

ALGUNAS CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA EN RELACION CON EL MARCO JURIDICO CONTRACTUAL

Eduardo Facha García⁽¹⁾.

“Nuestra sociedad puede que sea ineficiente, pero es humana y justa”.

—Dennys González, *ciudadana cubana*—⁽²⁾.

1. Introducción.

El presente ensayo tiene por objeto realizar algunas consideraciones generales en torno al marco jurídico contractual desde una perspectiva económica. En otras palabras, se formulan ciertas premisas de carácter general respecto a la Teoría General de las Obligaciones y al Derecho de los Contratos desde una perspectiva del análisis económico del Derecho. El concepto “análisis económico del Derecho” implica la aplicación de teorías y métodos de la Economía al sistema jurídico. Cabe señalar que cuando se hace referencia a “Economía” debe entenderse la escuela económica neoclásica que encuentra sus raíces en la obra de Adam Smith *Investigación sobre la Naturaleza y Causa de la Riqueza de las Naciones* (1776) que sin duda es el primer tratado a gran escala sobre conceptos económicos básicos.

La economía neoclásica se sustenta en varias premisas fundamentales: (i) individualismo metodológico⁽³⁾; (ii) principio de optimización (maximización)⁽⁴⁾; (iii) pre-

(1) Agradezco los comentarios y observaciones al presente ensayo realizados por los licenciados, a quienes cito en orden alfabético, siguientes: Francisco Borja Martínez, Alberto Facha García, Sergio Ghigliazza García, Juan Manuel Pérez Porrúa, Tomás Ruiz González y Fernando Vázquez Pando.

(2) Cathy Booth, “Dancing the Socialist Line”, *Time (International)*, 12 de agosto de 1991, 19.

(3) La unidad básica del análisis es el individuo racional.

(4) Los agentes económicos, al ser seres racionales, buscan obtener los mayores beneficios posibles al menor costo posible (concepto de eficiencia). Esto se fundamenta a su vez en la idea que los individuos son egoístas, más no envidiosos; y, en la idea de soberanía del consumidor, es decir, el individuo es el mejor juez de su propio bienestar.

ferencias estables⁽⁵⁾; (iv) costo de oportunidad⁽⁶⁾; y, (v) existencia de mercados⁽⁷⁾. De lo anterior y siguiendo las ideas de Lionel Robbins en "Un Ensayo sobre la Naturaleza y Significado de la Ciencia Económica" (1935), podemos definir a la Economía como la ciencia que analiza la asignación eficiente de recursos escasos a necesidades múltiples y competitivas entre sí.

El análisis económico del Derecho implica pues la aplicación del herramental económico a los diversos campos del Derecho para determinar la eficiencia de las respectivas normas jurídicas. La importancia de este hecho radica en que el jurista generalmente se centra en problemas relativos al bien común, la justicia y la seguridad jurídica, conceptos considerados como fines del Derecho, sin prestar atención a otros factores relevantes como lo es la eficiencia⁽⁸⁾. Tradicionalmente, por su formación, el licenciado en Derecho o el abogado se centra en problemas de equidad, pudiendo llegar a proponer normas jurídicas que a pesar de ser bien intencionadas al buscar la protección de un sector de la población que puede considerarse como desaventajado y, por lo mismo, que resulta conveniente proteger, ignora factores económicos relevantes que bien pueden llevar a una situación en que el fin propuesto no es susceptible de conseguirse e, incluso, puede generar un desproveimiento mayor al de la situación original⁽⁹⁾.

A mayor abundamiento, parece que existe una dicotomía insoluble entre eficiencia y equidad: si se obtiene eficiencia necesariamente se sacrifica equidad y viceversa. Nada más falso, pues si bien es cierto que hay situaciones en el margen que si

(5) Los gustos de los individuos son estables, no cambian repentina o caprichosamente.

(6) Este concepto, junto con la noción de eficiencia (*supra* nota 8), resulta ser uno de los más importantes pues refleja las ideas de escasez y de elección entre alternativas. El costo de oportunidad de una actividad o acción se encuentra dada por el valor de la actividad o acción que deja de realizarse por llevar a cabo la actividad o acción primeramente mencionada. Así, si el estudiar tres horas representa un punto adicional en la calificación final, para el estudiante que prefiere ir al cine a estudiar dichas tres horas se puede decir que tiene más valor el esparcimiento que representa el ir al cine que un punto adicional en la calificación final: el costo de oportunidad de ir al cine es un punto en la calificación final.

(7) La existencia de mercados, entendidos éstos como un mecanismo descentralizado para la asignación de recursos, implica la existencia de precios aun cuando estos últimos no tienen que ser necesariamente de carácter monetario.

(8) Sin duda el concepto de "bien común" es un concepto amplio y ambiguo, pero no hay razón alguna por la cual en dicho concepto no pueda incluirse el concepto de eficiencia. La eficiencia, en términos generales, significa una relación costo-beneficio: al realizar una actividad o acción determinada debe buscarse obtener el mayor beneficio factible al menor costo posible. Sin embargo, esto no quiere decir que sólo se consideren los costos y beneficios individuales, ya que también puede considerarse la eficiencia desde una perspectiva social, al tomar en cuenta los costos y beneficios para la sociedad.

(9) Como ejemplo de esto tenemos las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de arrendamiento de inmuebles urbanos para casa habitación, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 7 de febrero de 1985, las cuales al topar los incrementos anuales a las respectivas rentas a un ochenta y cinco por ciento del incremento porcentual del salario mínimo general para el Distrito Federal en el año en que el contrato sea renovado o prorrogado (artículo 2448 D), en el largo plazo producen una descapitalización de la industria de construcción de inmuebles para dicho tipo de arrendamiento, pues con tal restricción ¿quién tiene interés en dar en arrendamiento un departamento o casa?.

pueden llegar a presentar tal dialéctica, existen infinidad de situaciones en que se puede incrementar la eficiencia sin afectar negativamente la equidad. Lo único que se pretende afirmar es una cuestión de orden: en general es mejor satisfacer primero —no exclusivamente— criterios de eficiencia para posteriormente satisfacer los criterios de equidad que la situación inversa. Es preferible buscar producir un pastel más grande para luego ser repartido adecuadamente (equitativamente) a tener un pastel pequeño que sea repartido igualitariamente, siendo esto generalmente lo que sucede cuando se da preeminencia a la equidad sobre la eficiencia⁽¹⁰⁾. Lo que ocurre muchas veces en la teoría y en la práctica es que, una vez obtenida cierta meta de eficiencia, no se da el siguiente paso en busca de mejorar la equidad, lo cual hace parecer, erróneamente, que ambos conceptos resultan ser incompatibles.

No debe confundirse el análisis económico del Derecho con el Derecho Económico⁽¹¹⁾. El primero se refiere al análisis de las normas jurídicas desde una perspectiva económica, implica la aplicación de principios económicos al sistema normativo jurídico, utiliza un enfoque fundamentalmente microeconómico. El segundo representa la aplicación del Derecho a distintos aspectos de la Economía, implica la regulación o reglamentación de diversas actividades económicas, emplea un enfoque fundamentalmente macroeconómico. El análisis económico del Derecho termina donde el Derecho Económico empieza: el primero analiza la aplicación de mecanismos de mercado en el orden normativo jurídico (derechos de propiedad y contratos), seguidos por las reglas de responsabilidad (contractual y extracontractual) para terminar en la regulación o reglamentación; en tanto que el segundo se centra en esta última, generando normas jurídicas para regular actividades económicas específicas. Consecuentemente, puede afirmarse que para poder estudiar fundadamente el Derecho Económico previamente debe estudiarse análisis económico del Derecho⁽¹²⁾.

(10) Cabe destacar que este último punto se encuentra sujeto a controversia como lo demuestra la opinión de Denny González.

(11) "Conjunto de valores, principios normas y procedimientos jurídicos, tendientes a requerir, posibilitar y controlar la intervención directa o indirecta e imperativa del Estado en todos los aspectos macro y microscópicos de la economía, a través de medidas y actividades coactivas y persuasivas, estimulantes y disuasivas, a fin de proveer y garantizar las condiciones y los objetivos de implantación, estructuración, funcionamiento, reproducción, crecimiento y desarrollo de dicha economía y, por lo tanto, la producción, distribución y uso o consumo, de servicios e ingreso". Marcos Kaplan, "Derecho Económico", *Diccionario Jurídico Mexicano* (México: Editorial Porrúa S.A., 1987²), 2:984.

(12) El análisis económico del derecho tiene sus orígenes modernos al principio de la década de los años sesenta con los ensayos de Ronald H. Coase —"The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics* 3 (1960): 1— y de Guido Calabresi —"Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal* 70 (1961): 499— y el libro de Richard A. Posner "*Economic Analysis of Law*", cuya primera edición data de 1973. Desafortunadamente y a pesar de la existencia de una amplia literatura en la materia de que se trata en otros países y la inclusión de la misma en los programas académicos de las escuelas de Derecho, en nuestro país prácticamente no existe literatura sobre el particular ni se incluye la materia en los programas académicos de la licenciatura en Derecho, siendo la honrosa excepción el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

El presente artículo se divide en seis secciones, en adición a la introducción y conclusiones. En la primera sección se analiza la función económica del marco jurídico contractual; seguida de un análisis de las diversas causas de invalidez de los contratos; el deber de las partes en un contrato de proporcionar información; la asignación de la responsabilidad en caso de incumplimiento y las diferentes soluciones a los casos de incumplimiento. Por último, se presenta el modelo de precaución como medio para determinar la solución óptima al problema de la asignación de responsabilidad para los mencionados casos.

2. *La Función Económica del Marco Jurídico Contractual.*

El intercambio voluntario de los derechos de propiedad⁽¹³⁾ es esencial para el adecuado funcionamiento del mecanismo de mercado, que a su vez permite la asignación eficiente de los recursos escasos a necesidades múltiples y competitivas. El intercambio de bienes y servicios implica el intercambio de los derechos de propiedad aparejados a los mismos, permitiendo a los agentes económicos optimizar su bienestar o utilidad⁽¹⁴⁾.

Sin embargo, hay ciertos riesgos inherentes al mencionado intercambio, como son la honestidad y solvencia de la contraparte, especialmente cuando el cumplimiento de las obligaciones no es simultáneo o instantáneo, y la existencia de situaciones emergentes, detectables una vez consumado el contrato —si es de ejecución inmediata— o durante la ejecución del mismo —si es de tracto sucesivo— que bien pueden o no haber sido previstas por las partes al momento de celebrar el contrato.

La Teoría General de las Obligaciones y el Derecho de los Contratos ofrecen el marco jurídico para el intercambio. Si no existiese obligatoriedad, que es la esencia de la norma jurídica⁽¹⁵⁾, en el cumplimiento de los acuerdos contractuales existiría una tendencia hacia actividades de corto o muy corto plazo arie la incertidumbre respecto del cumplimiento de dichos acuerdos. A su vez esto implicaría que actividades o proyectos a mediano y largo plazo importantes para el crecimiento y desarrollo económicos no se llevaran a cabo, lo cual es claramente ineficiente.

Posner⁽¹⁶⁾ señala que si los intercambios contractuales fueran realmente instantáneos la protección legal de los derechos contractuales sería menos imperiosa. Así te-

(13) Aquí se considera los derechos de propiedad en sentido económico, cuyo concepto es más amplio que el concepto jurídico pues incluye tanto derechos reales como personales.

(14) Hay que tener presente que en última instancia el valor económico de los bienes y servicios (mercancías) se encuentra dado por los derechos que los mismos confieran a los respectivos propietarios.

(15) En este sentido Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al Estudio del Derecho*, (México: Editorial Porrúa S.A., 1978³), 7-13.

(16) Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston: Little Brown and Company, 1986³), 80.

nemos que en las sociedades primitivas en las que los intercambios contractuales tienden a ser simultáneos, la Teoría General de las Obligaciones y el Derecho de los Contratos a su vez tienden a ser rudimentarios en contraste con otras áreas del Derecho, como por ejemplo el Derecho de Familia.

Siguiendo las ideas del citado autor podemos decir que la Teoría General de las Obligaciones y el Derecho de los Contratos, es decir, el marco jurídico contractual previsto en la legislación positiva, cumplen dos funciones primordiales. La primera es evitar el oportunismo, esto es, desalentar el comportamiento deshonesto de las partes que celebran un contrato. La segunda es prever contingencias, en otras palabras, ofrecer soluciones a las situaciones emergentes no contempladas por las partes en el momento de celebración del contrato.

Los contratos deben contribuir a la realización eficiente de transacciones entre los agentes económicos. Por lo mismo, entre menos complejo sea el contrato se reducen los costos de transacción⁽¹⁷⁾. Sin embargo, esto no puede suceder si no existe una serie de disposiciones supletorias que prevean las contingencias o situaciones no pactadas expresamente por las partes en un contrato. En caso contrario, si el contrato es muy sencillo pero no cuenta con el apoyo de dicha serie de disposiciones, la resolución de controversias respecto a la realización de eventos no previsto por las partes puede ser más costoso que el haber previsto de antemano las respectivas soluciones. Consecuentemente, puede decirse que entre más eficiente resulte ser un mercado determinado, más sencillos resultarán los contratos que celebran los participantes en dicho mercado, debido a la existencia de disposiciones supletorias adecuadas que evitan a las partes tener que acordar o prever la solución de contingencias en cada contrato particular.

De esta forma el marco jurídico contractual busca o debe buscar la realización eficiente de transacciones, evitando que las partes tengan que emplear medidas autoprotectivas costosas. Partiendo del supuesto de buena fe de las partes, esto es, el no tratar de aprovecharse indebidamente de la vulnerabilidad creada por la ejecución diferida o secuencial de las obligaciones contractuales, pueden determinarse reglas que de manera supletoria llenen aquellas circunstancias no previstas expresamente por las partes en un contrato. Las partes no pueden prever todas las posibles contingencias durante la vigencia del respectivo contrato o, si intentaran hacerlo, los costos de transacción se elevarían desmesuradamente, sobre todo en aquellas situaciones en que el costo de obtención de la información pertinente sobrepasa el beneficio de poseer tal información, como es el caso de prever una eventualidad poco

(17) El Diccionario MIT de Economía Moderna —David W. Pearce, editor (Cambridge, MA: The MIT Press, 1986³)— define este tipo de costos como aquellos costos, distintos al precio, que se incurren al intercambiar bienes y servicios y agrega que tales costos pueden ser sustanciales especialmente en mercados en que los bienes o servicios objeto de intercambio son heterogéneos y complejos, como es el caso de múltiples acuerdos contractuales que se llevan a cabo en la actividad económica contemporánea.

probable. Incluso si el marco jurídico contractual no provee una solución para un determinado caso concreto bien puede resultar más eficiente que tal situación sea resuelta por un tercero imparcial⁽¹⁸⁾.

Asimismo, el marco jurídico contractual puede ofrecer garantías implícitas a aquella parte que en principio puede no contar con la información relevante, de tal forma que se imponga la obligación a la contraparte de proporcionar dicha información que obre o deba obrar en su poder. Tal es el caso del saneamiento para el caso de evicción y por los defectos ocultos de la cosa enajenada, que impone la obligación al enajenante de responder de aquella información relevante respecto al objeto de enajenación no proporcionada al adquirente.

En el contrato ideal ambas partes optimizan las ganancias esperadas. Sin embargo, dicho ideal implica la existencia de un contrato completo que a su vez representa: (1) un acuerdo para allegarse de la información relevante en la formación del contrato; (2) un acuerdo para compartir tal información; (3) un acuerdo para determinar quién asume el riesgo de incumplimiento del contrato; y, (4) un acuerdo para establecer quién va a tomar las precauciones contra el aludido riesgo.

El problema con un contrato completo es el costo del mismo. Llegar a determinar un contrato completo en toda la extensión de la palabra implica que los costos de su formulación se elevan desproporcionadamente, por la gran cantidad de eventualidades que tienen que preverse, independientemente del hecho que es virtualmente imposible prever todas las eventualidades. Resulta más eficiente no prever aquellas situaciones en las que la probabilidad de que ocurran son poco significativas o el daño es relativamente pequeño.

De esta manera el marco jurídico contractual puede prever contingencias como a las que se ha hecho referencia, evitando que los costos de transacción se eleven innecesariamente, proveyendo una serie de disposiciones supletorias para situaciones específicas de carácter general en caso que tales situaciones llegaran a materializarse, sin que los efectos de las mismas hayan sido acordados de antemano por las partes. Además, estas disposiciones supletorias generalmente no son de carácter forzoso en el sentido que las partes pueden libre y válidamente renunciar a ellas de manera expresa o aplicar otros criterios diversos a los previstos en las disposiciones de que se trate.

Así, en caso de controversia, la función de los tribunales o los árbitros consiste en determinar: (a) la validez de las estipulaciones contractuales tomando en consideración las circunstancias que invalidan los acuerdos contractuales (violencia⁽¹⁹⁾, falta

(18) El hecho que en muchos contratos se establezcan procedimientos arbitrales como requisito previo o incluso medio alternativo al litigio, sin duda tiene que ver con la intención de las partes de promover la resolución eficiente de las controversias que surjan sobre la validez, interpretación o cumplimiento de las estipulaciones contractuales.

(19) "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado" (artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal).

de capacidad⁽²⁰⁾ o de forma⁽²¹⁾, error sustancial⁽²²⁾, dolo⁽²³⁾, mala fe⁽²⁴⁾); (b) las circunstancias que excusan el cumplimiento de un contrato válido (caso fortuito y fuerza mayor); y, (c) el tipo de remedio que debe aplicarse para los casos de incumplimientos contractuales.

3. *Análisis Económico de las Causas de Invalidez de los Contratos.*

A continuación se presenta un análisis general de las causas que repercuten sobre la validez del contrato. No se pretende determinar si dichas causas se encuentran debidamente clasificadas, pues sobre el particular existe una amplia doctrina. Por el contrario, simplemente se realizarán algunas consideraciones económicas respecto a las causas de nulidad o anulabilidad de los contratos, tradicionalmente aceptadas por la literatura jurídica.

Hemos mencionado que el contrato es fundamental para realizar el intercambio de bienes y servicios, por lo que resulta perfectamente lógico señalar que una característica esencial del contrato es la existencia de consentimiento mutuo, esto es, un acuerdo de voluntades. Sin embargo, existen circunstancias en que el Derecho asigna obligatoriedad a ciertas promesas unilaterales, como es el caso de la declaración unilateral de voluntad⁽²⁵⁾. Esto sucede cuando la promesa es de tal naturaleza que induce a la parte que la recibe a realizar ciertos actos que de no haber sido formulada dichos actos no hubieran sido efectuados. En otras palabras, quien recibe la promesa ha incurrido en ciertos costos que tiene la expectativa de recuperar si cumple con las condiciones requeridas en el ofrecimiento del promitente.

Análogamente, pueden existir promesas bilaterales que no resulten ser obligatorias, pues las partes han considerado conveniente sólo conferir la obligatoriedad al

(20) Aquí se hace referencia a la capacidad de ejercicio que implica la capacidad de goce. Así, la capacidad de goce es requisito necesario, pero no suficiente para celebrar un contrato pues se requiere además poseer capacidad de ejercicio. Si no tiene esta última se requiere de la figura de la representación para estar en posibilidad de celebrar un contrato.

(21) "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley" (artículo 1832 del Código Civil para el Distrito Federal).

(22) "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa" (artículo 1813 del Código Civil para el Distrito Federal).

(23) "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes..." (artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal).

(24) "Se entiende por ...mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido" (artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal).

(25) Misma que se encuentra reglamentada en los artículos 1860 a 1872 del Código Civil para el Distrito Federal.

respectivo acuerdo de voluntades en presencia de ciertos eventos ajenos a las mismas: obligaciones sujetas a condición suspensiva. En cualquier caso, el evento de que se trate tiene que ser futuro e incierto y no encontrarse sujeto a la exclusiva voluntad de la parte deudora⁽²⁶⁾, de tal forma que no se generen situaciones de tipo oportunista.

Existen diversas causas por las que un contrato puede ser nulo o anulable, pero en la mayoría de ellas vemos que la idea implícita es que una de las partes se encuentra tomando ventajas impropias respecto a la contraparte. Tomemos como ejemplo la violencia —física o psíquica—. En una situación de esta naturaleza en realidad una de las partes se encuentra optimizando su bienestar pero a costa del bienestar de la contraparte pues de haber un beneficio mutuo no se habría tenido que recurrir a ejercer violencia sobre la contraparte.

Recordemos que las ganancias del comercio, la optimización que obtienen los individuos en su interacción comercial, radica precisamente en que pueden libremente entrar o abstenerse de entrar en el proceso de intercambio (libertad para contratar). De hecho, sin esta premisa no sería concebible el concepto de Economía neoclásica o liberal. Si los contratos celebrados bajo violencia fuesen considerados como válidos, los agentes económicos invertirían recursos en medios para optimizar su utilidad a costa del bienestar de los demás individuos y no en medios que permitan a ambas partes resultar beneficiadas, incrementando así de alguna forma el bienestar social.

Por las mismas razones igual tratamiento reciben la falta de capacidad, el dolo y la mala fe, siempre que estos últimos induzcan a error de tipo sustancial.

El exigir ciertos requisitos de forma cumple las funciones que la teoría de la causa o “consideración” efectúa en sistemas jurídicos del “common law” que, entre otras, pueden citarse las siguientes: (i) minimizar el riesgo de contratos falsos o simples promesas; (ii) reducir la probabilidad de crear acuerdos contractuales debido al empleo de lenguaje casual o descuidado; y, (iii) concede obligatoriedad a promesas que por su monto pueden representar costos significativos a la contraparte que las recibe.

Sin embargo, hay otras situaciones que no dan o no deben dar lugar necesariamente a la revisión o anulación de un contrato bajo criterios de eficiencia. Por ejemplo, la existencia de contratos por o de adhesión. En este tipo de contrato existe una desigualdad fundamental en el poder de negociación de las partes, pues una de ellas determina unilateralmente todas las cláusulas lo cual trae aparejado una asignación de las ganancias del comercio muy probablemente sesgada en favor de la parte que redacta el contrato. A pesar de esto, en un entorno competitivo los contratos de adhesión pueden permitirse en la medida que existan varias empresas ofreciendo el mismo producto o servicio, de tal forma que el consumidor pueda elegir entre los

(26) Artículos 1938 y 1944 del Código Civil para el Distrito Federal.

diversos “paquetes”. Si bien la libertad contractual⁽²⁷⁾ no existe, la libertad para contratar se encuentra garantizada. El prohibir los contratos de adhesión implicaría un menoscabo a la eficiencia del intercambio al incrementar los costos de transacción significativamente, pues cada contrato habría de ser negociado individualmente.

Los contratos de adhesión resultarían contraproducentes desde una perspectiva de eficiencia si los mismos se permitiesen en situaciones monopólicas u oligopólicas, en las que simplemente servirían para consolidar la posición del monopolista u oligopolista, ya que en dichas situaciones no existiría o se vería seriamente comprometida, además de la libertad contractual, la libertad para contratar. En este caso bien podría coincidirse con las opiniones de Saleilles, Duguit y Bonnacase que consideran a los contratos de adhesión como un acto unilateral⁽²⁸⁾. Por lo mismo, en tales tipos de situaciones resulta adecuada la intervención del Estado en la regulación de estos contratos a través de promulgación de legislación para protección al consumidor.

Otro ejemplo lo encontramos en las ventas en abonos de mercancía utilizando como garantía del cumplimiento del contrato la propia mercancía (contratos de compraventa con garantía prendaria o con reserva de dominio): si se deja de pagar uno de los abonos, incluso el último, el vendedor tiene derecho de recuperar la mercancía. Aun cuando parece paradójico, el prohibir este tipo de contratos resulta en perjuicio de las personas de relativos escasos recursos que se busca proteger, pues al no contar con los recursos suficientes los consumidores tendrían que obtener crédito para financiar el pago de la mercancía y el otorgar crédito a las mencionadas personas resulta ser riesgoso por lo que se pedirá una tasa de interés mayor a la requerida para acreditados que ofrecen algún tipo de garantía.

Por otra parte, los contratos que se obtengan mediante lesión⁽²⁹⁾ no se encuentran comprendidos entre los casos mencionados en el tercer párrafo y en el párrafo inmediatos anteriores, pues no hay un entorno competitivo. Así, se está ante una situación monopólica, que implica la validez del contrato, pero con la consecuente reducción de la obligación de la parte que sufre la lesión, o ante una situación de violencia que permite que el contrato sea anulado⁽³⁰⁾.

(27) Esto es, la posibilidad de negociar el contenido de contrato.

(28) Véase Manuel Borja Soriano, *Teoría General de las Obligaciones* (México: Editorial Porrúa S.A., 1985¹⁰), 130-135.

(29) “Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga...” (artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal). Al margen de otras consideraciones, el término correcto en lugar de “extrema miseria”, debiera ser “extrema necesidad”.

(30) En este sentido es la solución prevista en el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal. En dicho artículo se hace referencia a una “reducción equitativa de su obligación”, lo cual presenta el problema de determinar el sentido de tal idea. Una solución que, sin perjuicio de ser de carácter eficiente, puede también considerarse como equitativa, es que el resultado que se obtenga sea equivalente al resultado que se hubiera obtenido si la obligación hubiera sido pactada en un entorno competitivo.

4. *Deber de Proporcionar Información.*

Para poder optimizar las ganancias del comercio, las partes en un contrato deben intercambiar información, pero hay que tener en cuenta que generalmente la obtención de información, como la producción de cualquier otro bien, trae un costo aparejado. Esto implica que las partes que entran a negociar un contrato tienen incentivos para no revelar información si esto beneficia su posición de negociación

Claramente, el error bilateral y el inducir o mantener en el error, en la medida en que afecten la adecuada disponibilidad de información relevante a la contraparte, deben ser prohibidos mediante la consecuente anulabilidad del contrato. Lo anterior implica que los contratos no tienen por que ser anulados en caso de error no sustancial, es decir, debido a inexactitud de información no relevante⁽³¹⁾.

La información debe ser proporcionada por aquella parte que puede obtener o producir la información a un menor costo respecto a la contraparte. Así, la responsabilidad para el saneamiento por vicios ocultos se asigna, en principio, al productor o vendedor de un producto⁽³²⁾, pues él es quien tiene o debe tener acceso a la información pertinente, especialmente tratándose de productos: (1) comprados poco frecuentemente o que por sus características no pueda descubrirse por simple inspección los defectos del mismo; (2) comprados frecuentemente, pero costosos; o, (3) cuyas características no sean fácilmente discernibles a pesar del uso constante o repetido.

Consecuentemente, existe una obligación de proporcionar la información en aquellas situaciones en que la pérdida potencial de no hacerlo sea significativamente mayor al costo de reparación de que se trate (por ejemplo, un automóvil con suspensión defectuosa).

Puede haber situaciones en que la falta de información no conduce a la nulidad del contrato, siempre que ambas partes hayan tenido oportunidad de informarse adecuadamente. Pensemos en una pintura que es una obra de arte y cuyo valor de mercado es diez mil unidades monetarias, pero su dueño no sabe tal situación y desea venderla en mil unidades monetarias. Un conocedor de arte compra la pintura en dichas mil unidades y después la vende en diez mil unidades. ¿Debe anularse la compraventa original?. La respuesta es negativa —a menos que se tipificara el caso de lesión—, puesto que en primer lugar al comprador le costó adquirir la información relevante, esto es, ser un experto en arte; en segundo lugar, el comprador tuvo la oportunidad de contratar a un tercero que evaluara la pintura objeto de venta y, por último, la compra y subsiguiente venta de la pintura representan una asignación

(31) En este sentido el artículo 1814 del Código Civil para el Distrito Federal: "El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique".

(32) En este orden de ideas los artículos 2120 y 2121 del Código Civil para el Distrito Federal.

eficiente de la misma al proporcionar la correcta valuación de la misma. En otras palabras, no debe equipararse el principio de buena fe con el concepto de candidez⁽³³⁾.

En síntesis, para determinar el deber de una parte en un contrato de proporcionar información debe tenerse en cuenta los costos de obtener dicha información relativos a las consecuencias de no revelar la misma⁽³⁴⁾.

5. *Asignación del Riesgo de Incumplimiento Contractual.*

Analicemos ahora la asignación del riesgo de incumplimiento de un contrato⁽³⁵⁾. Este aspecto se relaciona directamente con la responsabilidad contractual, que se presenta en las dos secciones siguientes, y con las situaciones que excusan el cumplimiento del contrato que son el caso fortuito y la fuerza mayor⁽³⁶⁾, mismas que se presentan a continuación.

Hay que distinguir dos situaciones: una es la posibilidad de prevenir o reducir el daño causado por un incumplimiento contractual, y otra es asumir la responsabilidad por dicho incumplimiento contractual. La situación ideal es la coincidencia, entre ambas situaciones, es decir, que una misma parte tenga la posibilidad de mitigar los daños provenientes del incumplimiento y consecuentemente sea quien deba asumir la correspondiente responsabilidad. Sin embargo, existen situaciones en que falta tal coincidencia, como se verá en la Sección VII siguiente al hablar del modelo de precaución.

(33) Situación diversa es el aprovecharse de información privilegiada para efectos de la Ley del Mercado de Valores, pues el allegarse de tal información no implica necesariamente haber incurrido en costos determinados para obtenerla y representa tan sólo una transferencia de riqueza sin que existan consideraciones de eficiencia, por lo que los efectos del contrato no tienen por qué ser validados.

(34) Para un estudio sobre el tema véase A.T. Kronnan, "Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts" *Journal of Legal Studies* 7 (1978): 1.

(35) Este tipo de asignación, que implica la asignación de un "mal" pues representa sufrir una determinada pérdida en caso de incumplimiento, debe efectuarse en la medida de lo posible a través de mecanismos de mercado, es decir, mediante acuerdos voluntarios entre las partes, de tal forma que la asignación de este "mal" represente la asignación óptima de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso.

(36) Cuando el incumplimiento de una obligación no puede ser imputable al deudor debido a un acontecimiento que se encuentra fuera de su voluntad que no ha podido prever o, previéndolo, no ha podido evitarlo, ya que que tal acontecimiento provenga de hechos de la naturaleza (caso fortuito) o del hombre (fuerza mayor). Véase Borja Soriano, 473-476. Esta noción coincide sustancialmente con la doctrina de imposibilidad de cumplimiento del contrato: el incumplimiento puede ser excusado si el cumplimiento resulta físicamente imposible (imposibilidad física) o el costo de cumplir el contrato se ha elevado a tal magnitud que el respectivo cumplimiento se ha convertido en antieconómico (imposibilidad práctica). Generalmente esta situación requiere que exista lo siguiente: (1) que haya ocurrido una contingencia —algo inesperado—; (2) que el riesgo de tal contingencia no sea asignable ya sea por contrato o por disposición de ley; y, (3) que la contingencia sea de tal naturaleza que ocasione que el cumplimiento del contrato resulte impracticable desde una perspectiva comercial. Véase "Impossibility", *Black's Law Dictionary* (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990⁶), 755.

El hecho de asumir la responsabilidad que se cause por el incumplimiento implicará asumir ciertos costos potenciales adicionales, esto es, en caso que se materialice el supuesto de incumplimiento deberán cubrirse los respectivos daños y perjuicios, lo cual a su vez implica que el precio contractual⁽³⁷⁾ se incremente debido a la prima adicional que exige la parte que asume la responsabilidad por el riesgo de incumplimiento del contrato.

Ahora bien, la asignación del riesgo debe ser *ex ante*⁽³⁸⁾, esto es, en el momento en que se celebra el contrato y no cuando se presenta el hecho de incumplimiento contractual. En el primer caso se busca asignar eficientemente el riesgo de que ese trata, en tanto que en el segundo se obtiene más bien una distribución del ingreso entre las partes, pues implica la existencia de un nuevo acuerdo o, en su defecto, que cada parte asuma la pérdida correspondiente.

La idea central en este punto es que el incumplimiento del deudor no debe ser excusado si: (1) el deudor no ha tomado las precauciones adecuadas para asegurar el debido cumplimiento o para mitigar los daños, o, (2) incluso si ha cumplido con lo indicado en el inciso (1) anterior, si (i) el acreedor ha cumplido con su obligación de mitigar los daños y (ii) los costos de tomar precaución contra los eventuales daños son mayores para el acreedor que para el deudor. Claramente, la responsabilidad se coloca sobre el deudor, es decir, quien ofrece una promesa debido a la naturaleza fundamentalmente económica de los contratos de servir como un medio para promover la eficiencia en el intercambio. El incumplimiento contractual que conduzca a indemnización genera incentivos en ambas partes para buscar beneficios mutuos, en tanto que si tal incumplimiento conduce a la ausencia de responsabilidad no existirían dichos incentivos. Asimismo, se puede presumir válidamente que quien ofrece una promesa se encuentra en mejor posición para evitar contratiempos. Por lo anterior se puede decir que la excusa en el cumplimiento de las obligaciones contractuales debe encontrarse sujeta a situaciones excepcionales que justifiquen en términos de eficiencia a la misma, conforme a lo indicado en los incisos (1) y (2) anteriores⁽³⁹⁾.

De esta forma tenemos que los eventos de caso fortuito o fuerza mayor, como elementos relativos a la imposibilidad de cumplimiento contractual, se refieren más bien a situaciones sobre las que las partes no previeron la asignación de responsabili-

(37) Este concepto se refiere al ingreso o beneficio que la parte correspondiente espera recibir como contraprestación por la obligación que presta a la contraparte. Consecuentemente, un incremento en el precio contractual implica un incremento en el costo del contrato para la contraparte.

(38) Esta noción implica el nivel planeado, deseado o buscado de una determinada actividad, misma que contrasta con el concepto *ex post* que se refiere al nivel efectivamente realizado de dicha actividad. Debido a que en múltiples ocasiones existe diferencia entre lo planeado y lo realizado, los valores *ex ante* bien pueden diferir de los valores *ex post*.

(39) Para un análisis más detallado sobre el particular véase C.J. Bruce, "An Economic Analysis of the Impossibility Doctrine", *Journal of Legal Studies* 11 (1982): 311.

dad por riesgo de incumplimiento al momento de celebrar el contrato, por lo que la ley determina ciertas reglas supletorias. Dichas reglas, para ser eficientes y no simplemente distributivas, deben ser tales que si las partes hubieran considerado al momento de celebrar el respectivo contrato las distintas posibilidades que representan el caso fortuito o la fuerza mayor hubieran adoptado las mismas soluciones generales previstas en la legislación positiva. Por lo mismo, en ley se prevé que la responsabilidad por incumplimiento debido a caso fortuito o fuerza mayor puede ser libremente asumida por las partes, ya que una de las partes puede prevenir o mitigar el daño proveniente de dichos eventos o, incluso, asegurarse contra los mismos de manera menos costosa que la contraparte, exigiendo como contraprestación un incremento en el precio contractual, mismo incremento que la contraparte está dispuesta a pagar con tal de eludir la eventual responsabilidad en caso de incumplimiento del contrato.

6. *Responsabilidad por Incumplimiento Contractual.*

Existen diversas soluciones generales al problema de asignación de la responsabilidad proveniente de incumplimiento contractual. Sucintamente, dichas soluciones son las siguientes:

1. *Daños.* Se indemniza a la parte que sufre el incumplimiento contractual mediante el pago por la contraparte de los costos incurridos por aquél de haber supuesto razonablemente el cumplimiento del contrato. Esta solución busca colocar a la parte que sufre el incumplimiento en una situación tal como si nunca hubiera sido celebrado el respectivo contrato.
2. *Daños y perjuicios.* Se indemniza a la parte que sufre el incumplimiento del contrato con los ingresos razonablemente esperados por el debido cumplimiento del mismo. Esta solución busca colocar a la parte que sufre el incumplimiento en una situación tal como si el contrato hubiera sido cumplido.
3. *Pena convencional.* La parte que sufre el incumplimiento es indemnizada conforme a lo pactado en el propio contrato.
4. *Daños consecuenciales.* La parte que sufre el incumplimiento es indemnizada por los daños que sufra el incumplimiento del contrato, incluso aquéllos que no son directos e inmediatos.
5. *Restitución.* Se indemniza a la parte que sufre el incumplimiento contractual con los beneficios que obtiene la contraparte por dicho incumplimiento.
6. *Cumplimiento forzoso.* A través del procedimiento judicial se busca que la parte que incumple el contrato cumpla el mismo.
7. *Multa administrativa.* La autoridad competente impone una sanción pecuniaria a la persona que incumple con alguna obligación contractual.

8. *Sanción penal.* Siguiendo el debido proceso judicial, la parte que incumple un contrato recibe una sanción de carácter corporal⁽⁴⁰⁾.

Hay que tener presente que con base en el principio que los contratos son obligatorios para las partes y desde una perspectiva de la eficiencia, esto es, de una relación costo-beneficio, se puede tomar como principio general que la mejor solución es aquella que siendo la menos costosa o que representa la sanción menos severa, logra inducir el cumplimiento del contrato o, alternativamente, desalienta su incumplimiento. Así, por ejemplo, en el caso de incumplimiento oportunista —aquél en que la parte que incumple, desde el momento de celebrar el contrato sabe que va a incumplir— tal solución o sanción es la restitución.

Analicemos brevemente cada una de las soluciones antes enumeradas. Pensemos en un contrato en que el individuo A se compromete a vender una cantidad determinada de cobre a un precio fijo de 15 millones de unidades monetarias al individuo B, quien paga por adelantado. Adicionalmente, B ha incurrido en gastos por dos millones de unidades monetarias esperando razonablemente en el cumplimiento del contrato, con la expectativa de recibir ingresos totales por monto de 20 millones de unidades monetarias. Antes que A adquiera el cobre correspondiente para abastecer a B, el precio del mineral sube de tal forma que el costo de cumplir el contrato para con B le representaría a A una erogación de 25 millones de unidades monetarias. La solución indicada en el punto 1. anterior implica que A debe indemnizar a B por un monto de 17 millones de unidades monetarias, en tanto que la solución indicada en el punto 2. precedente implica que la indemnización de que se trata debe ser por monto de 20 millones de unidades monetarias. En ambos casos el incumplimiento resulta de alguna manera eficiente pues A se ahorra, en el primer supuesto, ocho millones de unidades monetarias y, en el segundo, cinco millones de unidades monetarias, respecto del hecho de haber cumplido con el contrato y B es indemnizado en los dos escenarios.

Sin embargo, teniendo en cuenta que en la medida que resulte eficiente debe inducirse el cumplimiento del contrato, la solución ofrecida en el citado punto 2. resulta ser mejor. En el mismo ejemplo, pensemos que el precio del cobre sube tan sólo a 18 millones de unidades monetarias. Con la solución de daños resulta eficiente que A incumpla, pues se ahorra un millón de unidades monetarias, mientras que con la solución de daños y perjuicios el resultado eficiente es que A cumpla, pues tal hecho le cuesta 18 millones de unidades monetarias y el incumplimiento le representaría veinte millones de dichas unidades⁽⁴¹⁾.

(40) Es claro que en términos de nuestro régimen constitucional este tipo de solución no se encuentra disponible, a menos que se tipifique, en adición al incumplimiento contractual respectivo, un delito como es el caso del fraude.

(41) De hecho, lo más eficiente es prevenir que remediar: resulta mejor condicionar la exigibilidad de la obligación a cargo de A al hecho que no existan cambios significativos en el precio de mercado del cobre.

Por lo anterior se puede afirmar que pueden existir incumplimientos eficientes, representados por aquellas situaciones en que las ganancias del incumplimiento para quien incumple son mayores a las ganancias que la contraparte hubiera obtenido de haberse cumplido el contrato considerando, además, la indemnización que dicha contraparte ha de recibir en virtud del incumplimiento sufrido. La idea detrás del principio *rebus sic stantibus*⁽⁴²⁾ se fundamenta precisamente en esta noción de incumplimiento eficiente, en tanto que el principio *pacta sunt servanda*⁽⁴³⁾ hace caso omiso de tal noción⁽⁴⁴⁾.

Bien puede preguntarse si con propósitos disuasivos no resulta más eficiente incluso establecer una sanción que sea superior al valor de la obligación objeto de incumplimiento a través del concepto de pena convencional. Si bien esto efectivamente puede representar un incentivo para la parte a cargo de la cual se encuentra el cumplimiento de la correspondiente obligación, esta situación ofrece incentivos para que sea ahora la parte que recibe el ofrecimiento contractual quien tenga interés en que no se cumpla con el contrato, buscando actuar en consecuencia. Lo anterior implica que la pena convencional se convertiría en obligación principal, por lo que resulta eficiente prohibir tal situación⁽⁴⁵⁾. En cualquier caso, el empleo de la pena convencional ofrece la enorme ventaja que no requiere de probar que se ha sufrido daños y perjuicios menores al monto de la misma, siempre que se cumplan con las demás restricciones aplicables⁽⁴⁶⁾.

De igual manera, con la idea que los daños y perjuicios sean los que razonablemente resulten previsibles *ex ante*, resulta eficiente que como norma general se adopte el criterio que los daños y perjuicios se limiten a los causados de manera directa e inmediata⁽⁴⁷⁾. Sin embargo, las partes pueden establecer indemnización por concepto de daños consecuenciales, siempre que ésta no exceda del valor de la obligación principal por las consideraciones indicadas en el párrafo anterior.

El cumplimiento forzoso del contrato debe utilizarse selectivamente, pues los costos involucrados pueden ser altos debido a la necesidad de acudir al proceso judicial. En el mismo sentido resulta el sancionar el incumplimiento contractual con penas corporales. Por su parte, la sanción administrativa puede resultar ser un buen

(42) “En estas circunstancias”. Un principio conforme al cual los contratos dejan de ser obligatorios en el momento en que las circunstancias y supuestos, en los que se fundamentaba la celebración y ejecución del contrato de que se trate, han cambiado sustancialmente.

(43) “Los contratos deben ser cumplidos”. Este principio señala que los acuerdos contractuales deben cumplirse independientemente del cambio sustancial en las circunstancias y supuestos en los que se sustentaba la celebración y ejecución de un contrato determinado. Este principio es el imperante en el sistema jurídico mexicano.

(44) Debe tenerse presente que en la adopción de uno u otro principio debe considerarse cuál produce los resultados más eficientes en el agregado.

(45) En este orden de ideas el artículo 1843 del Código Civil para el Distrito Federal.

(46) En este sentido son las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 1840 a 1842.

(47) En este sentido el artículo 2110 del Código Civil para el Distrito Federal.

complemento en aquellos contratos que revisten un particular interés general y no sólo entre las partes⁽⁴⁸⁾.

7. El Modelo de Precaución⁽⁴⁹⁾.

A continuación se presenta un modelo que sirve para determinar la indemnización óptima que se debe pactar *ex ante* para que la misma sea considerada como eficiente. El modelo es de aplicación general por lo que no se encuentra limitado a incumplimientos contractuales, sino, de hecho, es aplicable a casos de responsabilidad extracontractual como son los casos de accidentes entre automovilistas y peatones.

Toda regla de indemnización debe perseguir dos fines primordiales que no son excluyentes pero sí independientes entre sí. Desde una perspectiva de equidad debe compensarse a la víctima, desde una perspectiva de eficiencia debe buscarse optimizar la relación costo-beneficio de adoptar medidas precautorias para evitar hechos que causen daños a los miembros de la sociedad. De esta forma tenemos dos principios. El principio de indemnización señala que las víctimas deben ser indemnizadas por los daños sufridos. El principio de marginalidad indica que los costos sociales deben ser minimizados igualando los beneficios incrementales de cada actividad precautoria con su respectivo costo incremental⁽⁵⁰⁾. Alternativamente, se puede decir que existen dos tipos de costos: el costo causado por el daño en el evento que éste ocurra⁽⁵¹⁾ y el costo de tomar precauciones para evitar o minimizar dicho daño.

(48) Por lo que se refiere a esta última idea véase por ejemplo el artículo 16 BIS-4 de la Ley del Mercado de Valores, en el que se prevén sanciones administrativas por realizar operaciones (contratos) que impliquen violación a la prohibición de emplear información privilegiada.

(49) La presente sección se sustenta en las ideas de R. Cooter, "Unity in Tort, Contract and Property: The Model of Precaution", *California Law Review*, 73 (1985): 1. Asimismo, en dicho artículo se presenta un análisis de las ideas desarrolladas en esta sección mediante el empleo de gráficas y que por razones de espacio las mismas no han sido reproducidas.

(50) Un ejemplo puede ayudar a clarificar esta última idea. Pensemos en el caso de un automovilista que desea conducir a una velocidad óptima de tal forma que se obtenga una relación eficiente entre beneficios (entre más rápido conduzca, más pronto llegará a su destino) y costos (entre más rápido conduzca, mayor será la probabilidad de que ocurra un accidente y que a su vez el daño resultante de dicho accidente también sea mayor). La velocidad óptima (x) es tal que si la velocidad de crucero se incrementa ligeramente, un kilómetro por hora, por ejemplo a $x + 1$, implica que tanto los beneficios como los costos se incrementan, pero los costos se incrementan más que el incremento en los beneficios respectivos. (Alternativamente, disminuir la velocidad de $x + 1$ a x implica que los costos disminuyen más que la correspondiente disminución de beneficios). Por otra parte, reducir ligeramente la velocidad óptima, también en un kilómetro por hora a $x - 1$, implica que tanto costos como beneficios disminuyen pero los beneficios disminuyen más que la concomitante reducción en costos. (Alternativamente, incrementar la velocidad de $x - 1$ a x implica que los beneficios se incrementan más que el aumento en costos). De lo anterior se infiere que sólo conduciendo a la velocidad óptima x , en la que se igualan los beneficios marginales con los costos marginales, se obtiene el resultado eficiente.

(51) Dicho costo será igual al valor esperado del daño: la probabilidad que suceda el daño multiplicada por el valor del mismo.

En las ideas y conceptos indicados en el párrafo anterior se fundamenta el modelo de precaución, mismo que se centra en criterios de eficiencia. La idea fundamental es que si los individuos reciben en su totalidad tanto los beneficios como los costos de la respectiva precaución, se obtendrá el resultado eficiente, no sólo individualmente sino también desde una perspectiva social, de tal manera que los incentivos individuales son socialmente eficientes. En caso que los beneficios y costos de la precaución no sean asignados de manera completa a los individuos de que se trate, probablemente se obtenga el resultado eficiente de manera individual para alguno de ellos, pero no para la contraparte por lo que no se conseguirá el resultado eficiente desde una perspectiva social.

En general, se puede decir que la precaución es bilateral⁽⁵²⁾. En este caso tenemos que para obtener el resultado eficiente ambas partes deben participar de la responsabilidad proveniente de causar un daño determinado. El imponer la indemnización (responsabilidad) en una de las partes por cualquier porcentaje del monto del daño resulta ser ineficiente. Esta situación se conoce como la paradoja de compensación: cuando en presencia de doble responsabilidad en el margen o marginal, una de las partes indemniza por el daño causado sin tener en cuenta la precaución de la otra parte, la indemnización no será eficiente. Es decir, se ha cumplido tal vez con un criterio de equidad pero no de eficiencia, pero si se cumple con el criterio de eficiencia también se cumplirá con el criterio de equidad, como se verá a continuación.

Aplicando el referido modelo a casos de incumplimientos contractuales tenemos que el deudor del contrato (el que ofrece una promesa) puede tener precaución para cumplir con el contrato respectivo, en tanto que el acreedor (quien recibe la promesa) puede tener precaución en relación con el nivel de confianza respecto al cumplimiento de la contraparte. Pensemos en dos situaciones extremas, en la primera el contrato es redactado o estructurado ambiguamente, con lo que el deudor probablemente se encuentra en una mejor posición para escapar el cumplimiento de su promesa, por lo que el acreedor ante tal eventualidad adoptará una actitud cautelosa no incurriendo en gastos más allá de los que en su caso estuviera dispuesto a perder. En la segunda situación, el contrato se estructura de tal forma que se plantea todo de

(52) En el ejemplo presentado en la nota número 50, se presenta un lado de la moneda: el del conductor. Sin embargo, debe resultar evidente que también la precaución de otros conductores o de los peatones puede contribuir a reducir tanto la probabilidad de que ocurra un accidente como la magnitud del mismo. Este hecho tan simple no se ve reflejado en la legislación positiva, pues en términos de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en caso de accidentes automovilísticos en que se vea involucrado un peatón, la responsabilidad recae sobre el conductor del vehículo (responsabilidad objetiva), a menos que exista "culpa o negligencia inexcusable de la víctima" (artículo 1913). Lo preocupante es que, independientemente que el legislador a la fecha no haya tomado cartas en el asunto, el Poder Judicial tampoco lo ha hecho, con lo que se encuentra en falta respecto una de sus principales funciones, consistente en adecuar la aplicación de disposiciones jurídicas a supuestos normativos iguales, pero bajo circunstancias distintas de aquéllas que imperaban en el momento de promulgación de dichas disposiciones. Lo anterior resulta claro si se tiene en cuenta que dicho Código data de 1928.

manera detallada, sujetándolo a una interpretación literal, por lo que el deudor incrementará su precaución para dar cumplimiento al contrato, pero el acreedor es posible que tenga un exceso de confianza en el cumplimiento de la contraparte, realizando gastos más allá de lo que razonablemente se esperaría.

En la primera situación el costo de la precaución del deudor se encuentra externalizado, esto es, el deudor no tiene en cuenta todos los costos y beneficios relevantes de tomar la precaución respectiva. En la segunda el costo de la confianza del acreedor se encuentra externalizado, pues éste no considera todos los costos y beneficios de tener un nivel de confianza adecuado. A diferencia de lo que acontece en el caso de los accidentes automovilísticos en los que el nivel de precaución afecta tanto la probabilidad como la magnitud del daño, en el caso de los contratos la precaución del deudor afecta sólo la probabilidad del daño más no su magnitud pues ésta depende del nivel de confianza del acreedor.

Esto quiere decir que en los contratos, cuando se pacten penas convencionales éstas deben ser independientes del nivel de la confianza del acreedor o variar en menor proporción que la variación de dicho nivel⁽⁵³⁾, suponiendo que tal pena sea suficiente para inducir al deudor a cumplir su promesa. En caso contrario, si la pena depende del nivel de confianza del acreedor de tal manera que al incrementarse ésta el monto de la pena convencional se incrementa en igual o mayor proporción que el nivel de confianza, entonces el acreedor tendrá un exceso de confianza que se reflejará en un incremento de los daños en caso de incumplimiento contractual. Para evitar esto se puede pactar una cantidad fija como pena convencional, de tal forma que el acreedor es indemnizado en caso de incumplimiento hasta el monto de la misma, asumiendo responsabilidad sobre el excedente que será mayor o menor dependiendo del nivel de confianza ejercido.

Una pena convencional que imponga una indemnización fija, satisface el requerimiento de doble responsabilidad marginal, además del criterio de equidad: el deudor es responsable de pagar la respectiva indemnización en tanto que la contraparte es responsable del daño efectivo. El restringir el nivel de confianza mediante el establecimiento de una indemnización invariable con respecto a dicho nivel de confianza o que varíe en menor proporción del mismo, equivale a una fórmula de indemnización en un mercado competitivo: el monto no indemnizado es la diferencia entre el precio de mercado (los gastos efectivamente erogados por el acreedor) y el monto de la pena convencional (indemnización contractual). En la medida que la pena convencional sea adecuadamente determinada, coincidirá o tenderá a coincidir con el citado precio de mercado. En otras palabras y suponiendo una pena convencional apropiada, entre más se ajuste el nivel de confianza del acreedor al monto de

(53) Esto quiere decir que si el nivel de confianza del acreedor se incrementa en un diez por ciento, por ejemplo, el monto de la pena convencional se incrementa en un porcentaje menor al citado por ciento.

indemnización pactado, menor será el monto efectivamente no indemnizado en caso de incumplimiento, *ceteris paribus*⁽⁵⁴⁾.

Pensemos en un contrato de crédito internacional a plazo fijo de cinco años, disponible y amortizable mediante una correspondiente exhibición. Podría plantearse si resulta eficiente que, en el evento que el deudor no decida tomar el crédito al no disponer de los recursos una vez que éstos son puestos a su disposición por el acreedor, situación que representa un costo para el acreedor en la medida en que ha distraído recursos con la confianza que éstos habrían de ser dispuestos por el deudor, el propio acreedor podría exigir como pena convencional pactada en el contrato cantidades equivalentes a los intereses que percibiría si el crédito hubiera sido efectivamente dispuesto por el deudor, siempre que los mismos no excedieran el monto total del principal no dispuesto⁽⁵⁵⁾. La respuesta desde una perspectiva de eficiencia es negativa, pues tal pena depende más que proporcionalmente en el nivel de confianza del acreedor, pues éste no tendría incentivos en buscar volver a colocar los correspondientes recursos, y si realiza esto último, implicaría que estaría recibiendo un doble pago: por los recursos no colocados y por dichos recursos una vez colocados en otro financiamiento. En este caso tenemos que la indemnización eficiente debe ser tal que resarza al acreedor por aquella pérdida inevitable, pero no más, de tal forma que los intereses que podría cobrar son a corto plazo en virtud que el acreedor puede —y debe— buscar reubicar los recursos del crédito original⁽⁵⁶⁾.

8. Conclusiones.

En el presente artículo se ha presentado un panorama general de la aplicación de criterios de eficiencia al marco jurídico contractual —Teoría General de las Obligaciones y el Derecho de los Contratos—, así como de determinación de soluciones generales eficientes en caso de incumplimiento de los contratos. Mucho de lo desarrollado en este artículo implica situaciones que ya se encuentran plasmadas en la legislación positiva, por lo que no se ha descubierto nada nuevo, sino simplemente se ha replanteado su formulación.

En este orden de ideas, se considera al marco jurídico contractual como un medio para evitar situaciones oportunistas, a través de las causales de nulidad o anulabilidad de los contratos, así como un mecanismo supletorio sobre el cual las partes pueden remitirse en caso de eventos no anticipados expresamente en los contratos y tratándose de soluciones a incumplimientos contractuales no previstos. Asimismo,

(54) "Todo lo demás constante".

(55) Nótese que esta solución sería permitida conforme a nuestro sistema jurídico.

(56) De hecho esta solución es la adoptada en diversos sistemas de "common law".

se sugiere que el intercambio de información relevante entre las partes en un contrato debe resultar de un equilibrio entre los costos y beneficios de obtener y proporcionar, respectivamente, dicha información. Por último, se efectúan una serie de consideraciones respecto a la solución óptima en casos de incumplimientos contractuales.

Así, el marco jurídico contractual debe integrarse por disposiciones jurídicas supletorias que permitan incrementar la eficiencia en la ejecución de transacciones en los diversos mercados, al hacer posible que los participantes en dichos mercados celebren contratos lo más sencillos posibles gracias a la existencia de disposiciones supletorias adecuadas. En este sentido, se puede hacer referencia a la noción de *eficiencia contractual externa*: la existencia de un marco jurídico contractual que permita la realización eficiente de transacciones entre los diversos agentes económicos.

Por otra parte, se puede hablar de *eficiencia contractual interna*: la existencia de una relación costo-beneficio óptima en la elaboración de la estructura de los contratos, de tal manera que se obtenga que lo determinado *ex ante* coincida con lo observado *ex post*, alentando así a las partes de un contrato al cumplimiento del mismo, con lo que sólo se produzcan aquellos incumplimientos que resulten ser realmente eficientes.

Sin embargo, la conclusión más importante no se refiere al tema de que se trata sino a la importancia de la aplicación del análisis económico del Derecho al sistema jurídico de manera general, como un mecanismo para lograr que las disposiciones jurídicas cumplan eficientemente los fines para las cuales han sido creadas. En la medida que esto se logre, se podrá tener un diálogo interdisciplinario que enriquezca a los participantes y, en lo particular, permita al jurista comprender el razonamiento económico que resulta necesario para poder identificar deficiencias y estar así en posibilidad de proponer mejoras sustantivas en las diversas áreas del derecho positivo mexicano.