoria tácita¹¹. De este artículo deriva, el hecho de que la parte incumplida, de acuerdo a la tradición del derecho civil, pueda pedir el cumplimiento específico de la obligación. A diferencia de la tradición existente en el derecho anglosajón, en el cual el incumplido, únicamente tiene derecho al pago de daños.

Ahora bien. Otro artículo relevante para este ensayo es el 1569 del Código Civil. Este último establece lo siguiente:

“Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya: 1. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y, 2. Que el deudor le indemnice los perjuicios restantes de la infracción del contrato”¹²

La relevancia de este artículo será evidente más adelante en este ensayo. Por ahora podemos decir, que la distinción entre las obligaciones de dar y las obligaciones de hacer es decisiva en función del remedio que adopten los jueces.

Paralelamente, la tradición del derecho común anglosajona ha forjado su posición frente a la teoría del incumplimiento en base a su jurisprudencia. En efecto, la preferencia del pago de daños por sobre el cumplimiento específico en el common law, se remonta a 1616¹³. En esa fecha el juez Coke inaugura una tradición que perdura hasta nuestros días

⁹Artículo 1453, Código Civil (CC). R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, Reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015.

¹⁰ Artículo 1505, CC.

¹¹Ver Alessandri Arturo “Cómo opera la condición resolutoria tácita”, en *De la compraventa y de la promesa de venta Tomo II Volumen I*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 391-457.

¹² Artículo 1569, CC.

¹³ Ver Hanoch Dagan & Michael A. Heller, “Specific Performance”, *Columbia Public Law Research Paper* 14 (2020), 1-58.

en el common law. Una de las consecuencias de este desarrollo jurisprudencial es el hecho de que tanto el common law como el civil law, tienen puntos en los que coinciden. En este último, por ejemplo, existen casos en los que el cumplimiento específico se torna imposible, y los jueces consecuentemente tienen que otorgar el pago de daños (podemos agregar los casos en los que las propias partes prefieren el pago de daños). Por otro lado, en el derecho común, las cortes excepcionalmente otorgan el cumplimiento específico, como en el caso de los bienes únicos¹⁴.

2.2 Principales teorías

La teoría del incumplimiento eficiente ha sido históricamente objeto de estudio de diferentes disciplinas¹⁵. Tanto abogados, como economistas y filósofos, han abordado la cuestión del incumplimiento contractual en pos de la eficiencia desde diferentes puntos de vista. Desde el campo de la filosofía, por ejemplo, se ha erigido una crítica contraria a la práctica jurisprudencial del incumplimiento eficiente basándose en el hecho de que a partir del momento en el que los individuos celebran un contrato, se encuentran obligados moralmente a acatar las promesas¹⁶.

Los abogados por su parte han estudiado el tema del incumplimiento contractual desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad¹⁷. Los contratos han sido considerados desde la profesión legal, como el punto más alto de libertad individual, y en dónde más se refleja la libertad de cada persona de obligarse frente a otra o no en base a su libre albedrío. Por otro lado, estos mismos profesionales se han dedicado al estudio de los distintos remedios para el incumplimiento contractual, ya sea bajo el pago de daños, cláusulas penales, cumplimiento específico, incumplimiento eficiente, entre otros.

Por su parte, los economistas han aportado a este debate, hasta el momento dominado por los filósofos y los abogados, la idea de la eficiencia económica del cumplimiento o incumplimiento contractual¹⁸. Es precisamente esto lo que da nacimiento a nuestro tema y a su área de estudio. Esta disciplina ha logrado introducir en base a trabajos fundamentales, la noción de eficiencia económica en el área legal. Una de las

¹⁴ Sedmak c. Charlie's Chevrolet Inc. Corte de apelaciones de Missouri, 16 de junio de 1981, parr. 3.

¹⁵ Ver Hanoch Dagan & Michael A. Heller, "Specific Performance", *Columbia Public Law Research Paper* 14 (2020), 1-58.

¹⁶ Id.

¹⁷ Id.

¹⁸ Ver Birmingham, Robert L., "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", *Articles by Maurer Faculty* 1705, (1970), 1-21.

derivas de la implementación de esta perspectiva, es el hecho de que, en el ámbito del incumplimiento contractual, también se realice un análisis acerca de los remedios más eficientes económicamente, en el evento de un incumplimiento por una de las partes.

Existen dos grandes teorías en la disciplina del análisis económico del derecho, Por un lado, tenemos a aquellos que abogan por la eficiencia económica de la regla del common law, que se basa en que la parte que incumple únicamente tiene la obligación de compensar a su acreedor¹⁹. Y la parte incumplida, no puede, salvo en ciertas excepciones, demandar el cumplimiento específico de la obligación. Por otro lado, tenemos a aquellos que afirman que la eficiencia económica se encuentra del lado de la tradición del derecho civil continental²⁰. Es decir que la parte incumplida tiene derecho a demandar el cumplimiento específico de la obligación o el pago de daños. La decisión quedaría a discreción de la parte incumplida.

3. Estado del arte

Son dos los autores que han logrado ubicarse en la vanguardia de este debate, no solo por ser los primeros en centrar sus investigaciones en el área de la eficiencia económica del incumplimiento contractual, sino también porque sus trabajos han trascendido su época, y se han vuelto fundamentales para cualquier autor que focalice su investigación en la teoría del incumplimiento eficiente. Estos autores son Richard Posner²¹ y Ronald H. Coase²². Ambos son responsables por fundar la disciplina del análisis económico del derecho, y sus reflexiones se han revelado fundamentales en el área de la eficiencia económica. Consecuentemente, en el ámbito de estudio del presente ensayo.

Por otro lado, y enfocándonos en el área del incumplimiento eficiente, Robert. L. Birmingham²³ se revela fundamental por el simple hecho de ser el primero en desarrollar la teoría del incumplimiento eficiente de los contratos y en demostrar su aplicación, a

¹⁹ Ver JiménezCastro y JiménezCastro, “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado* 29 (2017), 99-136.

²⁰ Ver Daniel Markovits, Alan Schwartz, “The myth of efficient breach: new defenses of the expectation interest”, *Virginia Law Review* 97 (2011), 1939-2008.

²¹ Ver Richard A. Posner, “The nature of economic reasoning”, en *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, (1986). 3-28.

²² Ver R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics* 3 (1960), 1-44.

²³ Robert L. Birmingham, “Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency”, *Rutgers Law Review* 24, (1970). 1-21.

inicios de los años 70. Posterior a estas investigaciones, empieza a proliferar el análisis económico del derecho como disciplina, y consecuentemente también las obras que defienden o critican el incumplimiento eficiente. Los trabajos iniciales acerca de esta teoría han sido producidos principalmente en las facultades de derecho de los Estados Unidos, justamente en esa década²⁴.

Uno de los primeros doctrinarios en sentar las bases para los posteriores trabajos acerca del incumplimiento contractual con miras a una eficiencia económica fue el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes, quién estableció que el que incumple únicamente se encuentra obligado al pago de daños, mas no al cumplimiento de la obligación²⁵, a inicios del siglo pasado, inaugurando así el punto de vista Holmesiano. Entre los autores más representativos que defendieron posteriormente (a inicios de los años 70) la teoría del incumplimiento eficiente, se encuentran precisamente Richard Posner y Robert L. Birmingham, a quienes acabamos de mencionar. A pesar de que los trabajos más recientes han tenido menos trascendencia, podemos mencionar el artículo publicado en el 2020 por los autores Hanoch Dagan y Michael A. Heller²⁶, en el cual defienden una vez más el incumplimiento eficiente.

Al otro extremo, se encuentran los autores que critican la teoría del incumplimiento eficiente. Casi paralelamente a los trabajos de Posner y Birmingham, surgen figuras como Anthony Kronman²⁷ o Alan Schwartz²⁸, que se posicionan al lado contrario del debate alrededor del incumplimiento eficiente. Más adelante, en la década de los ochenta, tendrán una gran repercusión el trabajo de los autores Cooter y Ulen²⁹, quienes introducirán nuevos elementos de suma importancia para el debate. Desde una perspectiva más moderna, es el jurista Richard Epstein³⁰ quién con se ha posicionado firmemente en contra del incumplimiento eficiente.

²⁴ Ver Juan Antonio Gaviria Gil, “Sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho y Economía* 44 (2015), 37-57.

²⁵ Ver Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, *10 Harvard Law Review* 457 (1897), 1-20.

²⁶ Ver Hanoch Dagan & Michael A. Heller, “Specific Performance”, *Columbia Public Law Research Paper* 14 (2020), 1-58.

²⁷ Ver Anthony T. Kronman, “Specific Performance”, *The University of Chicago Law Review* 45 (1978), 351-382.

²⁸ Ver Alan Schwartz, “The Case for Specific Performance”, *The Yale Law Journal* 89 (1979), 271-306.

²⁹ Ver Robert Cooter, Thomas Ulen, *Derecho y economía* (Distrito Federal: FCE - Fondo de Cultura Económica, 1998).

³⁰ Ver Richard A. Epstein, “Intellectual Property and the Law of Contract The Case Against ‘Efficient Breach’”, *European Property Law Journal* 2 (2013), 1-27.

Otro de los trabajos más trascendentes sobre todo por la relevancia que ha tenido en América Latina es el trabajo realizado por el peruano Alfredo Bullard³¹, quién se posiciona a favor de la regla establecida por el derecho civil frente a la regla del common law. Precisamente, en Latinoamérica se han publicado trabajos que tratan acerca de la teoría del incumplimiento eficiente sobre todo en países como Chile, Perú y en menor medida Colombia. En Ecuador no existen hasta el momento trabajos acerca de la teoría del incumplimiento eficiente.

4. Aclaraciones acerca de la teoría del incumplimiento eficiente

4.1 Explicación de la teoría del incumplimiento eficiente

Con el fin de explicar con mayor claridad aquello que plantea la teoría del incumplimiento eficiente plantearemos un caso práctico: A y B firman un contrato para la entrega cien quintales de trigo que deberán ser entregados a A en el transcurso de una semana. Supongamos que A valora los cien quintales de trigo en 100\$, mientras que B valora el trigo en 80\$. Hasta este punto, tiene sentido que A que valora el trigo en 20\$ más que B se quede con él. Sin embargo, supongamos, que, una vez celebrado el contrato, pero antes de que B haga la entrega del trigo a A, ocurre una contingencia. Aparece un tercero que denominaremos C. C valora los cien quintales de trigo en 120\$, y ofrece pagar este valor a B con el fin de que este último le entregue a él los 100 quintales de trigo. La teoría del incumplimiento eficiente postula, que B debería incumplir el contrato que mantenía con A, con el fin de que sea C quién se quede con los cien quintales de trigo.

4.2 El concepto de eficiencia económica aplicado al incumplimiento contractual: la eficiencia de Pareto.

Como el propósito del presente artículo es el de analizar la eficiencia económica del incumplimiento contractual, convendrán los lectores en que el remedio adoptado en esta situación deberá proporcionar una solución económicamente eficiente. De acuerdo a Cooter y Ulen, la eficiencia requiere que los recursos se asignen a su uso más valioso³². Por lo tanto, en el caso que acabamos de plantear, una solución económicamente eficiente requiere que B (que valora los recursos en 80\$) incumpla el contrato que tiene con A (que valora los recursos en 100\$), y entregue los 100 quintales de trigo a C (que valora los

³¹ Ver Alfredo Bullard, *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales* (Lima: Palestra Editores, 2009).

³² Ver Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía* (Distrito Federal: FCE - Fondo de Cultura Económica, 1998).

recursos en 120\$), que es quién más los valora. Una normativa adecuada a este concepto de eficiencia económica debería permitir que C sea quién a fin de cuentas obtiene el recurso. Consecuentemente esta solución pasa por permitir el rompimiento del contrato que A mantenía con B.

Sin embargo, la teoría del incumplimiento eficiente postula, que un remedio económicamente eficiente ante esta situación impediría que alguna de las partes se encuentre en peor situación que en la que se encontraría de haberse cumplido el contrato entre A y B. Esto es lo que se conoce como la eficiencia de Pareto. La eficiencia de Pareto se define como aquellas situaciones en las que el beneficio de un individuo no llega a costa del perjuicio de otro. Al contrario, una situación eficiente al estilo de Pareto implica un estado en el que las partes se encuentran mejor, sin que ninguna salga perjudicada.³³

4.3 Costos de transacción y teorema de Coase

Antes de analizar los argumentos a favor y en contra de la teoría del incumplimiento eficiente, es imprescindible explicar el teorema de Coase y su vinculación con el tema de análisis que nos ocupa. El teorema de Coase efectivamente puede resumirse de la siguiente forma: los recursos se destinarán a su uso más eficiente cuando los costos de transacción sean nulos³⁴. Los costos de transacción son los costos en los que incurren las partes con el fin de celebrar un contrato que resulte beneficioso para ellas. De acuerdo con Coase, estos costos son los costos de redacción de los términos del contrato, de información, de negociación, de inspección y otros por el estilo³⁵. Estos pueden llegar a ser muy elevados. Si los costos de transacción llegaran a ser muy altos, las partes preferirán no celebrar el contrato. De esta forma, un remedio eficiente para el incumplimiento contractual debería ser aquél que permita reducir al máximo los costos de transacción en los que incurren las partes al momento de celebración de un contrato.

4.4 Situaciones en las que el cumplimiento del contrato lleva a un resultado ineficiente.

Ahora bien, una vez que hemos explicado el concepto de eficiencia, el teorema de Coase y la teoría del incumplimiento eficiente, queda por establecer los casos en los que

³³ Ver Robert L. Birmingham, "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", *Rutgers Law Review* 24 (1970), 1-21.

³⁴ Ver R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics* 3 (1960), 1-44.

³⁵ Id.

el cumplimiento estricto del contrato no nos lleva a una situación económicamente eficiente. Alfredo Bullard, presenta tres situaciones en las que esto ocurre. Primero, “cuando el contrato tiene efectos negativos frente a terceros, es decir cuando genera externalidades”³⁶. Tal como en el caso de la contaminación, de los malos olores o del ruido excesivo que impiden que la contraparte pueda llevar a cabo sus actividades normales. Segundo, “cuando los individuos se comportan irracionalmente”³⁷. Y tercero, “cuando entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución”³⁸ ocurre una contingencia que hace que el cumplimiento del contrato tal como estaba planteado no sea rentable para ninguna de las partes. Esto ocurre por lo general cuando aparece un tercer comprador como lo ilustramos en el ejemplo anterior. Esta es la situación que le interesa a la teoría del incumplimiento eficiente.

5. Argumentos a favor del incumplimiento eficiente

5.1 Argumento de la eficiencia

El argumento más fuerte de quienes proponen el pago de daños como remedio por default para el incumplimiento contractual, es que, si la parte que más valora el bien se queda con los recursos, todas las partes están mejor que antes, y consecuentemente también la sociedad en sentido general³⁹. En el evento de un incumplimiento contractual, hemos dicho en el ejemplo presentado anteriormente que la eficiencia requiere que la persona que más valora el recurso es quién debe quedarse con él.

Sin embargo, esto no es suficiente para llegar a un resultado eficiente. En el evento de que surja un tercero que valore más el recurso, el pago de daños debe ser, además, plenamente compensatorio para llegar a una eficiencia en el sentido de Pareto (es decir, que todos están igual o mejor y nadie está peor). En el derecho anglosajón a este remedio se le denomina “*expectancy damages*”. Este tipo de daños, en palabras de Cooter y Ulen, colocan al cumplidor en la posición que hubiese estado de haberse cumplido la promesa⁴⁰. En las páginas siguientes, se demostrará cuál debe ser la compensación perfecta para

³⁶ Alfredo Bullard, *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales* (Lima: Palestra Editores, 2009), 317.

³⁷ Id.

³⁸ Id.

³⁹ Ver JiménezCastro y JiménezCastro, “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado* 29 (2017), 99-136.

⁴⁰ Ver Robert Cooter y Thomas Ulen, “Temas del análisis económico del derecho de los contratos” en *Derecho y economía* (Distrito Federal: FCE - Fondo de Cultura Económica, 1998).

llegar a una situación eficiente en el sentido de Pareto. Quienes abogan por esta teoría aseguran que, si la compensación es adecuada, el incumplimiento del contrato permitiría que todas las partes se beneficien⁴¹.

5.2 Argumento de los costos de ejecución y supervisión del contrato

Otro de los argumentos convincentes utilizados por los partidarios de la teoría del incumplimiento eficiente es el argumento de los costos de supervisión del cumplimiento del contrato. Alfredo Bullard al referirse a este argumento remarca que “basta con imaginarse a la policía obligando a un pintor a que cumpla con su obligación de pintar un cuadro”⁴². Efectivamente, no es difícil darse cuenta de que los costos de hacer cumplir una obligación específica son mayores que aquellos que implican el cumplimiento de una obligación monetaria. Ahora bien, el ejemplo del pintor que da el jurista peruano nos permite introducir una distinción fundamental a tomar en cuenta cuando tratamos acerca de la teoría del incumplimiento eficiente: la distinción entre bienes únicos y heterogéneos, y consecuentemente las excepciones que se establecen en uno y otro sistema.

Existe otro argumento concerniente a los costos, esta vez administrativos. Anthony Kronman⁴³, afirma que existen costos administrativos específicos que podrían ser evitados en un sistema en el que el pago de daños sea la solución rutinaria. El autor agrega que la eficiencia requeriría que el contribuyente no sea quién incurra en estos costos, sino las partes. Este argumento es sin embargo refutado por el mismo autor, bajo la premisa de que un sistema en el que el cumplimiento específico pueda ser pactado libremente por las partes, no aumentaría, y al contrario reduciría costos administrativos, pues los casos que tendrían que resolver las cortes disminuirían cuantitativamente. El argumento es que el cumplimiento específico como remedio, haría que las partes tuvieran que acudir en menor medida a las cortes. La lógica de este argumento como veremos más adelante es que las partes se verán obligadas a renegociar un acuerdo antes que acudir a las cortes.

5.3 La distinción entre bienes únicos y bienes heterogéneos.

Tanto el sistema de derecho civil como el sistema de derecho común admiten excepciones a las reglas aplicadas. La distinción entre bienes únicos y bienes

⁴¹ Ver Robert L. Birmingham, “Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency”, *Rutgers Law Review* 24 (1970), 1-21.

⁴² Alfredo Bullard, *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales* (Lima: Palestra Editores, 2009), 327-328.

⁴³ Ver Anthony Kronman, “Specific performance”, *The University of Chicago Law Review* 45 (1978), 351-382.

heterogéneos es la más importante por ser la raíz de argumentos tanto en contra y a favor de una u otra teoría. Las cortes anglosajonas, otorgan el cumplimiento específico frente al pago de daños en los casos en los que se trate de bienes únicos. Los autores Cooter y Ulen reflejan de forma clara este tema, al afirmar que “el error de la estimación de los daños esperados por el tribunal disminuye a medida que aumenta la facilidad de la sustitución del cumplimiento prometido⁴⁴”.

En el caso del common law, cuando se otorga el cumplimiento específico, las cortes implícitamente están admitiendo que les es imposible calcular una compensación adecuada para la parte incumplida en el evento de un incumplimiento. Por lo tanto, otorgan excepcionalmente el cumplimiento específico. Los partidarios de la regla del common law, afirman que en los casos en los que el valor subjetivo del bien se vuelve imposible de valorar, ya sea porque no tiene un sustituto en el mercado, o porque el adquirente otorga un valor especialmente alto a este bien, la solución se encuentra en el cumplimiento específico de la obligación. En estos casos, incluso los partidarios de la teoría del incumplimiento eficiente tienen que admitir que los riesgos de sobrecompensación o sub-compensación son demasiado elevados como para arriesgarse a un cálculo de daños. En otras palabras, se debe admitir que, en los casos de los bienes únicos, una compensación adecuada es imposible. Este es el punto débil de los partidarios de esta teoría, y donde más críticas se han realizado por parte de los defensores de la regla del derecho civil.

5.4 El argumento de la elección de la mayoría

Los autores Dagan y Heller⁴⁵, son los que explican con mayor claridad uno de los argumentos más fuertes de aquellos que defienden la norma de nuestro sistema. El problema quedaría resuelto, dicen los autores, si de darse la opción a las partes de elegir entre el cumplimiento específico y el pago de daños, se adoptase la solución elegida por la mayoría de los contratantes. Este es el argumento de las mayorías. Efectivamente, si las partes mayoritariamente eligen el pago de daños como remedio, esa sería la solución más eficiente. Si, por el contrario, las partes mayoritariamente eligen el cumplimiento específico, entonces esa sería la solución más eficiente. Sobre este punto es importante

⁴⁴Robert Cooter y Thomas Ulen, “Temas del análisis económico del derecho de los contratos” en *Derecho y economía* (Distrito Federal: FCE - Fondo de Cultura Económica, 1998), 15.

⁴⁵Ver Hanoch Dagan & Michael A. Heller, “Specific Performance”, *Columbia Public Law Research Paper* 14 (2020), 1-58.

recalcar que los individuos actúan en base a incentivos, y que las decisiones que toman cada una de las partes son por lo general aquellas que más beneficios proveen.

A la posición anterior podría objetársele que las mayorías no necesariamente toman las decisiones más eficientes porque los individuos muchas veces no actúan de forma racional (económicamente hablando). Por lo tanto, bien podría idearse un remedio más eficiente aún que el preferido por las mayorías. Existen datos cuantitativos que indican que efectivamente, en una gran parte de casos, el pago de daños es el recurso por default, tanto en el sistema del common law como en el sistema del civil law. En Dinamarca, país que adopta la regla del derecho civil como remedio rutinario, un estudio indicó que, en más de cinco décadas, únicamente se pidió la ejecución específica del contrato en dos ocasiones ⁴⁶.

Adicionalmente, en países como Alemania y Francia, aunque no existen estudios cuantitativos, existe un consenso por parte de los abogados, en el hecho de que, en la práctica, el remedio del pago de daños es de largo, el más otorgado por las cortes⁴⁷. Lo mencionado anteriormente confirma la hipótesis de que si bien en teoría, la distinción entre el remedio rutinario en uno y otro sistema es claramente diferenciable, en la práctica se puede constatar que las partes, ya sea en países anglosajones o en países que, de derecho civil, las partes prefieren el pago de daños al cumplimiento específico de la obligación. Esto implica que los costos de transacción de formación del contrato se reducen, pues las partes saben anticipadamente que no tendrán que negociar sobre aquellos términos en los que la ley otorga una solución eficiente y de conformidad a aquello que las partes de todas formas hubiesen acordado.

5.5 El argumento de la reticencia a cumplir y la libertad individual

Otra de las razones importantes por la cual las partes prefieren el pago de daños al cumplimiento específico del contrato, es la reticencia por hacer cumplir una obligación, a una parte que no quiso o no pudo cumplir en un primer momento⁴⁸. Nadie quisiera obligar a una contraparte hostil a cumplir con una obligación que fue frustrada por cualquiera de las razones esbozadas al inicio de este ensayo. Pocos agentes económicos

⁴⁶ Ver Henrik Lando y Caspar Rose, "On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries", *International Review of Law and Economics* 24 (2004), 473-487.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ Ver Hanoch Dagan & Michael A. Heller, "Specific Performance", *Columbia Public Law Research Paper* 14 (2020), 1-58.

se arriesgarían a demandar el cumplimiento específico, sabiendo que la contraparte no va a poder cumplir de forma correcta, o de hacerlo lo haría en contra de su voluntad, aumentando así los riesgos de que la obligación se cumpla defectuosamente. En este sentido, crear normas que copien la preferencia de las partes ahorra costos de transacción y maximiza los beneficios sociales.

Por otro lado, los autores Dagan y Heller⁴⁹ afirman que el remedio que va más acorde a la libertad individual de las personas es el del pago de daños. Los autores demuestran que la autonomía de la voluntad implica que las partes puedan cambiar de decisión, incluso en los casos en los que ya se han obligado contractualmente. Sería esclavista, dicen los autores, siguiendo la posición holmesiana, que una de las partes del contrato esté obligada a cumplir con su obligación pase lo que pase, incluso en el evento de contingencias que le impiden cumplir con su obligación de la forma más eficiente. La libertad individual no forma parte de los argumentos que deben ser analizados separadamente de aquellos que defienden la eficiencia económica. Desde un punto de vista personal, la libertad individual es precisamente el elemento que produce decisiones racionales de los individuos (económicamente hablando), y, por lo tanto, también los lleva a adoptar decisiones eficientes y beneficiosas para cada una de las partes.

6. Argumentos a favor del cumplimiento específico como remedio rutinario

6.1 Riesgos de sobre compensación y compensación deficiente en el caso de los bienes únicos

Richard Posner, al postular los remedios frente al incumplimiento contractual, explica que la ley debe ser extremadamente cautelosa, porque de excederse en los daños compensatorios, estaría desalentando los rompimientos contractuales eficientes⁵⁰. A esto se le conoce como sobre compensación. Por otro lado, puede existir el caso en el que las cortes compensen insuficientemente a la parte incumplida. Este evento es igual de nocivo para la eficiencia económica, pues empeora la situación de una de las partes. Recordemos que al inicio de este ensayo postulamos que la eficiencia en el sentido de Pareto requiere que los recursos se asignen a quién más los valora, y que las partes no empeoren su

⁴⁹ Id.

⁵⁰ Ver Richard A. Posner, "The Nature of Economic Reasoning" en *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business (1986), 1-18.

situación en el evento de un incumplimiento. Una compensación adecuada debería permitir que las partes por lo menos no empeoren su situación.

Los críticos de la teoría del incumplimiento eficiente afirman que una compensación perfecta es imposible sobre todo cuando se trata de bienes únicos a los que las partes otorgan un valor subjetivo, que es imposible de calcular en el mercado. En palabras de Cooter y Ulen, “cuando el valor del incumplimiento es incierto, la compensación perfecta es imposible”⁵¹. Este argumento ha sido aceptado incluso por los defensores de la norma anglosajona, pues una de las excepciones al pago de daños como remedio rutinario son los bienes únicos. Lo que en realidad están diciendo las cortes al negarse a otorgar el pago de daños en el caso de los bienes únicos, es que les es imposible contar con suficiente información como para realizar una valoración adecuada de los daños sufridos por la parte incumplida. Sería muy difícil contar con información que permita saber con exactitud en cuánto valora una persona un bien único, como por ejemplo un terreno. El incumplido tendrá incentivos para exagerar los beneficios que habría obtenido, mientras que el incumplidor tendrá incentivos para disminuir el valor subjetivo del terreno en el evento de que él incumpla. Lo mismo ocurre con bienes a los que las partes otorgan un valor sentimental o de otro tipo.

Otro punto importante que se debe tomar en cuenta relacionado con la dificultad que tienen las cortes para calcular el pago de daños lo realiza Alan Schwartz. Este último afirma, que, aunque las cortes no estén tratando con un contrato de bienes únicos, estas generalmente no toman en cuenta los daños incidentales⁵². Los daños incidentales se refieren los costos en los que tendrán que incurrir las partes con el fin de celebrar una segunda transacción. Es decir, posterior al incumplimiento, la parte incumplida tendrá que buscar otro vendedor que satisfaga las necesidades que no fueron satisfechas por el primero. Estos costos de la segunda transacción son los costos que a opinión de Schwartz no son tomados en cuenta por las cortes. Este último punto aumenta substancialmente el riesgo de una sub-compensación.

Precisamente por las razones esbozadas en los puntos anteriores, las cortes anglosajonas han decidido otorgar a ciertos casos excepcionales el remedio del cumplimiento específico como solución ante el incumplimiento contractual. Primero las

⁵¹ Robert Cooter y Thomas Ulen, “Temas del análisis económico del derecho de los contratos” en *Derecho y economía* (Distrito Federal: FCE - Fondo de Cultura Económica, 1998). 13.

⁵² Ver Alan Schwartz, “The Case for Specific Performance”, *The Yale Law Journal* 89 (1979), 271-306.

partes pueden pactar voluntariamente el cumplimiento específico siempre y cuando se cumpla con dos requisitos. Que los términos explícitamente redactados queden libres de duda acerca de la preferencia de las partes, en otras palabras, que su plan sea claramente explícito, y que no existan obstáculos en cuanto a la supervisión del cumplimiento⁵³. Otros casos en los que las cortes anglosajonas han decidido otorgar el cumplimiento específico como remedio son los casos de compra venta de terrenos, y los contratos de prestación de servicios personales⁵⁴.

6.2 Los costos de renegociación del contrato son más bajos que los de acudir a las cortes (costos ex post)

Alan Schwartz, en su obra *“The case for specific performance”*⁵⁵ introduce un nuevo argumento a favor del cumplimiento específico. El autor establece, que en el evento de un incumplimiento por una de las partes (suponiendo que nos encontramos en un sistema legal que otorga rutinariamente el cumplimiento específico como remedio), los costos de renegociación del contrato son menores que los costos de transacción que implican iniciar una disputa judicial. Efectivamente, si una de las partes incumple, muchas veces, ambas partes van a preferir naturalmente renegociar el contrato antes de acudir a instancias judiciales. La lógica del autor es que, si las cortes rutinariamente otorgaran el cumplimiento específico, las partes tendrían incentivos para estipular sus propios remedios si eso es lo que resulta eficiente para ellas. Por lo tanto, el cumplimiento específico, incentiva a las partes a negociar de mejor forma el contrato para no tener que llegar a instancias judiciales.

Hacer del remedio del cumplimiento específico la solución rutinaria, implicaría resolver menores disputas por parte de las cortes, pues la mayoría de estas serían resueltas por las propias partes. Sin embargo, existe una objeción importante en contra de este argumento. Si las partes acuden a instancias judiciales, es porque han agotado todas las instancias de negociación posibles, la disputa es inminente y no ha podido ser resuelta mediante una renegociación del contrato. De acuerdo a Ulen, ordenar el cumplimiento específico, no necesariamente implica que B se quede con la casa de A cuando C la valora

⁵³ Id.

⁵⁴ Ver Hanoch Dagan & Michael A. Heller, “Specific Performance”, *Columbia Public Law Research Paper* 14 (2020), 1-58.

⁵⁵ Ver Alan Schwartz, “The Case for Specific Performance”, *The Yale Law Journal* 89 (1979), 271-306.

más. A podría comprar el derecho al cumplimiento específico de B o eventualmente podría ser B el que vende la casa a C⁵⁶. A fin de cuentas, tendría que existir una renegociación para que se quede con el bien la parte que más lo valora. El argumento de Ulen bien podría aumentar los costos de formación del contrato (es decir los costos ex ante), pero de acuerdo al autor, se disminuirían los costos ex post.

6.3 La solución de Kronman y el “*uniqueness test*”

Anthony Kronman, en su obra “*Specific Performance*”, trata de predecir lo que hubiesen elegido naturalmente las partes como remedio frente al incumplimiento⁵⁷. El autor se pregunta que es lo que hubiesen hecho las partes si tuviesen que actuar por su cuenta sin la ayuda del estado. De acuerdo a Kronman, es de esperarse que las partes se pongan de acuerdo en el cumplimiento específico como solución en la contingencia de un incumplimiento. De acuerdo a Kronman, el costo de la ejecución específica será determinado en parte por su propia proyección de las chances que existen de que en un futuro el deudor incumpla el contrato⁵⁸. El argumento de Kronman, es que la anchura de los mercados afecta la ley del cumplimiento específico. Es decir, dependiendo de la facilidad que tienen las partes para buscar una alternativa, el remedio será el pago de daños o el cumplimiento específico⁵⁹.

La lógica del autor es la siguiente. Si ocurre una contingencia y una de las partes incumple, la otra, va a tener que buscar una alternativa a la prestación prometida. Si la alternativa es de fácil acceso en el mercado, es decir si el mercado es ancho, las partes no tendrán problema en pactar una cláusula de daños compensatorios para el evento del incumplimiento. Además, debe considerarse que la valoración no será tan difícil como en el caso de un mercado delgado. Por otro lado, si la parte incumplida tiene que acudir a buscar una alternativa a un mercado en el cual el bien sustituto es de difícil acceso, las partes van a preferir pactar el cumplimiento específico. A esto hay que adicionarle la probabilidad poca o alta de que el deudor incumpla el contrato. Esto también depende del mercado en el que nos encontremos.

⁵⁶Ver Thomas Ulen, “The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies”, *Michigan Law Review* 83, (1984), 341-404.

⁵⁷Ver Anthony T. Kronman, “Specific Performance”, *The University of Chicago Law Review* 45 (1978), 351-382.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Id.

Kronman en su obra, propone realizar lo que llama un “*uniqueness test*”⁶⁰. El autor, afirma que en el evento de que las cortes no puedan realizar una valoración correcta de los daños, el cumplimiento específico es un remedio equitativo. Un contrato tiene carácter de único nos dice el autor si obtener un equivalente implica dificultad, demora e inconveniencia: “*if obtaining a substantial equivalent involves difficulty, delay, and inconvenience*”⁶¹. El concepto de único en este caso debe utilizarse en el sentido económico para realizar un examen de elasticidad cruzada de la demanda. Es decir, constatar las consecuencias del aumento de precio de un bien, en otro bien considerado sustituto. Lo que ocurre cuando las cortes otorgan el cumplimiento específico como remedio, es que no ha sido posible recolectar información suficiente que permita calcular adecuadamente los daños a pagarse. O se estaría incurriendo en un gran riesgo de sobre compensación o sub-compensación. Existe un punto de acuerdo a Kronman, el cual separa los contratos que son específicamente ejecutables de aquellos en los que se otorga el pago de daños como remedio. Este es el punto que se debe establecer en base al “*uniqueness test*”.

6.4 El argumento de Calabresi y Melamed

De acuerdo con los autores Calabresi y Melamed, tanto el pago de daños como el cumplimiento específico deben ser vistos como medios alternativos para lograr una eficiente colocación de recursos en el escenario de diferentes costos de transacción. La presunción que realizan los autores es la siguiente:

*“The presumption is that, when transaction costs are low, the market is superior to court proceedings as a method of determining relative valuation. If, however, transaction costs are high, then a market exchange could not resolve the dispute, and the court should perform a hypothetical market analysis by setting a level of money damages to approximate the price at which the plaintiff would have sold his entitlement to the defendant if transaction costs had not been too high”*⁶².

⁶⁰ Id, 355.

⁶¹ Id, 358.

⁶²Thomas Ulen, “The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies”, *Michigan Law Review* 83 (1984), 379.

Ulen retoma el razonamiento de los autores Calabresi y Melamed y llega a la siguiente conclusión: los costos en los que incurren las cortes son menores en el caso de cumplimiento específico que en el caso de pago de daños⁶³. Sin embargo, los costos de supervisar y hacer cumplir el cumplimiento específico son mucho más altos que los de hacer cumplir el pago de daños. La razón de Ulen para preferir el cumplimiento específico frente al pago de daños es la frecuencia con la que se da uno y otro remedio. Que el remedio rutinario sea el cumplimiento específico no significa que en la práctica sea el que se va a aplicar tal y como lo veremos en los párrafos posteriores.

El argumento de Ulen al retomar el razonamiento de los autores mencionados previamente, es que, si los costos de transacción son bajos, entonces las negociaciones privadas son posibles (es decir la renegociación del contrato), y el remedio más eficiente es que la corte ordene el cumplimiento específico⁶⁴. En otras palabras, la corte les está obligando a las partes a seguir buscando una alternativa a su disputa mediante una renegociación. Por el contrario, si los costos de transacción son altos (y la renegociación se torna imposible, ya sea porque la disputa es irremediable, la hostilidad es insuperable, o simplemente las partes no están dispuestas a seguir negociando a causa de altos costes de transacción), la corte debería obligar a un intercambio determinando colectivamente un valor (es decir, debería otorgar el pago de daños).

Continuando con el razonamiento de Ulen, el autor afirma que los costos de transacción no deberían ser tan altos una vez que las partes han incumplido⁶⁵. Las razones son diversas. Las partes ya se conocen una a otra, ya han negociado previamente un contrato, y cualquier estipulación o renegociación adicional no implicaría costos de transacción elevados (lo contrario ocurre con transacciones completamente nuevas en las que las partes no se conocen). En palabras de Ulen,

*“if the parties did not provide for some form of relief in the event of breach, the costs to them of dealing with the contingency that has arisen to frustrate the contract should be low. This is a strong prima facie reason for making specific performance, rather than damages, the routine contract remedy”*⁶⁶.

⁶³ Ver Thomas Ulen, “The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies”, *Michigan Law Review* 83 (1984), 341-403.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ Id, 369.

Los costos de que las partes resuelvan una disputa, tal y como lo demostramos anteriormente, serán menores que los costos que implica que una corte resuelva la disputa.

Por lo tanto, hacer del cumplimiento específico el remedio rutinario de la jurisprudencia, implica que las partes tengan incentivos para disminuir las contingencias que pudieran surgir pactando remedios como el pago de daños, o cláusulas compensatorias. De lo contrario, si una contingencia ocurre, y las partes no han previsto ninguno de estos remedios, tendrán que negociar nuevamente el contrato en el evento del incumplimiento. La conclusión de Ulen, es que las partes únicamente incumplirán, cuando les resulta más eficiente.

6.5 La pérdida de reputación

El último argumento que se adicionan a los que acabamos de mencionar, es aquél esbozado por Thomas Ulen en su obra, “*The efficiency of specific performance*”. El autor afirma que una de las consideraciones mas importantes que se pueden tener es la reputación⁶⁷. Quienes abogan por el sistema del derecho civil continental, afirman que el pago de daños como remedio rutinario, sería de poco uso sobre todo para comerciantes, que se preocupan fuertemente por su reputación. Esta fuerza del mercado en palabras de Ulen es una de las restricciones más fuertes para la parte que incumple. Sobre todo, si estamos ante el caso de comerciantes.

De acuerdo a los críticos de la teoría del incumplimiento eficiente, no tendría sentido hacer del pago de daños el remedio rutinario frente al incumplimiento contractual, pues de todas formas las partes van a preferir el cumplimiento específico, a defecto de perder su reputación ante posibles clientes. La confianza en el medio mercantil es muy valorada. La persona que contrata un servicio o compra un bien decide en base a ciertos factores. Entre ellos, la confianza o la reputación. En este evento, los que abogan por el sistema del derecho civil, afirman que existen otros remedios de los que las partes pueden servirse antes que acudir al pago de daños ordenado por las cortes. Se trata de cláusulas penales o daños punitivos.

7. La aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente en el ordenamiento ecuatoriano.

⁶⁷ Id.

El artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano, da la opción a la parte incumplida, de optar ya sea por el cumplimiento específico de la obligación (además del pago de los daños causados) o por el pago de daños y la rescisión del contrato. En otras palabras, nuestro sistema adopta una posición mixta, intermedia entre la tradición del common law y la tradición del civil law. Hemos mencionado entre los argumentos a favor del cumplimiento específico, que la distinción es más teórica que práctica, pues como lo demuestran los profesores daneses Lando y Rose⁶⁸, incluso en los sistemas en los que la normativa acoge el cumplimiento específico de la obligación como remedio rutinario, la solución preferida por las partes es el pago de daños. De acuerdo al presente ensayo, no existen razones suficientes para pensar que la situación en Ecuador es diferente. Efectivamente si bien los dos remedios se encuentran teóricamente disponibles, resulta difícil que la elección del cumplimiento específico supere o iguale los casos en los que las partes optan por el pago de daños.

Por otro lado, el artículo que acabamos de mencionar del Código Civil no es el único que se refiere a la teoría del incumplimiento eficiente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El Código de Comercio, en sus artículos 302 y 303⁶⁹ establece un remedio similar a aquél contemplado por el Código Civil. En el caso mercantil, la parte incumplida, puede demandar tanto la resolución del contrato como el cumplimiento específico de la obligación además de los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, la diferencia radica en el plazo otorgado por el código de comercio. El deudor mercantil, puede frustrar la resolución cumpliendo con la obligación establecida en el contrato en un plazo de 72 horas. Estas transcurren a partir del momento de la recepción de la notificación con la terminación, hasta la declaración de terminación unilateral, que surte efecto después del plazo mencionado. El Código Civil por su parte, no establece plazo.

Adicionalmente, debe admitirse que de aplicarse la teoría del incumplimiento eficiente en un sistema de derecho civil como es el caso ecuatoriano, existen una serie de obstáculos que pueden surgir. En un análisis acerca de la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente en el sistema colombiano, el profesor Antonio Gaviria⁷⁰, resalta

⁶⁸ Ver Henrik Lando y Caspar Rose, "On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries", *International Review of Law and Economics* 24 (2004), 473-487.

⁶⁹ Artículo 302 y 303, Código de Comercio, R.O., Suplemento 497, de 29 de mayo de 2019.

⁷⁰ Ver Juan Antonio Gaviria Gil, "Sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano", *Revista de Derecho y Economía* 44 (2015), 37-57.

ciertos obstáculos que podrían impedir su aplicación en dicho país. Queda por verse en los párrafos que siguen, si estos obstáculos son superables y permiten la aplicación de la mencionada teoría en nuestra jurisprudencia. Los principales obstáculos que pudieran surgir si aplicásemos la teoría del incumplimiento eficiente en nuestro ordenamiento son los siguientes. Primero, las normas contenidas en la ley orgánica de regulación, y control de poder de mercado, en segundo lugar, la existencia una figura como la excesiva onerosidad en nuestro ordenamiento jurídico, la obligación de compensar perjuicios imprevisibles cuando la parte actúa con dolo, y finalmente la existencia de cláusulas penales⁷¹.

7.1 Las normas contenidas en la ley orgánica de regulación, y control de poder de mercado

El primero de los posibles obstáculos propuestos por el profesor Antonio Gaviria en lo referente a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente es la existencia de ciertas normas concernientes al derecho de la competencia, que prohíben o por lo menos obstaculizan su aplicación en el derecho colombiano. De acuerdo al autor, si la persona que incumple lo hace atendiendo a razones que implican conductas anticompetitivas, dicha acción es susceptible de ser castigada por el derecho de la competencia en Colombia. El castigo o la multa que se le impondría a la persona que induce al incumplimiento de la obligación, desincentivaría substancialmente a un tercero a manifestar la valoración de un determinado producto o servicio, en el evento de que sea él la persona que más los valora.

Así, bien podríamos tener una situación en la que un tercero, que valora más un producto no tendría incentivos para manifestar su valoración superior, pues aquello podría terminar en una situación ineficiente en el sentido de Pareto. El Ecuador no difiere en este sentido, pues la ley orgánica de regulación y control de poder de mercado, en su artículo 27, establece entre aquellas conductas calificadas como desleales, la de inducir la comisión de ciertos actos, entre ellos, la inducción al incumplimiento de una obligación contractual o legal. En nuestro país, por lo tanto, un incumplimiento contractual, incluso aquellos que reflejen una situación de incumplimiento eficiente podrían ser susceptibles de sanción. El sancionado sería la tercera persona que induzca al incumplimiento de una obligación. En consecuencia, esto desincentivaría el incumplimiento de un contrato en el

⁷¹Id.

evento de que se presente una situación más eficiente, por lo menos en el caso de los contratos comerciales.

7.2 Existencia de otras figuras como la fuerza mayor o el caso fortuito, las cláusulas penales o el reajuste de precios.

Otra de las objeciones realizadas por el autor colombiano Antonio Gaviria se basa en la existencia de figuras jurídicas que cumplen con propósitos similares, que ya existen en nuestro sistema de derecho civil. En primer lugar, cabe mencionar a la figura de la excesiva onerosidad. Recordemos que, a inicios de este ensayo, explicamos que la teoría del incumplimiento eficiente puede aplicarse en dos situaciones distintas. Ya sea cuando aparece un tercero que valora más el bien, y ofrece por este bien un mayor superior a la parte que había firmado el contrato inicialmente, y la segunda situación se da cuando las circunstancias hacen que el contrato ya no resulte eficiente, ya sea porque el mercado se reveló inexistente por circunstancias sobrevinientes, o porque los costos se han incrementado excesivamente y al deudor ya no le resulta eficiente cumplir con el contrato inicial.

Precisamente en este segundo caso, es en el cual podrían aplicarse figuras jurídicas que remplazarían a la teoría del incumplimiento ineficiente, haciendo su existencia innecesaria en nuestro sistema. Se trata del aforismo *rebus sic stantibus* que admite la existencia de un cambio de circunstancias en los contratos de tracto sucesivo que hacen imposible cumplir con la obligación inicial. En lo concerniente a nuestro código, este aforismo se ve reflejado en el artículo 30 del Código Civil. Efectivamente, se conoce como fuerza mayor o caso fortuito, “el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público etc.”⁷². De tal forma que un imprevisto o una contingencia que cause una carga excesiva al deudor al cuál le resulte excesivamente oneroso cumplir con el contrato (es decir el segundo caso), podría subsumirse dentro de la figura que acabamos de citar, resultando inútil la aplicación del remedio del pago de daños como solución rutinaria.

Por otro lado, en el ámbito de la contratación pública, nuestro ordenamiento jurídico contempla la figura del reajuste de precios. Esta figura se aplica en cierto tipo de contrataciones públicas, tales como “la ejecución de obras, adquisición de bienes o

⁷² Artículo 30, CC.

prestación de servicios a los que se refiere la ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitario⁷³. A pesar de que esta figura se limita a un número reducido de contratos, concretamente aquellos celebrados por la administración pública, es importante resaltar los casos en los cuales esta conducta podría impedir un incumplimiento eficiente. Las instituciones que contraten con la administración pública tendrán incentivos para reajustar los precios en el evento de que el contrato se torne ineficiente, antes que incumplirlo por resultar ineficiente.

Adicionalmente, el autor colombiano resalta otro de los casos que podrían obstaculizar la aplicación de la teoría objeto de este ensayo en nuestro sistema jurídico. Se trata de las cláusulas penales. La cláusula penal se encuentra ampliamente disponible en nuestro sistema jurídico. No ocurre lo mismo en el sistema anglosajón en el cuál la en la mayoría de los casos las cláusulas penales se encuentran prohibidas⁷⁴. Las cláusulas penales en nuestro sistema, “son aquellas en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir con la obligación principal, o de retardar su cumplimiento⁷⁵”. Esta disposición del Código Civil, en consecuencia, frustra el incumplimiento eficiente, al obligarle al deudor a incurrir en sanciones. Esto no ocurre en el sistema anglosajón en el cuál como se acaba de mencionar, las cláusulas penales, generalmente no se encuentran disponibles.

8. Conclusiones

A lo largo de este ensayo, se han presentado argumentos específicos que demuestran las falencias y las ventajas de uno u otro remedio. A pesar de la tendencia actual, a otorgar a la parte incumplida la elección del remedio ante el incumplimiento, existen ciertos elementos analizados a lo largo de este ensayo que demuestran que una modificación de nuestra legislación en la dirección del sistema anglosajón es necesaria. Adicionalmente hemos postulado que el criterio de la eficiencia económica guía el presente ensayo, y hacia esa dirección se dirige la modificación propuesta.

⁷³ Artículo 126, Reglamento a la ley orgánica del sistema Nacional de contratación pública, R.O suplemento 588 del 12 de mayo del 2009.

⁷⁴ Ver Juan Antonio Gaviria Gil, “Sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho y Economía*, 44 (2015), 37-57.

⁷⁵ Artículo 1551, CC.

Las objeciones a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente afirman principalmente que la supuesta eficiencia que pretende perseguir el sistema anglosajón no es tal. Y que, en realidad, la verdadera eficiencia económica estaría al extremo opuesto de la doctrina. Con los defensores del derecho civil. Resulta difícil pensar, que los costos de transacción sean menores en el sistema adoptado por el derecho civil, a pesar de lo afirmado por ciertos autores, quienes afirman, que obligar a las partes a renegociar en el evento del incumplimiento, las obligaría a ser más precavidos al momento de celebrar el contrato. No resulta coherente con el criterio de la eficiencia económica, el incurrir en varias negociaciones, a pesar de que las partes ya se conocen y probablemente pueden pactar más fácilmente. Además de esto, resulta difícil imaginarse que pueda a volverse a negociar con una contraparte hostil, que ya incumplió una vez.

El pago de daños, por el contrario, permite que una vez que ocurre el incumplimiento, las partes pueden solucionar sus problemas de manera más rápida, (sobre todo si ya nos encontramos en un proceso judicial) que la solución del cumplimiento específico. Los defensores de la regla del derecho civil erran al no entrar a analizar todo el iter contractual y precontractual. Es decir, desde el momento de formación del contrato, hasta la sentencia judicial que ordena uno u otro remedio. Esto implica, analizar los costos de formación, de renegociación de ser el caso, de ejecución, y de supervisión del cumplimiento de la sentencia. Considerando todos estos elementos, resulta difícil admitir que el remedio del cumplimiento específico sea el remedio más eficiente. Adicionalmente debe admitirse que, si las partes deciden acudir a instancias judiciales, es porque probablemente ya han agotado todos los medios restantes de negociación o renegociación y han llegado a un punto en el que les resulta imposible seguir con la transacción. Resultaría contraproducente obligarles a renegociar el contrato una vez más.

El hecho de que la gran mayoría prefiera un remedio como el pago de daños para desvincularse de la obligación, no hace más que confirmar la eficiencia de la teoría presentada. Por lo tanto, no tiene sentido que nuestro código siga adoptando ambos remedios. Este remedio únicamente genera confusión e inseguridad jurídica, tanto para las partes como para los jueces. Por todo lo anterior, el artículo 1505 del Código Civil debería ser remplazado por la siguiente propuesta: “la parte incumplida tiene derecho únicamente al pago de daños. Siempre y cuando estos sean plenamente compensatorios.

Quedan exceptuados los bienes únicos a los cuales resulta imposible otorgarles un valor en el mercado. Para estos se aplicará el remedio del cumplimiento específico”.