

“¡HAZLE CASO A PAPÁ, QUE ÉL SIEMPRE SABE QUÉ ES LO MEJOR PARA TI!”

Análisis Económico sobre la prohibición de cláusulas contractuales en el Código Civil Peruano.

RAFAEL LENGUA PEÑA^{(1) (*)}

Alumno del undécimo Ciclo de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Lima.

Miembro del Consejo Directivo de **ADVOCATUS** NUEVA EPOCA.

SUMARIO

- I. Introducción. - II. Función Económica del Derecho de Contratos:
1. Facilitar las transacciones comerciales (reducción de costos de transacción);
2. Desincentivar el comportamiento estratégico; 3. Asegurar los resultados eficientes. - III. El paradigma del contrato económico y la intervención estatal:
1. La legitimación del Contrato Económico; 2. Condiciones del Contrato Perfecto. -
IV. La prohibición de cláusulas contractuales en el Código Civil peruano:
1. Prohibición de enajenar y gravar; 2. Prohibición del pacto comisorio;
3. Prohibición de pactar la venta extrajudicial de bienes hipotecados;
4. Prohibición de pactar limitaciones o exenciones de responsabilidad;
5. Pactos prohibidos en la compraventa; 6. Plazo máximo del arrendamiento. -
V. Conclusiones.

"The basic job of the economist is to remind us of the consequences, often though not always adverse or at least costly, of acts or practices that we might think clearly good or clearly bad."
RICHARD A. POSNER

I. INTRODUCCIÓN

Como todos nosotros debemos recordar, cuando éramos niños y aún no podíamos decidir si algo era o no beneficioso para nuestros intereses, nuestros padres siempre nos decían: "¡Hazle caso a papá, que él siempre sabe qué es lo mejor para ti!".

Al parecer esa frase, presente en los recuerdos de nuestra infancia, vuelve a tomar fuerza, pero esta vez de parte de nuestro otro "padre": el Estado.

En efecto, el Estado, a través de ciertas normas, parece siempre decirnos qué es lo mejor para nosotros y qué es lo más beneficioso para satisfacer nuestros intereses. Así, en esta etapa de nuestras vidas donde ya quedó atrás la constante vigilancia de nuestros padres y donde somos perfectamente capaces de decidir y evaluar por nosotros mismos qué es lo que más nos conviene, aparece la figura de un nuevo "padre", pero esta vez no nos une a él un nexo genético ni biológico, sino más bien un vínculo jurisdiccional. Así, se manifiesta en nuestras vidas un nuevo "padre" - el "papá Estado" - que parece supervisar nuestras conductas y evaluar qué es lo mejor para nosotros.¹

^(*) A mi padre, por apoyarme siempre en todas mis decisiones.

^(*) Agradezco los valiosos comentarios de Enrique Ghersi Silva, Freddy Escobar Rojas y Guillermo Cabieses Couvetin. Sin embargo, dejo constancia que las opiniones aquí vertidas son de entera responsabilidad del autor.

¹ Este intervencionismo estatal al parecer responde, entre otras razones, a la influencia que han tenido los legisladores del Código Civil de 1984 de quienes la Historia Económica conoce como los "Reformadores Económico

En el presente artículo pretendemos utilizar algunas herramientas del Análisis Económico del Derecho para hacer notar que esta supervisión por parte de nuestro "papá Estado" no resulta necesaria, pues nosotros mismos somos capaces de decidir racionalmente² qué es lo que más nos conviene para satisfacer nuestros intereses y, por tanto, determinar si nos resulta beneficioso incluir o no una determinada cláusula contractual para regular nuestras relaciones de intercambio. Así, intentaremos evidenciar que el Estado, mediante la prohibición de determinadas cláusulas contractuales, en vez de velar por nuestros intereses lo que hace muchas veces es perjudicarnos.³

Para ello empezaremos elaborando un breve análisis sobre cuál es la función que debe cumplir el Derecho de Contratos en toda sociedad. Luego de ello efectuaremos una sucinta descripción sobre el paradigma del contrato económico, representado por el "contrato perfecto" y cuándo resulta admisible la intervención estatal. Una vez descrito este marco teórico, procederemos a analizar algunas prohibiciones a cláusulas contractuales presentes en nuestro Código Civil para, finalmente, exponer algunas conclusiones personales sobre la materia.

Sociales". Dentro de los reformadores económico-sociales (también conocidos como marxistas o intervencionistas) encontramos a Jean Charles Lemaire Simonde de Sismondi, al Papa León XIII y, especialmente, a John A. Hobson. En términos generales esta corriente de pensamiento ha considerado al *status quo* económico como adecuado y solo ha buscado mejorar a la sociedad alterando algunos de sus aspectos particulares. En su opinión, el remedio de los males sociales y económicos no descansa en la destrucción de toda la estructura social, sino en la modificación de algunos aspectos de esta. Los reformadores son un punto medio entre la economía ortodoxa de Adam Smith y David Ricardo y el socialismo. Para ellos, el medio justo consiste en ese grado de intervencionismo estatal que asegure normalmente un mayor bienestar económico del pueblo. Así, creían que principios tales como el propio interés y la libre competencia solo operarían satisfactoriamente cuando fueran dirigidos con un sentido social. Al respecto, ver: FERGUSON, John M. *Historia de la Economía*. Segunda Edición, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 182-192.

² La racionalidad en el sentido económico supone la capacidad que posee cada individuo para evaluar las diferentes alternativas - limitadas por fuerzas externas que no determinan el comportamiento - que tiene a su alcance y elegir aquella que maximiza su satisfacción. La teoría económica no busca analizar el complejo funcionamiento de la psiquis humana, sino que acepta unos cuantos principios del comportamiento humano, para de esa manera formular una teoría de la elección racional. Estos principios son: (a) toda persona actúa con un propósito definido de satisfacer sus necesidades; (b) las personas actúan racionalmente, es decir: (i) cada persona tiene sus preferencias; (ii) cada misma persona es capaz de ordenar sus preferencias con un orden específico; y, (iii) Las personas escogen la opción que maximiza su satisfacción; y, finalmente (c) las decisiones que adopten los individuos se ven restringidas por el ambiente que les rodea. Ver: BECKER, Gary. *Un enfoque económico al comportamiento* Austria. En Información Comercial Española, Madrid, enero, 1980.

Cabe precisar que si bien en los Estados Unidos se ha desarrollado la escuela del "*Behavioral Economics*", como crítica a la teoría de la elección racional antes expuesta, ello no debe afectarnos, puesto que para efectos de lo desarrollado en este trabajo consideramos que los individuos, al reglamentar sus relaciones contractuales, actúan racionalmente. La escuela del "*Behavioral Economics*" considera que la teoría de la elección racional falla en algunos supuestos debido que produce predicciones imprecisas -principalmente por errores cognitivos y distorsiones motivacionales- y que el moderno Análisis Económico del Derecho reposa en los aciertos y mejores entendimientos de la decisión y la elección. Sin embargo, no quiere que el comportamiento humano es impreciso, sistemáticamente errático, ocasional, libre de reglas, o equivivo a las ciencias sociales. Por el contrario, esas calificaciones y los resultados erróneos de la decisión y la elección, juegan un papel importante en varios campos de la economía y otras ciencias sociales. Para una mayor aproximación, ver: SUNSTEIN, Cass R., *Behavioral Analysis of Law*. En: University of Chicago Law Review N° 62, 1997.

³ El análisis que se pretende efectuar es un análisis positivo, es decir, descriptivo. Cabe precisar que el Análisis Económico del Derecho, como es entendido en los Estados Unidos, Europa y el resto del mundo, tiene matices positivos, al explicar y predecir el comportamiento de los individuos regulado por una determinada ley; y, aspectos normativos, pues trata de mejorar el Derecho, determinando los factores por los cuales las leyes existentes o propuestas pueden generar efectos negativos en la eficiencia, distribución, riqueza y otros valores. Ver: POSNER, Richard. *Behavior and Governance: An Introduction to Economic Analysis of Law*. En: <http://www.uchicago.edu> John Olin Law & Economics Working Paper Series, Second Series.

II. FUNCIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO DE CONTRATOS

El Análisis Económico del Derecho de Contratos se encarga de determinar el impacto que tienen las instituciones jurídicas vigentes en la predisposición de los agentes económicos a contratar. Para ello, parte de la premisa que los sujetos son soberanos para gobernar sus propios intereses⁴ y señala que el Derecho debe encargarse simplemente de proporcionar el conjunto de reglas que aseguren a individuos la posibilidad de satisfacer sus intereses mediante el contrato celebrado, garantizando el cumplimiento de lo acordado, permitiendo que el tráfico de bienes y servicios tenga lugar y que éstos pasen de quienes los valoren menos a quienes los valoren más.⁵

Esta garantía que debe proporcionar el Derecho Contractual – asegurar a los individuos la realización de sus objetivos y que las partes cumplirán lo acordado – resulta particularmente relevante en el caso de los contratos de ejecución no simultánea⁶ y no tanto así en el supuesto de contratos de ejecución simultánea. En efecto, cuando ambas partes cumplen sus obligaciones de manera simultánea, la intervención del Derecho en el ámbito contractual es relativamente escasa, toda vez que no se considera que pudieran generarse contingencias –referidas a la ejecución del contrato⁷– que hagan necesaria su intervención o como bien señala Richard A.

⁴ Este planteamiento puede ser asemejado al principio de la autonomía privada desarrollado ampliamente por los estudiosos del Derecho de tradición romano-germánica. Sobre el particular, Luis Díez Picazo y Antonio Gullón precisan que la autonomía privada “tanto como autorregulación o autorreglamentación, es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo”. Continúan señalando que la autonomía privada es una consecuencia misma de la idea de persona y consiste en “un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses”, supone “un poder de gobierno de la propia esfera jurídica” que al estar conformada por relaciones jurídicas como cauce para la realización de intereses implica “el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es a la de ser parte”. Ver: DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Quinta Edición, Madrid: Editorial Tecnos, 1984, pp. 375. Para una mayor aproximación al concepto de autonomía privada dentro de la doctrina del Derecho Civil, ver: DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid: Editorial Civitas, 1985; LACRUZ BERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Parte General del Derecho Civil, Elementos de Derecho Civil*, I, Volumen III, Barcelona: Editorial Bosch, 1986; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Quinta Edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973; BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho Civil, Parte General*, Séptima Edición, Buenos Aires: Editorial Perot, 1974; y otros.

⁵ PASTOR, Santos, *Sistema Jurídico y Economía. Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Primera Edición, Madrid: Editorial Tecnos, 1989, pp. 149.

⁶ Por contratos de ejecución no-simultánea entendemos aquellos contratos donde las prestaciones a cargo de alguna de las partes son diferidas a un momento posterior a la celebración del contrato, así como aquellos donde alguna parte debe ejecutar sus prestaciones en un momento posterior al fijado para la contraparte. De esa manera, estos contratos suponen que las partes, al momento de su celebración, han acordado que las prestaciones a su cargo sean ejecutadas en momentos distintos.

⁷ Cabe señalar que existen determinados problemas con relación a los contratos de ejecución simultánea, tales como lo inmutación de la lesión, pero que no están referidos a su ejecución, sino a las circunstancias bajo las cuales fueron celebrados y responden a la concepción objetiva del valor que, en su mayoría, recoge nuestro Código Civil, por lo que no son materia del presente trabajo. En efecto, para el Análisis Económico del Derecho el valor que asignan los individuos es subjetivo y se encuentra dado por lo que se conoce como la función de utilidad marginal. La función de utilidad marginal ha sido desarrollada por la Escuela Austriaca y deriva de la teoría subjetiva clásica del valor. De acuerdo a esta teoría, el valor de los bienes es subjetivo – está dado por la satisfacción que se espera obtener del mismo y consiste en lo que alguien está dispuesto a pagar por él o, si lo tomas, lo que pide por deshacerse de él – por lo que un bien será más valioso dado su escasez e irá disminuyendo su valor en la medida que este se torne más abundante. Es decir, la utilidad marginal supone que el valor que los agentes económicos le atribuyen a un bien es inversamente proporcional a su abundancia relativa o, en otros términos, un bien se hace menos valioso en la medida que le reporta al individuo una utilidad o beneficio cada vez menor. Para una mejor comprensión de las teorías del valor dentro de la corriente económica, ver: CACHANOSKY, Juan Carlos, *La Teoría del Valor y la Escuela Austriaca*. En: *Laissez - Faire N° 4*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Francisco Marínaga, marzo (1996).

Posner "si los intercambios contractuales fueran simultáneos, sería menos urgente la necesidad de protección legal".⁹ Empero, en el caso de transacciones donde el intercambio se da en condiciones de ausencia de simultaneidad, este puede no llegar a producirse debido al incumplimiento de aquella parte que aún no ha cumplido con entregar la prestación prometida. Ello obliga a evaluar los costos de ese incumplimiento para, de esa manera, determinar si el sistema contractual puede reducir dichos costos y garantizar la eficiencia en las relaciones de intercambio.

Además, para determinar la exigibilidad de las promesas, el Análisis Económico del Derecho se basa en la doctrina de la "*consideration*",¹⁰ que establece que un contrato solo debe ser exigible cuando las promesas efectuadas sean a cargo de ambas partes y les reporten algún beneficio. En efecto, la "*consideration*" hace referencia a aquellas prestaciones recíprocas que la contraparte promete o ejecuta en intercambio por una promesa. De acuerdo con la Sección 71 del *Restatement of Law Second, Contracts* esta promesa tiene que haber sido previamente negociada, es decir, el promitente debe haberla exigido como contraprestación por su propia promesa y el promisorio debe ejecutarla en contraprestación por esta.¹¹

La "*consideration*" desempeña determinadas funciones económicas, tales como: (i) reducir el número de demandas contractuales falsas, al requerir al demandante que pruebe que su promesa está sustentada en una "*consideration*"; (ii) disminuir la probabilidad de compromisos contractuales inadvertidos; (iii) liberar a los jueces de exigir el cumplimiento de promesas triviales que surgen con ocasión de reuniones sociales y familiares; (iv) eliminar la discusión judicial en aquellos casos donde, pese a encontrarnos ante un supuesto de intercambio, la promesa de una o ambas partes resulta vaga; y, (v) ayudar a prevenir el comportamiento estratégico.¹²

Ahora bien, para que el Derecho de Contratos asegure a los individuos realizar sus objetivos mediante el contrato celebrado, garantizando el cumplimiento de lo acordado, permitiendo que el tráfico de bienes y servicios tenga lugar y que estos pasen de quienes los valoren menos a quienes los valoren más, resulta necesario que este cumpla tres funciones primordiales: facilitar las transacciones comerciales,

⁹ POSNER, Richard, *Análisis Económico del Derecho*. Primera Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 90. El referido autor cita como ejemplo el caso de las sociedades primitivas en donde, dado que los intercambios tendían a ser simultáneos, el Derecho de Contratos era bastante rudimentario. Así, en ese tipo de sociedades los contratos que se ejecutaban en condiciones de no simultaneidad prácticamente no llegaron a desarrollarse.

¹⁰ Esta doctrina fue elaborada en 1800 por el profesor de la Escuela de Derecho de Harvard, Christopher Columbus Langdell para quien una promesa solo debía ser exigible si encontraba sustentada en la "*consideration*", es decir si era realizada a cambio de un beneficio. Sin embargo, cabe precisar que a principios del siglo XX Arthur Corbin criticó la concepción casi científica del concepto de Langdell y consideró que la "confianza" (*reliance*) era la que hacía que las promesas sean exigibles, pues, entre otras razones, la confianza es algo innamable en el mundo, a diferencia de la doctrina de la "*consideration*" que era impuesto al mundo. Ver: BAIRD, Douglas G. *Reconstructing Contracts*. En: *The Katz Lecture*, 1992.

¹¹ Esta doctrina puede aplicarse a los contratos que el Derecho Civil de tradición románica - germánica conoce como los "contratos con prestaciones recíprocas". Según Messineo, estos contratos se caracterizan por el hecho de que cada uno de las partes está obligada a cumplir una prestación, debiendo además existir un nexo lógico especial denominado "reciprocidad" que consiste en su interdependencia, por lo que cada parte no está obligada a su propia prestación, sin que sea debida la prestación de la otra parte. De esa manera, cada parte es, deudor y acreedor. Ver al respecto: MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1986, pp. 411.

¹² POSNER, Richard, *Análisis Económico del Derecho*, Op.Cit., pp. 96-98. Sin embargo, pese a que es necesario contar con doctrinas firmadas -como la "*consideration*"- que hagan previsible el Derecho, como señala Douglas Baird, debemos entender los límites de estas doctrinas y no concederles un carácter inamovible, pues finalmente la exigibilidad de una promesa debe darse si ello supone que la sociedad se beneficia. Ver: BAIRD, Douglas G. Op.Cit.

disuadir el comportamiento estratégico y asegurar resultados eficientes.

1. Facilitar las transacciones comerciales (reducción de los costos de transacción)

La asignación de los bienes y servicios hacia sus usos más valiosos trae implícita la necesidad que las partes contratantes incurran en una serie de costos. Estos son los denominados costos de transacción¹² y se encuentran representados básicamente por el tiempo que es necesario sacrificar para buscar a la persona con quien se desea contratar y llegar a un acuerdo, así como por las alternativas que deben dejarse de lado a fin de obtener la información necesaria para especificar en el contrato todas las posibles contingencias que pudieran generarse durante su ejecución.¹³

En ese sentido, si celebrar un contrato supone que las partes van a tener que incurrir en una serie de costos que pueden dificultar la asignación eficiente de los recursos a sus usos más valiosos es necesario que el Derecho intervenga para reducir esos costos y, de esa manera, facilitar el intercambio de bienes y servicios entre los agentes económicos.

Una de las formas de reducir los costos de transacción es la supresión de formalidades y complicaciones innecesarias que muchas veces son exigidas por los diversos ordenamientos jurídicos para la celebración de contratos.

En efecto, si contratar cuesta –tiempo más la información necesaria para celebrar el contrato– el Derecho no debe aumentar estos costos, si no más bien debe buscar la forma de disminuirlos, haciendo menos onerosa la contratación entre los agentes económicos y promoviendo el intercambio de los bienes de sus usos menos valiosos a sus usos más valiosos.¹⁴

Por ello, pese a que no es materia del presente trabajo y, por tanto, no afecta las conclusiones en él expuestas, es necesario precisar que las Cortes de los Estados Unidos han disminuido gradualmente el uso de la doctrina de la "consideration". Como señala Eric Posner, su principal función ahora es negar la exigibilidad de las liberdades, así como servir, dentro del "Restatement of (Second) Contracts", como un requisito formal que sugiere que las opciones son inenajenables salvo que se encuentren sustentadas en la "consideration". Sin embargo, estas funciones, ya de por sí reducidas, son también discutidas en la actualidad por algunos estudiosos del Análisis Económico del Derecho. Ver: POSNER, Eric. *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?* En: *Yale Law Journal* N° 112, 2003 pp. 849 - 852.

¹² La primera aproximación al concepto de costos de transacción se encuentra en un artículo publicado en 1937 por el entonces joven profesor Ronald H. Coase, titulado "The Nature of the Firm". En dicho artículo el profesor Coase comparó los costos de organizar las decisiones centralizadas dentro de la empresa con los costos de transacción, derivados de usar el mercado, para determinar cuándo la asignación de recursos debe llevarse a cabo a través del mercado y cuándo mediante decisiones centralizadas dentro de una empresa. COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*. En: *Economics* N° IV, 1937.

¹³ Para una mayor explicación de los costos de transacción implicados en la asignación eficiente de los recursos y los factores que pueden afectarlos, ver: COÖTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Primera Edición. Ciudad de México: Editorial Fondo de Cultura Económica, pp. 124.

¹⁴ Supongamos que A y B desean celebrar un contrato de compraventa sobre un inmueble del cual A es propietario. Imaginemos asimismo que A valora dicho inmueble en US\$ 50,000 y B lo valora en US\$ 55,000 por lo cual llegan a un arreglo para transferir la propiedad del bien a un precio de US\$ 52,000, suponiendo ello que de celebrarse el contrato A ganará US\$ 2,000, B ganará US\$ 3,000 y la sociedad en su conjunto ganará US\$ 5,000. Ahora, pensemos que nuestra legislación en materia contractual impone una serie de formalidades que suponen un costo de US\$ 3,000 por celebrar contratos de compraventa para transferir inmuebles y que dicho costo debe ser asumido por el vendedor. Siendo ello así, un contrato que resultaba beneficioso tanto para las partes involucradas como para la sociedad no llegará a celebrarse, pese a que siga siendo beneficioso para la sociedad, pues el vendedor al tener que asumir una pérdida de US\$ 1,000 (US\$ 2,000 correspondiente al beneficio esperado - US\$ 3,000 equivalente al costo de celebrar) decidirá no celebrar el contrato.

Asimismo, el Derecho de Contratos debe buscar el establecimiento de una serie de normas que eviten a las partes negociar todas las cláusulas contractuales referidas a la asignación de los riesgos por aquellas contingencias que podrían producirse durante la ejecución del contrato y cuya previsión implique un costo.

Los riesgos derivados de la celebración de contratos generan incertidumbre entre las partes contratantes que pueden significar que los costos y beneficios esperados no sean los que habían previsto en un principio. Ello, como bien señala Juan Torres López, hace necesario que exista *"un sistema de asignación de riesgos entre las partes que no hipoteque el uso eficaz de los recursos que se pretenden con el intercambio."*¹⁵

Mediante estas normas el Derecho de Contratos intenta evitar que las partes tengan que incurrir en mayores costos como consecuencia de la negociación de todas las cláusulas contractuales. Si las partes están de acuerdo con la regla legal establecida en las normas vigentes, entonces simplemente no negociarán sobre esas materias, evitándose asumir los costos derivados de tal negociación.

De esa manera, para minimizar los costos del intercambio, el Derecho de Contratos debe establecer como supuesto de hecho de las normas¹⁶ aquello que con frecuencia suceda en la realidad de una determinada sociedad. Es decir, se debe intentar que las normas contengan las estipulaciones que las partes, de haber negociado dicha situación, hubieran regulado en el contrato.

Estas normas deben ser dispositivas y supletorias a la voluntad de las partes, permitiéndoles evaluar el beneficio esperado de modificarlas y determinar que, cuando este supere los costos de tal alteración, la regla particular que ellas podrían incluir sea la adecuada. En efecto, las partes como seres racionales siempre buscarán maximizar sus beneficios por lo cual, de considerar que los beneficios de modificar la norma legal superan los costos de hacerlo, negociarán e incluirán en el contrato la cláusula que ellos estimen conveniente.

En ese sentido, el Derecho de Contratos siempre debe ofrecer a los individuos la norma que les permita maximizar el beneficio obtenido de sus relaciones de intercambio. Mediante esto, se consigue reducir los costos de transacción derivados de operaciones de intercambio, al evitar que las partes tengan que negociar todas las contingencias que podrían aparecer durante la ejecución de los contratos.

Así, la función facilitadora de las transacciones comerciales se basa principalmente en la reducción de los costos de transacción mediante la supresión de formalidades y complicaciones innecesarias para la celebración de los contratos y el establecimiento de normas supletorias, que exoneren a las partes del costo de negociar todas las cláusulas contractuales.

2. Desincentivar el comportamiento estratégico

Como hemos señalado, el Derecho de Contratos se ocupa, principalmente, de aquellos contratos donde la ejecución de las prestaciones se da en condiciones de

¹⁵ TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho: Promoción Discrecional*. Primera Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1987, pp. 58.

¹⁶ El supuesto de hecho es la hipótesis que formula el autor de una norma jurídica para que, de verificarse o ocurrir en la realidad, se desencadene lógicamente la necesidad de la consecuencia. Ver: RUBIO CORREA, Manuel. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Octava Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 97.

no-simultaneidad, pues en estos contratos una de las partes contratantes posee una "ventaja estratégica" con relación a la otra, toda vez que esta ya recibió la prestación a su favor sin haber llegado a ejecutar la suya. Esta "ventaja estratégica" ubica a esa parte en una posición dominante y coloca a aquella que ya ejecutó su prestación en una situación de incertidumbre, ya que el primero, al ya haber visto satisfecho su interés, tiene pocos incentivos para cumplir con lo pactado.

Una de las funciones del Derecho debe ser corregir los supuestos de cumplimiento no simultáneo de las prestaciones, creando los incentivos necesarios para que aquella parte que ya recibió la prestación que le correspondía y que, por tanto, cuenta con una "ventaja estratégica" cumpla con lo pactado.

Así, el Derecho de Contratos debe buscar disuadir el comportamiento estratégico de aquella parte que recibió la prestación en primer lugar, a fin de que el riesgo derivado de la promesa de contraprestación y el costo que supone la dilatación temporal del intercambio, se vean suficientemente compensados por medio de la penalización de la parte incumplidora.¹⁷

Como bien señala Richard A. Posner:

*"(...) la función fundamental del derecho de contratos es disuadir a los individuos de comportarse en forma oportunista con sus contrapartes a fin de alejar la coordinación óptima de la actividad y (lo que es lo mismo) evitar costosas medidas de autoprotección."*¹⁸

Si los mecanismos desarrollados por el Derecho de Contratos, sumados a los mecanismos que las partes pudieran haber estipulado para inducir al cumplimiento, no resultaran suficientes para motivar la ejecución de prestaciones diferidas en el tiempo, los agentes económicos podrían tener un poderoso incentivo para negarse a celebrar contratos de esta naturaleza, con lo que se perdería el enorme valor que los contratos con prestaciones de ejecución diferida pueden generar en la sociedad.¹⁹

Esta función de disuasión del comportamiento estratégico es usualmente corregida por el sistema jurídico mediante mecanismos legales que buscan crear una "ventaja estratégica" contraria a favor de aquella parte que aún no ha visto satisfecho su interés y que origina a su vez una aversión al riesgo del deudor.²⁰ Así, se busca imponerle costos a la parte incumplidora que resarzan al perjudicado por los daños sufridos a través de los diferentes sistemas de responsabilidad contractual y mediante las diferentes clases de garantías.

3. **Asegurar los resultados eficientes**

Si bien el Derecho de Contratos debe desincentivar el comportamiento estratégico, puede suceder que el incumplimiento del contrato no sea consecuencia de este comportamiento estratégico, sino producto de la modificación, por algún evento extraordinario, de las condiciones originales bajo las cuales se contrató y que

¹⁷ TORRES LÓPEZ, Juan. Op. Cit. pp. 58.

¹⁸ POSNER, Richard. *Análisis Económico del Derecho*. Op. Cit., pp. 92.

¹⁹ HARO, José Juan. *De un uso de los pingües... Un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú*. En: *Themis, Revista de Derecho* N° 44 2002-I, pp. 92.

²⁰ PIZARRO, Luis. *Aproximación al sistema de garantía precontractual en el Derecho peruano*. En: *Ius et Veritas* N° 13.

hacen que el incumplimiento sea más beneficioso que el cumplimiento.²¹

En efecto, en algunas ocasiones es más eficiente el incumplimiento de un contrato que su cumplimiento, pues por alguna contingencia puede suceder que los costos del cumplimiento superen a los beneficios, haciendo que los recursos necesarios para el cumplimiento sean más valiosos que su uso alternativo, dado por el incumplimiento.²²

Cooter y Ullen describen dos tipos de contingencias que pueden modificar las condiciones iniciales del intercambio: (i) una "contingencia desafortunada" que aumenta el costo del incumplimiento. Tal sería el caso, por ejemplo, de una huelga paralizante que impone costos prohibitivos a la conclusión oportuna de un proyecto de construcción. En consecuencia, los recursos necesarios para completar a tiempo la construcción pueden destinarse a un uso más valioso en otro proyecto de construcción que no se vea afectado por la huelga; y, (ii) una "contingencia afortunada", la cual hace que el incumplimiento sea más rentable que el cumplimiento. Citan para ese caso el ejemplo de un vendedor que promete entregar un bien a un comprador, pero que durante la ejecución del contrato encuentra a un tercero que lo valúa más y, por tanto, está dispuesto a pagar más que el comprador original por hacerse de la propiedad de dicho bien.²³

El Derecho de Contratos debe proveer a los agentes económicos los remedios contractuales necesarios que generen incentivos para el cumplimiento de los "contratos eficientes"²⁴ y permitan el incumplimiento de los "contratos ineficientes"²⁵. En el caso de los "contratos ineficientes", la solución legal que otorgue el Derecho de Contratos debe ser aquella que permita al deudor no ejecutar su prestación en los casos donde el cumplimiento lleva a un resultado menos eficiente, pero que lo obligue a cumplir el contrato cuando el incumplimiento no genere eficiencia desde el punto de vista social.

²¹ Supongamos que A y B han celebrado un contrato de compraventa sobre un automóvil de propiedad de A, comprometiéndose A a entregar el vehículo a B un mes después de que este le cancele el íntegro del precio. Pasemos además que A valora dicho bien en US\$ 6,000 y B lo valora en US\$ 9,000 por lo que acuerdan un precio de US\$ 7,500, obteniendo cada parte una ganancia de US\$ 1,500 (diferencia de la valuación subjetiva con el precio realmente obtenido) y la sociedad en su conjunto una ganancia de US\$ 3,000. Imaginemos ahora que a los dos días de celebrado el contrato aparece C, quien valora el automóvil en US\$ 11,000 y ofrece pagarle a A US\$ 10,000 por hacerse de la propiedad del mismo. Veremos como dicha propuesta ha modificado la situación en la que originalmente A contrató con B –si A hubiera sabido que C valoraba más el bien y estaba dispuesto a pagar más por este probablemente no hubiera contratado con B– y hace que el contrato que conduciría a una situación más eficiente sea el contrato que celebrarían A y C, pues el mismo genera beneficios para la sociedad de US\$ 5,000 contra los US\$ 3,000 que genera el contrato original. Así, en este caso sería más eficiente que dicho contrato no se cumpliera y más beneficioso para A incumplir que cumplir, toda vez que de incumplir el contrato con B obtendría una ganancia de US\$ 2,500 (diferencia entre su valuación subjetiva y el precio acordado menos la indemnización que pagaría a B, correspondiente a US\$ 1,500).

²² COOTER, Robert y ULLEN, Thomas. Op. Cit. pg. 306.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Para estos efectos, un contrato será eficiente en la medida que los beneficios agregados de las partes contratantes sean positivos, pese a que esta sólo genere beneficios para una de ellas. En principio toda contrato genera beneficios para ambas partes contratantes, pues de lo contrario las partes no accederían a celebrar dicha transacción, sin embargo, puede suceder que por determinadas circunstancias dicha situación varíe.

²⁵ Siguiendo a José Juan Hain, es necesario señalar que por "contrato ineficiente" debemos entender a aquellos contratos que en un principio eran eficientes, pero que han devenido en ineficientes. Dicha ineficiencia no es consustancial a la celebración del contrato, sino que viene dada por alguna circunstancia ocurrida con posterioridad a la celebración del contrato. Ver: HAIN, José Juan. Op. Cit. pp. 93.

Existen dos tendencias para asegurar el cumplimiento de los "contratos eficientes" y el incumplimiento de los "contratos ineficientes": (i) la regla del *Common Law* que señala que siempre deben resolverse los contratos en una indemnización por los daños y perjuicios; y, (ii) la regla del Derecho Civil romano-germánico que permite a las partes optar entre la ejecución forzada del contrato y la indemnización por daños y perjuicios.²⁵

Para los seguidores de la regla del *Common Law* el resarcimiento por los daños y perjuicios es la única regla legal que crea incentivos eficientes en los incumplimientos contractuales.²⁷ Argumentan que ello se debe a que dicho remedio contractual fuerza a la parte que incumple a pagar como indemnización el valor que la parte perjudicada por el incumplimiento asigna al objeto de contrato. En ese sentido, aquella parte que se ve beneficiada con la "contingencia afortunada" tendrá un incentivo para incumplir con el objeto de obtener el precio más alto. Si los terceros valoran el bien menos que el contratante original, el incumplimiento no es eficiente y la acción de resarcimiento de daños y perjuicios disuadirá adecuadamente tal conducta. Cualquier otro sistema de determinación de los daños resarcibles por incumplimiento será, en general, ineficiente.²⁸

Así, para los defensores de la regla del *Common Law* la ejecución forzada de la obligación no asegura situaciones eficientes, pues no nos lleva, necesariamente, al mejor resultado socialmente hablando. Por el contrario, la resolución de la obligación conjuntamente con el pago de daños sí nos llevaría a situaciones en las que, sin perjudicar al acreedor, se puede llegar a una situación más eficiente.²⁹

Sin embargo, la regla del Derecho anglosajón presenta principalmente dos inconvenientes que deben ser tomados en consideración para determinar su viabilidad como remedio contractual que conduzca a la eficiencia social: (i) exige, en primer lugar, que los órganos jurisdiccionales incurran en altos costos administrativos para intentar determinar la valoración subjetiva de la parte que espera recibir la prestación; y, (ii) en segundo lugar, fuerza a revelar información que de otro modo hubiera sido guardada en secreto.³⁰

El Derecho Civil romano-germánico nos ofrece la segunda regla para asegurar el cumplimiento de los "contratos eficientes" y el incumplimiento de los "contratos ineficientes", concediendo a las partes contratantes la posibilidad de optar entre la ejecución forzada de la obligación y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.³¹

²⁵ Ver: BULLARD, Alfredo. *¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La Teoría del incumplimiento eficiente: Ejecución forzada vs. Pago de daños*. En *Ratio Juris*, N° 1.

²⁶ Existen casos donde el quantum de los daños no puede ser fácilmente determinado. Tal es el caso de los bienes denominados "bienes únicos" que son aquellos que no tienen sustitutos en el mercado y, por tanto, la determinación de su precio depende íntegramente de la valoración subjetiva que cada individuo le dé. En este caso, el *Common Law* admite como excepción que se conceda a la parte perjudicada con el incumplimiento la ejecución forzada de la obligación. *Ibidem*, pp. 24-26.

²⁷ POLINSKY, Mitchell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Primera Edición, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1983, pp. 47.

²⁸ BULLARD, Alfredo. *Op. Cit.*, pp. 21-22.

²⁹ HARO, José Juan. *Op. Cit.*, pp. 94.

³¹ Esta es la regla contenida en el artículo 1219 del Código Civil que faculta al acreedor a emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a lo que está obligado y a obtener del deudor la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Alan Schwartz en su artículo "*The Case for specific performance*"³² -seguido por Alfredo Bullard³³- explica que existen tres razones por las que la ejecución forzada debería convertirse en la regla general en el caso de incumplimiento dentro del *Common Law*: (i) en muchos casos el pago de daños es subcompensatorio, pese a no tratarse de bienes únicos; (ii) los acreedores suelen estar económicamente incentivados para reclamar el pago por daños y perjuicios cuando éstos son efectivamente compensatorios; y, (iii) normalmente los acreedores cuentan con mejor información que las Cortes tanto respecto del carácter compensatorio de la indemnización en dinero como de las dificultades y costos de la ejecución forzada. Así, aquellos que aún no han visto satisfecho su interés suelen gozar de una información mucho más completa que los entes jurisdiccionales para decidir cuándo la indemnización por daños y perjuicios puede o no ser plenamente compensatoria y, en todo caso, cuál sería el costo de hacer cumplir una orden judicial de ejecución específica.³⁴

En atención a ello, el objetivo de asegurar los resultados eficientes, incentivando a las partes a cumplir solo los "contratos eficientes", es alcanzado concediendo a los agentes económicos la posibilidad de determinar cuándo solicitar la indemnización por daños y perjuicios, y cuándo solicitar la ejecución forzada de la obligación.

III. EL PARADIGMA DEL CONTRATO ECÓNOMICO Y LA INTERVENCIÓN ESTATAL

1. La legitimación del Contrato Económico

Desde la perspectiva económica la legitimación de un contrato se orienta según el paradigma del contrato económico, el cual es válido y plenamente exigible, pues cumple su función económica: procurar utilidad a ambas partes a no ser que una de ellas, plenamente consciente, renuncie a hacer valer sus propias preferencias.³⁵ Si el contrato no procura utilidad para ambas partes, entonces no se adapta a este paradigma, por lo que desde el punto de vista económico, no puede tener validez, debiendo ser corregido por el ordenamiento jurídico.³⁶

Este paradigma del contrato económico es conocido como el "contrato perfecto" y supone que las partes contratantes, antes de celebrar el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución.³⁷ Según

³² En este artículo Alan Schwartz explica que el propósito de los remedios contractuales ha sido siempre colocar a un promisorio defraudado en la misma posición en la que se encontraría si el promisorio hubiera cumplido. Así, explica que existen dos métodos para alcanzar este objetivo: exigir la indemnización por daños y perjuicios; o exigir la ejecución forzada, concluyendo que el segundo de ellos es el más conveniente. Ver: SCHWARTZ, Alan. *The Case for Specific Performance*. En: *Yale Law Journal* N° 80, 1970, pp. 271 y ss.

³³ BULLARD, Alfredo. *Op. Cit.* pp. 28-29.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ La legitimación de un contrato desde el punto de vista jurídico se orienta hacia otros criterios: el reconocimiento jurídico de la libertad de contratación, expresión del principio de la autonomía privada, el cual permite que todos los miembros de una sociedad puedan regular sus relaciones mediante acuerdos, según su propio criterio y responsabilidad, siempre que se lleve a cabo dentro de los límites de la libertad contractual. Ver *opvo nota* N° 4.

³⁶ SHAFER, Hans-Brend y OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Primera Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, pp. 280.

³⁷ Pese a que escapa el tema de análisis, cabe señalar que el paradigma económico del "contrato perfecto" permite la reconstrucción de voluntad hipotética de las partes a través de la interpretación sobre la asignación implícita de todos los riesgos contenida en el contrato. Esta reconstrucción supone que si las partes no se han puesto de acuerdo explícitamente sobre la asignación de los riesgos, los jueces tienen que interpretar los acuerdos implícitos reconstruyendo la voluntad de las partes ex ante la celebración del contrato.

que el riesgo se impute a alguna de las partes contratantes -quien ofrece o quien demanda la prestación-, el precio del contrato será distinto. Si todos los riesgos recaen en el oferente, este exigirá un mayor precio por su prestación, para que, al menos, cubra el costo esperado³⁸ de esos riesgos. Si por el contrario, es el demandante quien asume todos los riesgos, el precio será inferior.³⁹

Este precio es lo que Richard Craswell denomina "precio total" (PT) e incluye tanto el precio monetario (PM) como el costo esperado de todos los riesgos que deben ser asumidos (CE). De esa manera, tenemos que el "precio total" será resultado de la suma del precio monetario y el costo esperado de los riesgos ($PT = PM + CE$). Así, si el oferente está dispuesto a disminuir los riesgos que tendrá que asumir durante la ejecución del contrato, será lógico que acepte una reducción del "precio total", pues si bien no reduce su precio monetario sí está reduciendo el costo esperado de los riesgos que tiene que asumir. De otro lado, los ofertantes aumentarán el "precio total" cuando ofrezcan mejores términos contractuales a los demandantes - por ejemplo cláusulas de garantía en las que se comprometan a asumir cualquier riesgo derivado del contrato -, toda vez que están aumentando el costo esperado de los riesgos.⁴⁰

Existen tres reglas para la reconstrucción del "contrato perfecto": (i) La regla del "*Cheapest Cost Avoider*" que supone que un riesgo que no ha sido asignado por las partes al momento de celebrar el contrato debe ser imputado a quien lo hubiera podido evitar efectuando el menor gasto, suponiendo que los costos de evitar la contingencia producida son inferiores que el valor previsto de éste. Este cálculo se hace a través de la denominada "Regla de Hand", desarrollada por el Jurista estadounidense Learned Hand en el caso "*Cornwall v. O'Brien*" y establece que será responsable quien estuviera en la capacidad de prever el riesgo - costo de previsión (CP) - a un menor costo que la probabilidad de que éste ocurra (P) multiplicada por los eventuales daños que se generarían (D). Es decir uno será responsable sólo si se cumple la siguiente estimación matemática: $P \times D > CP$; (ii) La regla del "*Cheapest Insurer*" es la segunda regla supletoria y resulta aplicable en caso no se pueda determinar quién es el "*Cheapest Cost Avoider*" debido a que ninguna de las partes influyó en la producción del siniestro o, en todo caso, porque los costos de previsión superan su valor previsto. Esta regla supone que si un riesgo efectivamente llega a producirse la pérdida de utilidad producida por ese daño en el conjunto de la sociedad se reduce mediante un seguro. Sin embargo sólo puede aplicarse la regla del "*Cheapest Insurer*" si nos encontramos ante un riesgo asegurable y personas que son adversas a situaciones riesgosas, es decir que muestran "aversión al riesgo", pues son las únicas que de haber podido negociar dicha situación *ex ante* la celebración del contrato hubieran asumido contratar un seguro o, en todo caso, hubieran consentido el aumento análogo del precio por no hacerlo; (iii) La regla del "*Superior Risk Bearer*" supone no han podido ser aplicadas las reglas precedentes e implica que si el costo de previsión es muy alto y no es posible contratar un seguro, el riesgo del contrato puede amonarse a través de la formación de reservas, como por ejemplo las provisiones contables. Estas reservas, como resulta lógico, son más frecuentes y menos onerosas mientras más grande sea la empresa, caso en el cual constituirán una suerte de seguro propio general contra riesgos. Ello es lo que ha sido denominado como la utilización de la "*ley de los grandes números*" para disminuir los riesgos. Para determinar quién es el "*Superior Risk Bearer*" es necesario tomar en cuenta: (i) los costos de información que tienen que aplicarse para reconocer en general el riesgo; y, (ii) las posibilidades internas de una empresa para constituir reservas que puedan hacer las veces de seguros propios contra riesgos, es decir, la posibilidad de dispersión del riesgo en la propia empresa. Ver: SHAFER, Ham-Brend y OTT, *Clas. Op. Cit.*, pp. 261-278.

³⁸ El costo esperado (CE) de los riesgos se obtiene multiplicando el daño esperado (D) por la probabilidad de que ese suceso (P). Así tenemos que $CE = D \times P$.

³⁹ SHAFER, Ham-Brend y OTT, *Clas. Op. Cit.*, pp. 261-262.

⁴⁰ Richard Craswell explica este supuesto para el caso de responsabilidad de fabricantes señalando que en un mercado altamente competitivo donde los agentes económicos están perfectamente informados y la vendedora de un producto decide imponer una cláusula limitando su responsabilidad, si los compradores saben exactamente cuáles son los riesgos que el contrato de la vendedora les supone o no, un precio más alto no equivará necesariamente a los compradores. En vez de que esto ocurra, los compradores se verán más atraídos al producto (o el balance) cuando el precio más alto se compensa con los mejores términos contractuales que ofrecen. Por el contrario, los compradores se verán menos atraídos hacia el producto cuando los mejores términos contractuales no sean suficientes como para compensar el aumento del precio. Para una mayor explicación, ver: CRASWELL, Richard, *Libertad de Contractación*. En: *El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago*, Lectura en honor de Ronald Coase. Primera Edición, Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2002.

En tal sentido, si todos los riesgos derivados de la ejecución del contrato han sido imputados y esto se ve reflejado en el "precio total" pagado por la prestación recibida, en forma proporcional al costo esperado de todos los riesgos, este contrato resulta incuestionable. Es decir, si nos encontramos ante un contrato de este tipo, la intervención estatal, sea a través de las normas jurídicas o a través de los fallos judiciales, resulta innecesaria e irrelevante.

2. Condiciones del "Contrato Perfecto"

Como ha sido precisado, el "contrato perfecto" supone que las partes contratantes se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución. Sin embargo, el "contrato perfecto" requiere que se cumplan algunas condiciones relativas a la racionalidad de las partes y al entorno del contrato.

En efecto, la existencia de un "contrato perfecto" supone que las condiciones referidas a la racionalidad de las partes no se vean afectadas al momento de contratar. Es decir, al momento en que las partes declaren su voluntad de contratar, estas deben: (i) tener preferencias estables, esto es, preferencias que no varíen rápidamente; (ii) ver limitadas y condicionadas sus preferencias en su intento de conseguir sus fines de forma que solo pueden conseguir algunos de ellos, pero no todos; y, (iii) tratar de conseguir lo más que puedan en su negociación.

Además, para poder celebrar un "contrato perfecto", es también necesario que el entorno del contrato no se vea afectado. Así, para que un contrato sea perfecto, deben cumplirse las siguientes condiciones referidas al entorno del contrato: (i) no deben generarse externalidades negativas;⁴¹ (ii) debe existir plena información; (iii) las partes deben encontrarse frente a múltiples alternativas; y, (iv) debe haber una ausencia de costos de transacción.⁴²

El cumplimiento de estas condiciones - referidas a la racionalidad de las partes contratantes y al entorno del contrato - supone que los contratos celebrados resulten siempre en un aumento del bienestar económico de ambas partes y, por tanto, constituyan una situación económicamente eficiente.⁴³

No obstante, de todas estas condiciones, aquellas que hacen que el "contrato perfecto" sea finalmente solo un paradigma son las referidas a la existencia de plena información -implica que las partes se asesoren y obtengan información acerca de

⁴¹ Las externalidades suponen que parte de los beneficios (externalidades positivas) o costos (externalidades negativas) de una determinada actividad son trasladados a terceros sin su consentimiento. Sin embargo, para efectos del presente trabajo la generación o no de externalidades negativas no debe afectarnos, pues si bien estas disminuyen la eficiencia de las relaciones de intercambio, su tratamiento corresponde a la institución de la responsabilidad extracontractual y no, propiamente, al Derecho de Contratos.

⁴² PASTOR, Santos, Op. Cit. pg. 150.

⁴³ Nos estamos refiriendo al denominado "Criterio de Pareto", para el cual una decisión será eficiente si mejora al menos la posición de un individuo y no produce perjuicios para ninguno. Empero, el "Criterio de Pareto" resulta una situación que difícilmente llegue a producirse, con pocas aplicaciones en la realidad, pues no explica las razones por las que ciertas decisiones que suponen un costo para algunos individuos son, empero, deseables desde un punto de vista social. En atención a ello, se ha esbozado una concepción mucho más realista y de mayor utilidad práctica, el denominado: "Criterio de Kaldor-Hicks" o "Superioridad Potencial de Pareto". Según este criterio será eficiente toda situación en la que alguien pueda ver mejorada su posición más que lo que han de empeorar la de otras personas, o visto de otra manera, cuando sería posible indemnizar el daño sufrido por los perdedores con el beneficio obtenido por los ganadores. Este concepto de eficiencia, en el sentido de Kaldor-Hicks, supone realizar simplemente un análisis costo-beneficio de una determinada situación y demostrar que los beneficios agregados han superado las pérdidas agregadas. Ver: POISSER, Richard, *El Análisis Económico del Derecho*, Op. Cit. pp. 19-23.

cualquier eventualidad que pudiera acaecer- y la ausencia de costos de transacción. Ambas se encuentran vinculadas y hacen que la existencia del "contrato perfecto" no resulte empíricamente comprobable. Así lo explican claramente los profesores alemanes Hans-Brend Shafer y Claus Ott:

"(...) el contrato perfecto sólo (sic) constituye un juego de ideas. Los altos costos de transacción, especialmente los de información, sólo (sic) posibilitan contratos cuyos riesgos estén incompletamente especificados. Si Adán y Eva hubieran comido del árbol de la ciencia con un propósito común y se hubieran querido poner de acuerdo sobre el reparto de todos los riesgos, aún estarían sentados en el paraíso totalmente ocupados con las negociaciones del contrato."⁴⁴

No obstante ello, los citados autores exponen su enorme utilidad práctica. En efecto, señalan que al contener una descripción de todos los riesgos -imputados de tal manera que generan un beneficio para ambas partes- y al reflejar el precio de la prestación el costo esperado de todos los riesgos, el "contrato perfecto" representa el sistema central de referencia para el legislador y la jurisprudencia.⁴⁵ Así también, Santos Pastor ha precisado que muchos contratos se asemejan lo suficiente a los "contratos perfectos" para ser tratados como tales.⁴⁶

Ahora bien, como ha sido señalado el "contrato perfecto" requiere que se cumplan ciertas condiciones relativas a la racionalidad de las partes y al entorno del contrato. La falta en el cumplimiento de estas condiciones hace que el contrato *a priori* no sea beneficioso para las partes contratantes y, por tanto, sea admisible la intervención estatal regulando la libertad contractual.⁴⁷ Esta intervención estatal, encaminada a asegurar el cumplimiento de las condiciones del "contrato perfecto" para garantizar una asignación eficiente de recursos y, por tanto, un aumento en el bienestar económico de ambas partes, sólo resulta admisible si es que esta intervención supone un menor costo que la utilización del mercado.⁴⁸

⁴⁴ SHAFER, Hans-Brend y OTT, Claus. Op. Cit. pg. 262.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ PASTOR, Santos. Op. Cit. pg. 150.

⁴⁷ Hans-Brend Shafer y Claus Ott señalan que este postulado del paradigma económico del contrato se adapta a las intervenciones existentes en el Derecho Contractual regulado por el BGB, posición que consideramos se adecua a nuestro ordenamiento jurídico. Así, entre otros supuestos, se señala que es admisible la intervención en materia contractual en un contrato al que se ha llegado por error, dolo o amenaza (art. 119 y ss., 123 BGB), así como también resulta admisible declarar nulo un contrato cuando el contratante se aprovecha de la situación comprometida del otro, o de su inexperiencia o falta de discernimiento, para procurarse ventajas que colocan su propia prestación en "desigualdad manifiesta" (art. 138 BGB). Ver: SHAFER, Hans-Brend y OTT, Claus. Op. Cit. pg. 281.

⁴⁸ Esta es la idea que Ronald H. Coase postula en su artículo "The Problem of Social Cost" donde demuestra, siguiendo las ideas vertidas en su primer trabajo "The Nature of the Firm", que la intervención del Estado para asegurar una asignación eficiente de recursos, sólo resulta justificada si es que supone un menor costo que la utilización del mercado. Sobre la base de este trabajo, George Stigler elaboró un teorema el cual denominó: "Teorema de Coase". En dicha formulación se precisa que si los costos de transacción -costos que los contratantes tienen que solventarse información y coordinación hasta que se celebre el contrato- son iguales a cero, independientemente de la regulación específica de un determinado ordenamiento jurídico, siempre se va a alcanzar una utilización eficiente de los recursos. Sin embargo, cuando los costos de transacción son superiores a cero, la configuración de las normas jurídicas en un determinado ordenamiento va a traer una considerable consecuencia en la asignación eficiente de los recursos. Para una mayor sobre las ideas del Profesor Coase, ver: COASE, Ronald H. *El problema del Costo Social y, Notas al Problema del Costo Social*. En: La Empresa, el Mercado y la Ley. Madrid: Editorial Akatua Económica, 1994; STIGLER, George J. *Tres Notas on the Coase Theorem*. En: Yale Law Journal N° 99, 1989, pp. 601-633; y, BULLARD, Alfredo. *Ronald Coase y el Sistema Jurídico: A propósito del premio Nobel de Economía*. En: Estudios de Análisis Económico del Derecho. Lima: ARA Editores, 1996.

IV. LA PROHIBICIÓN DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Una vez explicada brevemente la función que debe cumplir el Derecho de Contratos en toda sociedad (ver *supra* II) y detallada la admisibilidad de la intervención estatal cuando no se cumplen las condiciones del "contrato perfecto" (ver *supra* III.1), en este capítulo vamos a intentar determinar si es que las normas contenidas en el Código Civil, prohibiendo determinadas cláusulas contractuales, se adecúan a estas funciones e intentan asegurar una situación económicamente eficiente y, por tanto, beneficiosa para las partes contratantes.

Así, nuestro análisis pretende determinar la eficiencia económica⁴⁹ de estas normas partiendo de la premisa que la función del Derecho de Contratos debe ser proporcionar el conjunto de reglas que aseguren a los individuos la realización de sus objetivos mediante el contrato celebrado, permitiendo que el tráfico de bienes y servicios tenga lugar y que estos fluyan de las manos de quienes los valoran menos a quienes los valoran más. Ello mediante la reducción de los costos de transacción, la disuasión del comportamiento estratégico y el aseguramiento de los resultados eficientes. Asimismo, vamos a asumir que existen supuestos donde no se cumplen las condiciones relativas a los contratos perfectos y que permiten que el Estado intervenga mediante la dación de normas para corregir estas situaciones.

1. Prohibición de enajenar o gravar

El artículo 882 del Código Civil peruano señala que "*no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita*".

Según Max Arias-Schreiber Pezet esta norma tiene su fundamento en el orden económico y social –está en relación directa con la circulación de la riqueza– y se encuentra motivada en la moral y la justicia, pues estas cláusulas serían "*de instrumento abusivo por la parte fuerte de la relación obligacional –acreedor–, con desmedro de la contraparte*".⁵⁰ Agrega el citado jurista que frente al derecho individualista de los propietarios de regular sus intereses como mejor les parezca "*se opone el interés social que tiene a nuestro modo de ver rango superior*".⁵¹

Discrepamos abiertamente con el doctor Arias-Schreiber, pues puede suceder que la autolimitación de la facultad de disponer un determinado bien sea una manera de asegurar una situación beneficiosa para ambas partes derivada de un contrato y, por tanto, beneficiosa para la sociedad en su conjunto.⁵²

En efecto, con la intención de resguardar el "interés social" –como señala Arias-Schreiber– el legislador ha restringido la facultad de los particulares de autolimitar la disposición o el gravamen de un determinado bien, sin tomar en consideración

⁴⁹ Ver *supra* nota N° 43.

⁵⁰ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Eséquis del Código Civil peruano*. Tomo IV. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, pg. 47.

⁵¹ *Ibidem*, pg. 50.

⁵² Supongamos que una persona, con la finalidad que una entidad financiera le conceda un crédito en condiciones crediticias y financieras que le permitan acceder al mismo, está dispuesta a pactar contractualmente que no va a vender o hipotecar un inmueble de su propiedad hasta la fecha en que cumpla con cancelar el íntegro del préstamo. Dicho negocio, que en principio es beneficioso para ambas partes, nunca llegará a celebrarse, pues bajo la regulación del Código Civil la entidad financiera no le concederá el crédito en condiciones crediticias y financieras que sean necesarias para el solicitante, pudiéndose ser que incluso llegue a negarle de plano la posibilidad de otorgarle el crédito.

que son las propias partes contratantes quienes cuentan con los elementos de juicio necesarios –por lo menos mejores elementos de juicio que el legislador– para determinar si es que les conviene o no pactar la prohibición de enajenar o gravar un bien de su propiedad.

Además el profesor Arias Schreiber parte de una premisa equivocada, pues el acreedor no es la “parte fuerte” de la relación obligatoria. Como ha sido ampliamente explicado (ver *supra* II.2), quien en todo caso es la “parte fuerte” de la relación obligatoria es el deudor, pues este cuenta con una “ventaja estratégica” que lo ubica en una posición dominante frente al acreedor. Ello es así, pues habiendo satisfecho su interés, el deudor tiene pocos incentivos para cumplir con lo pactado, colocando al acreedor en una situación de incertidumbre.

Los argumentos expuestos para intentar justificar la conveniencia de una norma como esta son bastante cuestionables y no responden a la función económica del Derecho de Contratos (ver *supra* II) ni están referidos a la falta de cumplimiento de las condiciones relativas al “contrato perfecto” (ver *supra* III.2). Así, si nos encontramos frente a una situación donde las partes cuentan con información suficiente para adoptar una decisión racional, no estamos en un supuesto de opciones restringidas y las partes están dispuestas a asumir los costos de transacción derivados de la negociación de ese pacto, no existe razón alguna para que el legislador intervenga prohibiendo las cláusulas que impidan enajenar o gravar.

De otro lado, la propia norma admite excepciones a la prohibición de enajenar o gravar, las cuales, según se establece, deben ser establecidas legislativamente. Es decir, tácitamente pareciera que esta norma está señalando que en algunos supuestos es conveniente la prohibición de enajenar o gravar y en otros –no encontramos por qué – la misma resulta dispensable.³³

En suma, si bien en un principio pareciera que esta norma lo que busca es proteger los intereses de las partes y, por tanto, el interés social, finalmente solo consigue perjudicarlas. Esta norma impide que los agentes económicos evalúen los beneficios de pactar, en determinados casos, cláusulas de prohibición de enajenar o gravar necesarias para celebrar transacciones que pudieran serles beneficiosas tanto a ellos como a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, sí permite que el legislador evalúe cuándo es admitido un pacto de esta naturaleza.

2. *Prohibición del pacto comisorio*

Según los artículos 1066 –en el caso de bienes prendados– y 1111 –en el caso de bienes hipotecados– del Código Civil, es nulo el pacto mediante el cual las partes acuerdan que el acreedor adquirirá la propiedad del bien, por el valor de la garantía, en caso la obligación principal sea incumplida.

Los argumentos que encontramos para justificar esta prohibición, son realmente escasos, pese a su importancia y a las consecuencias económicas, evidentemente negativas, que esta genera. Así, en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se señala que:

³³ Tal es el caso del artículo 101 de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, que permite la prohibición temporal de enajenar o gravar por un máximo de diez años, prorrogables antes del vencimiento por términos no mayores, cuando se establece en el pacto social o en el estatuto, los o cuando el título de las acciones o la junta General de Accionistas, en caso de haber alcanzado a quienes hayan votado a favor.

"(...) esta norma no viene sino a reiterar la prohibición que desde Roma regía a fin de evitar que el acreedor se convirtiera en dueño del inmueble por el importe de la deuda. Su propósito es el de brindar una protección especial al deudor."⁵⁴

En nuestra opinión, el legislador incurre en un error que nuevamente pone freno a una serie de relaciones de intercambio que servirían para asignar los recursos a sus usos más valiosos. En efecto, el legislador, en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil de 1984, explica la necesidad de una norma como esta en la "protección especial" que el sistema jurídico debe brindarle al deudor. Es decir, para el legislador, deben ser protegidos aquellos que aún deben ejecutar la prestación a su cargo cuando, como ha sido precisado anteriormente (ver *supra* II.2), esta idea parte de una premisa equivocada, pues no considera que es el deudor quien se encuentra en una posición dominante frente al acreedor -aquella parte que ya ejecutó su prestación-, toda vez que al ya haber visto satisfecho su interés carece de incentivos para cumplir con lo pactado. Todo ello, a diferencia de lo que se postula, coloca al acreedor y no al deudor en una situación de incertidumbre que el derecho debe evitar.

El Derecho de Contratos debe buscar disuadir este comportamiento estratégico del deudor creando mecanismos que generen una "ventaja estratégica" contraria a favor de aquella parte que aún no ha visto satisfecho su interés y que originen a su vez una aversión al riesgo del deudor. Una de las formas para crear esta ventaja estratégica es mediante un sistema eficaz de garantías reales que asegure al acreedor la satisfacción de su interés, pues ahora cuenta con un medio de presión -garantía sobre algún bien- a través del cual puede coaccionar al deudor a cumplir, sea voluntariamente o a través de la ejecución de dicho bien.⁵⁵

Sin embargo, si prohibimos el *pacto comisorio* lo que estamos haciendo es disminuir fuertemente el impacto de esta "ventaja estratégica" contraria a favor del acreedor y, por tanto, eliminando un mecanismo eficaz para desincentivar el comportamiento estratégico del deudor. Esto puede desincentivar la celebración de determinados contratos que, por su naturaleza, hagan necesario pactar una cláusula de este tipo, pues aquella parte que debe diferir la satisfacción de su interés a un momento posterior a la celebración del contrato puede sentir que no cuenta con la seguridad necesaria de que el mismo va a ser cumplido o, en todo caso, que en el supuesto de incumplimiento por parte del deudor, va a poder recuperar su crédito sin mayores inconvenientes.

Asimismo, como detallamos anteriormente (ver *supra* II.1), el Derecho de Contratos debe reducir los costos de transacción, a través de la regla legal supletoria que evite a las partes negociar todas las cláusulas contractuales y que les permita

⁵⁴ BIGIO CHIREM, Jack, *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil: Hipoteca, Pago, Derecho de Retención, Registros Públicos*. Línea Cultural Cuzco, 1988, pg. 57. El origen románico al que hace referencia la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se encuentra en una prohibición dispuesta por Constantino, en virtud de las *leges comitorias*, mediante la cual se prohibió este pacto, negándole sus efectos. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo III, Undécima Edición. Buenos Aires: Editorial Helix S.R.L., 1976.

⁵⁵ Para una aproximación a la situación actual del sistema de garantías peruano como medio para facilitar el acceso al crédito y las propuestas de modificación que sobre el particular plantea el Ministerio de Economía y Finanzas, ver: *Facilitando el Acceso al Crédito mediante un sistema eficaz de Garantías Reales*. En: Documento Trabajo del Ministerio de Economía y Finanzas publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de junio de 2001.

evaluar si el beneficio esperado de modificarla supera los costos de tal alteración. Evidentemente, la norma que prohíbe el *pacto comisario* nos aleja de este objetivo pues, al ser una norma imperativa no sabemos si es lo que las partes hubieran pactado de haber negociado dicha contingencia. Además, no les permite evaluar si el beneficio de modificarla supera los costos derivados de tal alteración.

Vemos que, finalmente, esta prohibición solo consigue imponer trabas al intercambio de recursos, pues evita al acreedor corregir el comportamiento estratégico del deudor para que cumpla con lo pactado. Así también, al ser una norma imperativa, ni siquiera permite a las partes evaluar el beneficio de modificarla.

3. Prohibición de pactar la venta extrajudicial de los bienes hipotecados

De acuerdo con nuestro Código Civil para ejecutar una garantía hipotecaria, en caso el deudor de la obligación principal no cumpla oportunamente con la prestación que se había comprometido ejecutar, el acreedor hipotecario tiene que iniciar un proceso judicial para hacerse del cobro de la deuda.

Sobre el particular, la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil de 1984 señala que:

*"(...) la venta sólo es procedente cuando media proceso judicial y no puede ser efectuada sin que se haya debatido y reconocido debidamente el derecho del acreedor respecto de la obligación principal. Por consiguiente, en este precepto no se reconoce el derecho del acreedor a la venta extrajudicial del bien hipotecado, ni a la venta judicial sin que se discuta previamente si la obligación es exigible, si es nula, o si se encuentra extinguida o si está prescrita."*⁵⁸

Esta norma claramente reafirma la posición dominante del deudor en la relación obligatoria y, en vez de desincentivar su comportamiento estratégico, no hace más que incentivarlo, pues los deudores se ven protegidos por la necesidad del acreedor de acudir al poder judicial, con todo lo que ello implica, para poder ejecutar la garantía y, de esa forma lograr, un cobro rápido y efectivo del crédito.⁵⁹

El Derecho de Contratos debe buscar disuadir –no incentivar– el comportamiento estratégico de aquella parte que recibió la prestación en primer lugar, mediante mecanismos legales que creen una "ventaja estratégica" contraria a favor de aquella parte que aún no ha visto satisfecho su interés y que originen a su vez una aversión al riesgo del deudor. Esta norma, parece evitar que las partes creen estas "ventajas estratégicas" contrarias a favor del acreedor, pues no permite que el acreedor y el deudor –o dador– hipotecario acuerden un procedimiento de ejecución extrajudicial que los exima de la necesidad de recurrir al ente jurisdiccional para ejecutar el inmueble, lo cual supone incurrir en una serie de costos –tiempo, abogados, tasas judiciales, entre otros– que muchas veces encarecen y hasta impiden la concesión de créditos.

⁵⁸ BIGIO-CHREM, Jack. *Op. Cit.*, pg. 33.

⁵⁹ De acuerdo con un estudio realizado por el Ministerio de Economía y Finanzas la ejecución judicial en el Perú toma aproximadamente un promedio de 18 a 24 meses lo cual supone un aumento de 3 puntos porcentuales en la tasa de interés que cubren las entidades financieras al momento de conceder créditos. Ver: *Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales*. *Op. Cit.*, pg. 5.

Esto trae como consecuencia que el deudor tenga pocos incentivos para cumplir con lo pactado, pues consciente de lo largo y complicado que resulta un proceso de ejecución de garantía hipotecaria, podrá diferir el pago de su obligación durante todo este periodo, hasta que su bien salga a remate. Asimismo, el acreedor tendrá pocos incentivos para contratar bajo estos supuestos, pues sabrá que la recuperación de su acreencia implicará el trámite de un largo y costoso proceso judicial. Ello, supone que el acreedor solo estará dispuesto a conceder créditos siempre y cuando el precio del contrato -manifestado en estos supuestos por la tasa de interés que cobrará al deudor- sea lo suficientemente alto para cubrir con los costos que supone la ejecución judicial de la garantía hipotecaria.

Mediante esta restricción, el Derecho, en vez de facilitar los mecanismos necesarios para desincentivar el comportamiento estratégico, lo que hace es promoverlo. Esto resulta en un enorme freno para la celebración de contratos de ejecución no-simultánea, pues hace que aquella parte que recibirá la prestación en segundo lugar tenga pocos incentivos para contratar. Así, los acreedores solo estarán dispuestos a contratar aceptando una hipoteca, como garantía de cumplimiento, cuando el precio que recibirán por dicho negocio sea, por lo menos, suficiente para cubrir los costos que supone una ejecución judicial. Ello implica que muchas personas no estén en capacidad de contratar bajo esas condiciones y, por ende, que no estén en condiciones de acceder a créditos en condiciones aceptables.

4. Prohibición de pactar limitaciones o exenciones de responsabilidad

El artículo 1328 del Código Civil señala que *"es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien se salga"*, así como también es nulo *"cualquier pacto de exoneración de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichas terceras violen obligaciones derivadas de normas de orden público."*

De acuerdo con esta norma las partes no pueden negociar, *ex ante* la celebración de un contrato, una cláusula en la cual se pongan de acuerdo sobre la asignación de ciertos riesgos asociados a la ejecución del mismo, limitando su responsabilidad por dolo o culpa inexcusable en caso el riesgo se llegue a producir. El doctor Felipe Osterling Parodi comenta sobre el particular que:

*"(...) el acreedor puede renunciar, antes de la época señalada para el cumplimiento de la obligación, a hacer efectiva la responsabilidad en que incurriría el deudor por inexecución bajo culpa leve. La ley, sin embargo, sanciona de nulidad estas cláusulas cuando por ellas se trata de restringir o exonerar de responsabilidad al deudor que incumple la obligación por dolo o por culpa inexcusable."*²⁸

²⁸ REVOREDO, Delta, *Código Civil. Especifico de Motivos y Comentarios*. Volumen V. Lima, 1985, pp. 454. Debemos precisar que esta regla es aceptada por las legislaciones basadas en el derecho romano-germánico y cuenta con el apoyo unánime de la doctrina comparada. Así, los hermanos MAZEAUD señalan que: *"es sabido que la culpa lata debe permutarse, por lo menos, dolosa y, sin dolo, hasta ser equiparada al dolo. Por lo tanto, la jurisprudencia descarta la cláusula de irresponsabilidad contractual en todos aquellos casos de culpa lata"* que es *"asimilable al dolo, obliga a ser nula, ya sea contractual o debida, a la reparación íntegra del perjuicio sufrido, y sin que pueda aquél liberarse de esta por una conveniencia de no-responsabilidad"*. MAZEAUD, Henry, León MAZEAUD y André TUNC, *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo tercero. Volumen II. Buenos Aires: EIEA, 1963, pp. 15-16. Así también se pronuncian Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Quiñones señalan que *"...las cláusulas que asignan responsabilidad a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa leve estimarse nulas por inmorales (...), por el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad"*

Sin embargo, desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho la prohibición de asignar los riesgos *ex ante* la celebración del contrato limita la posibilidad de que las partes regulen sus relaciones de intercambio para asemejarlas al "contrato perfecto" y logren, de esa manera, acercarse a la elaboración de un contrato plenamente eficiente. En efecto, siendo el "contrato perfecto" aquel en el que las partes han previsto toda posible contingencia y se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución, este es el medio idóneo para satisfacer cabalmente sus intereses. Si les prohibimos a las partes contratantes asignar los riesgos derivados de la celebración de un contrato, limitando la responsabilidad de alguna de ellas, estamos impidiendo que se acerquen a la elaboración de un "contrato perfecto" y, por tanto, los estamos impidiendo que satisfagan íntegramente sus intereses.

Como ha sido explicado (ver *supra* III.1), según que el riesgo se impute a alguna de las partes contratantes, el "precio total" del contrato variará. Así, si todos los riesgos recaen en el ofertante, este elevará los costos esperados de los riesgos para, al menos, cubrir su valor previsto y por tanto, exigirá un mayor "precio total". Si por el contrario, es el demandante quien asume todos los riesgos, el costo esperado de estos riesgos disminuirá y por, ende el "precio total" será inferior.

En tal orden de ideas, la asignación de riesgos *ex ante* la celebración del contrato responde a una evaluación que han realizado las partes, luego de obtener la información necesaria acerca de cualquier eventualidad que pudiera surgir durante la ejecución del contrato, para imputar el riesgo a una de ellas a cambio de una modificación en el "precio total" del contrato. Así, si el ofertante está dispuesto a limitar su responsabilidad, será lógico que acepte una reducción del "precio total", pues, si bien no reduce su precio monetario sí está reduciendo el costo esperado de los riesgos que tiene que asumir.²⁸ De otro lado, los ofertantes aumentarán el "precio total" cuando ofrezcan mejores términos contractuales a los demandantes –por ejemplo cláusulas de garantía en las que se comprometan a asumir cualquier riesgo derivado del contrato–, pues están aumentando los costos esperados de los riesgos.

En efecto, si las partes son libres de negociar el "precio total" del contrato, estas pueden perfectamente ponerse de acuerdo en una restricción o eliminación de determinados supuestos de responsabilidad, siempre que esta restricción o eliminación se vea reflejada en el "precio total". Así, habría un "precio total" para cualquier sistema de imputación de responsabilidad. Si prohibimos la posibilidad de negociación por las partes contratantes, estaríamos limitando fuertemente la libre circulación de los recursos dentro de una sociedad.

del obligado. DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Op. Cit. pp. 230. En la misma línea encontramos a PASCUAL ESTEVEZ, Luis, *La Responsabilidad Contractual*, Tomo II, Volumen I, Barcelona BOSCH, 1989, pp. 305-306; LAFALLE, Héctor, *Derecho Civil*, Tomo VI, Tratado de las Obligaciones, Volumen I, Buenos Aires: EDIAR, 1947, pp. 176-177; MOSSET, Jorge, *Responsabilidad por Datos*, Tomo III, Buenos Aires: EDIAR, 1980, pp. 144; entre otros.

²⁸ Supongamos que A es un comerciante dedicado a la venta de electrodomésticos y se encuentra negociando con B la venta de una serie de equipos para el restaurante que este piensa inaugurar. A le informa a B que el precio ("precio total") por todos los equipos asciende a US\$ 20.000 (US\$ 15.000 correspondiente al precio monetario (PM) más US\$ 5.000 equivalente al costo esperado (C) de los riesgos), sin embargo B no está dispuesto a pagar más de US\$ 15.000. Dicha negociación en el marco del Código Civil peruano se frustraría, pues no habría forma de que A reduzca en US\$ 5.000 el "precio total" por los bienes. Enajen, si se permitiera pactar la limitación o exclusión de responsabilidad podría suceder que B esté dispuesto a aceptar todos los riesgos derivados de dicho contrato a cambio de una reducción de US\$ 5.000 en el "precio total" y, en el mismo sentido, A este dispuesto a reducir en US\$ 5.000 el "precio total" por los bienes a cambio de liberarse de toda responsabilidad por los equipos entregados, pues ya no tendría que asumir los US\$ 5.000 iniciales por el costo esperado de los riesgos.

De esta manera observamos como cada parte, luego de una evaluación racional, es capaz de determinar si es que desea incluir o no una cláusula de limitación o exención de responsabilidad, pues es capaz de determinar si es que le conviene modificar el "precio total" del contrato a cambio de pactar dicha cláusula. Sin embargo, debemos dejar constancia que esta situación requiere que ni la racionalidad de las partes, es decir, que estas tengan preferencias estables, opciones múltiples y un comportamiento maximizador, ni tampoco el entorno del contrato a través de la generación de externalidades negativas y la ausencia de plena información⁶⁰ y costos de transacción se vean afectados. Solo en dichos supuestos resultaría admisible la intervención del Derecho siempre que los costos de tal intervención no superen los costos para que el mercado solucione por sí mismo estas desviaciones. Empero, cabe precisar que esta solución no se da prohibiendo que las partes limiten o restrinjan su responsabilidad, sino mediante diversos mecanismos que traten de corregir estas desviaciones a los contratos perfectos.

5. Pactos prohibidos en la compraventa

El Código Civil de 1984, en su artículo 1582, prohíbe que los agentes económicos pacten en sus contratos de compraventa los denominados: (i) "pacto de mejor comprador", en virtud del cual puede rescindirse la compraventa por convenirse que, si hubiera quien de más por el bien, lo devolverá el comprador; y, (ii) "pacto de preferencia", en virtud del cual se impone al comprador la obligación de ofrecer el bien al vendedor por el precio que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo.

A continuación pasamos a analizar por qué estas prohibiciones resultan innecesarias y nos alejan del objetivo de alcanzar una eficiente asignación de los recursos a sus usos más valiosos.

5.1 El pacto de mejor comprador

En el inciso 1 del artículo 1582 del Código Civil se prohíbe a las partes acordar el llamado "pacto de mejor comprador", en virtud del cual puede rescindirse⁶¹ la compraventa por convertirse que, si hubiera quien de más por el bien, el comprador se encontrará obligado a devolverlo.

Manuel de la Puente y Lavalle, al intentar exponer la racionalidad de esta prohibición, comenta lo siguiente:

"Este pacto resulta perjudicial para la contratación de inmuebles pues coloca al comprador en una situación precaria con relación a la propiedad del bien, del cual puede ser privado por un acto, como es el ofrecimiento de mejores condiciones por parte de un tercero, respecto al cual es ajeno. Por otro lado, esta misma precariedad desalienta al comprador para tomar mejores decisiones sobre el bien de su propiedad, como por ejemplo darlo en arrendamiento, introducir mejoras en él, etc."

⁶⁰ Con relación a la información imperfecta en el caso de contratación privada, Richard Craswell describe que pueden presentarse tres tipos distintos de problemas de información: (i) mala percepción de los riesgos por parte del comprador; (ii) mala percepción de los cambios en los riesgos por parte del comprador; y (iii) información imperfecta de los vendedores. Ver: CRASWELL, Richard. Op. Cit. pp. 139-152.

⁶¹ Si bien escapa los alcances de este trabajo consideramos necesario precisar que el legislador incurre en una equivocación al referir que el "pacto de mejor comprador" es aquel en que cabe una acción rescisoria, pues en este supuesto nos encontramos ante una causal sobreviniente y no coetánea a la celebración del contrato por lo que lo correcto hubiera sido hacer referencia a la resolución contractual.

Finalmente, y esta es lo más grave, se presta a los abusos y malos manejos del vendedor, quien para elevar el precio puede presentar interesados ficticios, que aparezcan haciendo ofertas superiores. Estos inconvenientes han determinado que, en la práctica, el pacto de mejor comprador haya caído en desuso.⁴²

No coincidimos con las razones que expone el maestro de la Puente y Lavalle, pues creemos que si las partes acuerdan libremente el "pacto de mejor comprador" no estarían colocando al comprador en una situación precaria con relación a la propiedad del bien, ni lo desalentarían para tomar mejores decisiones con respecto a este. Menos aún, el "pacto de mejor comprador" se prestaría a abusos y malos manejos por parte del vendedor. Además, el hecho que un pacto haya caído en desuso no justifica que se le sancione con la nulidad.

La principal función del Derecho de Contratos debe ser facilitar a los agentes económicos el libre tráfico de bienes y servicios para que estos pasen de quienes los valoren menos a quienes los valoren más. Es decir, el Derecho de Contratos debe brindar las facilidades necesarias para que los recursos sean asignados a quienes más los valoran. Una norma como el artículo 1583 del Código Civil, que prohíbe el pacto de mejor comprador, nos aleja de esta función, pues impide que los bienes sean asignados a quienes más los valoran. En efecto, si prohibimos que las partes pacten que en caso aparezca un comprador que valore más el bien que el primer adquirente este retornará a ser de propiedad del vendedor, estamos impidiendo que los recursos sean asignados a sus usos más valiosos.⁴³

En atención a ello, creemos que no resulta justificada la prohibición que impone el legislador de incluir en el contrato de compraventa el "pacto de mejor comprador", pues vuelve a obviar el hecho que son las partes quienes se encuentran mejor informadas acerca de los costos y beneficios de un determinado pacto y evita una eficiente asignación de recursos dentro de la sociedad.

5.2 El pacto de preferencia

El "pacto de preferencia" se encuentra regulado en el inciso 2 del artículo 1582 del Código Civil y es el pacto en virtud del cual las partes acuerdan que comprador de un bien tiene la obligación de ofrecérselo al vendedor, por el tanto que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo.

⁴² REVOREDO, Deña. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Volumen VI. Tercera Edición. Lima: Deña Revoredo de Deñaley, 1988, pp. 202. Este estudio es seguido por juristas como Max Arias Schreiber quien señala que el pacto de mejor comprador cayó en desuso, pues generaba incertidumbre en el primitivo comprador y se prestaba al abuso por la intervención de testamentos, lo cual perjudicaba la contratación en vez de favorecerla. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exposición del Código Civil peruano de 1984*. Tomo II. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1996, pp. 121.

⁴³ Supongamos que A y B celebran un contrato de compraventa sobre un inmueble de propiedad de A por el precio de US\$ 100,000. A valora dicho inmueble en US\$ 80,000 y B lo valora en US\$ 120,000 por lo que cada parte recibe una ganancia de US\$ 20,000 por celebrar el contrato y la sociedad en su conjunto se beneficia con US\$ 40,000. Sin embargo, al cabo de un mes aparece C quien valora dicho inmueble en US\$ 150,000 y ofrece a A pagarle US\$ 110,000 por hacerse de la propiedad del inmueble. Si A y B hubieran convenido el "pacto de mejor comprador" A hubiera devuelto a B los US\$ 100,000 que este pagó por el inmueble para que este le regrese la propiedad del inmueble. Así, A hubiera celebrado un nuevo contrato de compraventa con C obteniendo una ganancia de US\$ 30,000 mientras que C hubiera obtenido una ganancia de US\$ 40,000, lo cual significaría que el beneficio social por este contrato sería de US\$ 70,000. Estos US\$ 70,000 correspondientes al beneficio social por la celebración del segundo contrato superan los US\$ 40,000 del primero, por lo cual el segundo contrato sería más eficiente en términos sociales.

Existen dos razones fundamentales para prohibir el "pacto de preferencia". La primera de ellas, expuesta por el doctor Manuel de la Puente y Lavalle, supone que la obligación de informar debe cumplirse antes de que sea aceptada la oferta. Ello, según señala, dificulta el tráfico patrimonial, pues al tener que informar al vendedor sobre la oferta de compra esta no puede ser aceptada directamente, sino que es necesario mantenerla vigente e informar sobre su existencia al vendedor originario.⁶⁴ La segunda, explicada por Mario Castillo Freyre, parte de la premisa que la obligación de informar debe cumplirse una vez celebrado el contrato de compraventa sobre el bien y señala que el "pacto de preferencia" restringe la libertad de contratar, toda vez que el comprador originario –propietario– del bien tiene que ofrecer al vendedor originario –quien tiene el derecho de preferencia– y, probablemente, tendrá que contratar con él.⁶⁵

Nosotros consideramos que estos argumentos no justifican que se prohíba incluir un pacto de esta naturaleza en un contrato de compraventa. En efecto, sea que la obligación de informar se genere *ex ante* o *ex post* la celebración del contrato, un pacto de esta naturaleza no está restringiendo el tráfico patrimonial ni afectando la libertad de contratar, entendida como la libertad de decidir con quien se contrata. Si las partes han evaluado racionalmente la conveniencia de incluir un pacto de esta naturaleza, no existe razón alguna para que el legislador considere necesario prohibirles actuar de esta manera. Las partes pueden evaluar que para satisfacer sus intereses resulta beneficioso pactar una cláusula de preferencia.⁶⁶ Inclusive, pueden considerar que resulta imprescindible incluir un "pacto de preferencia" para celebrar el contrato.⁶⁷

Así, nuevamente el legislador, amparado en débiles argumentos nos aleja del objetivo de conseguir una eficiente asignación de recursos, pues evita que las partes incluyan pactos que, de acuerdo con su evaluación, les generarían beneficios.

6. Plazo máximo del arrendamiento

De acuerdo con el artículo 1688 del Código Civil el plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años, salvo que el arrendador sea una entidad del Estado o un incapaz, en cuyo caso el plazo no podrá exceder de seis años. Todo plazo o prórroga que acuerden las partes por encima de dicho límite será reducido a los plazos máximos anteriormente detallados.

Max Arias-Schreiber intenta justificar la inclusión de esta norma en el Código Civil de 1984 sobre la base de dos razones fundamentales: (i) seguir la filosofía del

⁶⁴ REVOREDO, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Volumen VI. Op. Cit., pp. 203.

⁶⁵ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la Venta*. Tomo VI. Primera Edición. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pp. 53.

⁶⁶ Este criterio es seguido por juristas clásicos como Luis María Rezzonico, quien al comentar la inclusión del "pacto de preferencia" en el Código Civil de Velez Sarsfield destaca las bondades de una cláusula como esta señalando que la misma " [...] es un instituto jurídico apto para satisfacer necesidades muy diversas [...] ". Ver: REZZONICO, Luis María. *Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil*. Tercera Edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1967, pp. 355.

⁶⁷ Supongamos que B requiere con urgencia hacerse de la propiedad de un bien que se encuentra en poder de A y que es sumamente escaso en nuestro país. Así, B, quien es muy amigo de A, se acerca donde este y le pide que por favor acceda a transferirle la propiedad de dicho bien, petición que A acepta solo por ser B quien se lo solicita. Sin embargo, A solo estará dispuesto a transferir la propiedad del bien si es que B le asegura que en caso de ser enajenado A tendrá la preferencia para adquirir el bien. Como dicho pacto se encuentra prohibido en nuestro ordenamiento jurídico A nunca le transferirá la propiedad del bien a B.

Código que rechaza el abuso y la prepotencia de uno de los contratantes – la “parte fuerte” en la relación obligatoria – en perjuicio de la contraparte; y, (ii) evitar que la figura del arrendamiento se confunda con una venta o con la constitución de una renta territorial.⁸⁸ Asimismo, Jack Bigio Chrem, exponiendo su posición frente a la Comisión Revisora del Código Civil, agrega a esta segunda razón expuesta por Arias Schreiber que extender a más de diez años el plazo del arrendamiento “(...) tendría el grave inconveniente, como enseña la doctrina, de constituir un verdadero gravamen sobre la propiedad, contrario a la mejor circulación económica de ella.”⁸⁹

De la lectura del artículo reseñado y de los comentarios citados se desprende que aparentemente el legislador tuvo la intención de proteger al arrendador, a quien considera la “parte débil” de la relación obligatoria, pues en caso el arrendador sea una entidad del Estado o un incapaz el plazo máximo de contratación es aún menor. Así, se considera que el arrendador puede verse presionado por el arrendatario – “parte fuerte” – a pactar un arrendamiento por un plazo mayor a diez años lo cual supondría constituir un verdadero gravamen sobre la propiedad que limitaría su circulación económica.

Empero, nosotros discrepamos tanto con la norma citada como con los comentarios justificándola. Una norma como esta tiene efectos negativos sobre la asignación eficiente de recursos a sus usos más valiosos y por tanto, afecta la predisposición de los agentes económicos a contratar.

En efecto, anteriormente hemos descrito que la intervención del Estado en materia de contratación privada solo resulta admisible cuando se afecte la racionalidad de las partes contratantes o el entorno del contrato, solo si esta intervención resulta menos costosa que la solución del problema por el mercado (ver *supra* III.2). Así, vemos que en el presente caso la prohibición para pactar un arrendamiento a un plazo mayor de diez años no intenta corregir ninguna de estas desviaciones. Mediante esta norma, lo único que se intenta es proteger a la “parte débil” de la relación obligatoria y evitar gravar la propiedad por periodos prolongados de tiempo.

Nosotros nos preguntamos, ¿necesitan los arrendadores de la protección del Estado para celebrar sus contratos de arrendamiento? La respuesta evidentemente es no, pues el Estado no cuenta con los elementos de juicio necesarios –información acerca de las ventajas y desventajas de celebrar un determinado contrato– para evaluar si es que los contratos de arrendamiento por periodos mayores a diez años son perjudiciales para las partes y para la sociedad.

Si las partes, en ejercicio de su autonomía privada evalúan que los beneficios de celebrar un contrato de arrendamiento por un periodo mayor a diez años superan los costos de dicho acto, ¿por qué tiene el Estado que prohibirles contratar bajo esos términos? Creemos que no existe ninguna razón para ello.

Es probable que si el arrendador está dispuesto arrendar su bien por más de diez años el precio por el arrendamiento incluye el costo esperado de los aumentos en la merced conductiva. Así, el arrendador trasladará al precio los riesgos que supone las variaciones del precio. Además, nada nos hace suponer que las partes no pactarían, en un arrendamiento a más de diez años, que si la merced conductiva, de

⁸⁸ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Mar. *Oy. Cív.*, pg. 392.

⁸⁹ BIGIO CHREM, Jack. *El Contrato de Arrendamiento*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica Ediciones, pg. 113.

acuerdo con los indicadores del mercado, subiera considerablemente durante el transcurso del arrendamiento, las partes se comprometerán a reajustar el precio por el arrendamiento.

Así, consideramos que una norma como el artículo 1688 del Código Civil solo evita una asignación eficiente de recursos y nos aleja del objetivo de eficiencia que todo sistema de contratación debe buscar, pues al limitar la posibilidad de que las partes regulen sus relaciones como mejor les parezca, probablemente, muchos contratos de arrendamiento no llegarán a celebrarse, pues por la naturaleza de la operación necesitan contar con una duración de más de diez años.⁷⁰

V. CONCLUSIONES

En el presente trabajo, dada su extensión, hemos intentado demostrar brevemente cómo algunas de las prohibiciones que la ley impone a los agentes económicos al momento de regular sus relaciones de intercambio no hacen más que frenar la eficiente asignación de recursos dentro de nuestra sociedad.

El Derecho de Contratos debe facilitar estas relaciones de intercambio, por lo que tiene que buscar normarlas de forma tal que se incentive la libre circulación de recursos a sus usos más valiosos, permitiendo a los agentes económicos celebrar aquellas transacciones que consideren beneficiosas para sus intereses y que, por ende, sean beneficiosas para la sociedad en su conjunto.

El legislador muchas veces cree conocer qué es lo mejor para nosotros, pues considera que eso sería lo más beneficioso para él si es que se encontrara en dicha situación. Así, en múltiples oportunidades dicta normas intervencionistas, tales como las reseñadas anteriormente, que si bien tienen la intención de protegernos, finalmente solo logran perjudicarnos y, por ende, perjudicar a la sociedad en su conjunto, pues no nos permiten contratar de una manera eficiente ni regular nuestros intereses como mejor nos convendría.

Creemos que esta es una percepción equivocada que debe ser cambiada. Ni el legislador ni otros terceros pueden saber qué es lo que más nos conviene, pues ni este ni aquellos poseen mejores elementos de juicio que nosotros para evaluar si es que nos resulta beneficioso o no pactar una determinada cláusula contractual. No aceptar esto sería pretender que los legisladores del Código Civil de 1984, al momento de promulgar estas normas, contaban con avanzados conocimientos de astrología que les permitieron, mediante la observación de los astros, predecir que siempre que se pacte una cláusula prohibiendo la enajenación o el gravamen, aceptando el pacto comisorio, limitando la responsabilidad de alguna de las partes, regulando los pactos de mejor comprador y de preferencia o extendiendo un arrendamiento por más de diez años se estarían perjudicando los intereses de los particulares y, especialmente, el interés social.

Si bien nuestro Código Civil en materia de contratación privada cuenta con una serie de normas "eficientes" que cumplen el objetivo de facilitar la asignación de

⁷⁰ Alfredo Bullard grafica muy bien esta consecuencia cuando señala que para consilium un grifo los cálculos que los inversionistas hacen para recuperar su inversión los realizan a plazos mayores a 10 años. Dichos cálculos, usualmente incluyen la merced conductiva por el arrendamiento como un costo fijo. Sin embargo, de acuerdo con nuestra normativa actual, esta inversión es invariable, pues los inversionistas no pueden efectuar cálculos precisos de recuperación de la inversión. Ver: BULLARD, Alfredo, *Sobre el Código Civil y las Dinamizaciones*. En: ¿Por qué cambiar el Código Civil? Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2001, pp. 29-31.

los recursos a sus usos más valiosos, somos de la opinión que las normas e instituciones no deben ser comentadas ni reseñadas por sus virtudes, sino más bien criticadas por sus defectos. En efecto, si una norma es "buena" entonces no merece mayor comentario, pues debiera estar cumpliendo sus objetivos. Consideramos que solo mediante las críticas podemos progresar y pensamos que para eso nos sirve el Análisis Económico del Derecho, para darnos cuenta qué normas deben ser cambiadas. Por ello en el presente trabajo hemos intentado esbozar determinadas críticas a algunas normas contenidas en nuestro Código Civil para llamar la atención sobre sus defectos y plantear la posibilidad modificarlas.

Así, consideramos que no resulta necesaria la intervención del "papá Estado" en nuestras relaciones de intercambio, pues si bien nos podemos equivocar –en cuyo caso internalizaremos los costos de nuestro error– somos nosotros mismos quienes estamos en capacidad de decidir qué es lo más conveniente para regular nuestros intereses. Al menos conocemos esto mejor que el Estado.

Por ello, creemos que restringir nuestra posibilidad de incluir determinados pactos en nuestros contratos no es necesaria, pues como seres racionales podemos decidir qué es lo más beneficioso para nosotros. Pensar de otra manera, sería creer que el Estado es como nuestro "padre", quien durante nuestra infancia, al ver que aún no éramos capaces de decidir por nosotros mismos, siempre nos decía: "¡Hazle caso a papá, que él siempre sabe qué es lo mejor para tí!"