

## La Revisión Judicial de los Contratos y el Teorema de Coase

### 1. Introducción.

Vivimos en un mundo incierto e impredecible. Es decir, aunque contamos con tecnología extraordinaria y constantemente se producen notables avances científicos, no obstante, nadie puede predecir su futuro, ni siquiera el inmediato. La estabilidad y la predecibilidad de las condiciones futuras son elementos valiosos en nuestro actuar cotidiano, porque nos permiten "cierto" nivel de planificación a mediano y largo plazo; empero, en todo proyecto, es necesario contar con los imprevistos y con que siempre hay cierto nivel de riesgo.

En el campo de los negocios, de la contratación, siempre que las partes concluyen un contrato lo hacen con base en sus expectativas, es decir, con base en lo que esperan que será su situación en el futuro. En buena medida, su decisión de concluir el contrato depende de sus expectativas sobre su posible situación futura.

Por ejemplo, un fabricante de neumáticos celebra un contrato de suministro de caucho con su proveedor, con base en la expectativa de que su producción de neumáticos será demandada a un precio tal que le permitirá obtener determinada rentabilidad. Al momento de suscribir el contrato de suministro el fabricante ignora si, por ejemplo, el

Congreso aprobará un impuesto de peaje que podría tener por efecto una disminución en la circulación de vehículos y, consiguientemente, una disminución en el consumo de neumáticos.

La aprobación del impuesto de peaje es un elemento exógeno y totalmente fuera del control y la previsión del fabricante de neumáticos; sin embargo, si concluye el contrato de suministro, el precio y demás condiciones de la negociación habrán quedado firmes. Esto significa que el riesgo de que el Congreso apruebe el impuesto, corre por cuenta del fabricante de neumáticos. Si el fabricante de neumáticos está consciente de que las reglas del juego son que los riesgos imprevisibles y fuera de su control corren por su cuenta, es muy probable que, a lo largo del curso de sus operaciones, el fabricante forme cierta "reserva o fondo para contingencias" o bien, que le pida a su proveedor de caucho la inclusión de

Eduardo Mayora Alvarado, abogado y notario guatemalteco, es graduado de la Universidad Rafael Landívar, y posee una Maestría en Leyes de la Universidad Georgetown (Washington, DC). Actualmente es Decano de la Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín.

una especie de "cláusula de escape", que le permita dar por resuelto el contrato, en caso de presentarse tales circunstancias. Dicho de otra forma, frente a una norma claramente definida, según la cual los riesgos del tipo del que se describe arriba corren por su cuenta, el fabricante está frente a los incentivos o motivaciones idóneas para tomar medidas como la creación de un fondo de reserva, la contratación de un seguro u otras similares.

En fin, lo cierto es que la incertidumbre incide en las negociaciones que se realizan cotidianamente y que el Derecho puede optar por diversas soluciones frente a este problema. Si bien es cierto que no todas las soluciones que el Derecho puede adoptar conducirían a la realización, por ejemplo, de un objetivo de justicia, Ronald H. Coase ha defendido la tesis de que, para efectos de una eficiente asignación de recursos en la sociedad, basta con que la regla que rige esta cuestión, cualquiera que sea, esté claramente definida.<sup>1</sup>

La llamada "teoría de la imprevisión" según la cual los contratos han de estar sujetos a revisión judicial en caso de circunstancias imprevisibles ha sido vivamente discutida y analizada desde diversos puntos de vista.<sup>2</sup> En esta ocasión se ofrecen algunos comentarios desde la perspectiva del análisis económico del derecho, particularmente, desde la perspectiva del llamado "Teorema de Coase". Es un enfoque complementario del problema de la incertidumbre factual y de la certeza jurídico-contractual, que puede llegar a ser muy revelador.

## 2. Teorema de Coase.

El teorema de Coase se ha formulado en los siguientes términos: "En una sociedad en la que: 1) los derechos de propiedad están claramente especificados y las posibilidades de actuación derivadas de ellos son libremente transmisibles, y 2) los costes de transacción, es decir, los costes de información, de coordinación en la transmisión de derechos y de ejercicio de estos son iguales a cero, la asignación de los recursos tiene que ser máximamente eficiente, en el sentido Pareto, fuera cual fuera la asignación originaria de los derechos de propiedad."<sup>3</sup>

Del teorema de Coase se deduce que, cuando los costes de transacción son insignificantes, los derechos y responsabilidades originalmente asignados cambiarán de titular, o de responsable, según sea más conveniente para la economía. En otras palabras, los recursos económicos se utilizarán allí donde sean más altamente valuados (mejor retribuidos), siempre que los derechos y responsabilidades legales estén claramente definidos y que los costes de transacción sean insignificantes, sin importar la asignación original de derechos y responsabilidades.

Puede entonces afirmarse que, en la medida en que los derechos y las responsabilidades estén vagamente definidos y en la medida en que sean mayores los costes de transacción, la asignación de recursos en la sociedad tenderá a ser menos eficiente. En adición conviene subrayar que, según el llamado "teorema de Coase", cuando los costes de transacción son insignificantes, es posible alcanzar una eficiente asignación de recursos, incluso en el caso en que de que la asignación originaria de derechos y de

responsabilidades sea injusta, siempre que tales derechos y responsabilidades estén claramente definidos o especificados.

### 3. La Teoría de la Imprevisión.

Como se dijo al principio, el Derecho puede adoptar diversas soluciones frente a la incertidumbre. Entre ellas, son dos las posiciones básicas que nos interesa analizar aquí: la primera, el respeto irrestricto a la voluntad declarada por los contratantes; la segunda, la posibilidad de la revisión judicial de los contratos, sobre la base de la teoría de la imprevisión.

La primera posición atribuye los riesgos derivados de circunstancias futuras e imprevisibles a la parte afectada. Es decir, cada una de las partes corre por sí el riesgo de cambios imprevistos y fuera de su control, que harían muy gravoso su cumplimiento del contrato. En ningún caso podría el juez modificar los términos del contrato, aún tratándose de circunstancias imprevisibles para la parte afectada.

La segunda posición permitiría al juez revisar, es decir, modificar los términos del contrato si llegasen a presentarse circunstancias del todo imprevistas por la parte afectada, que haría para ella excesivamente gravoso el cumplimiento del contrato. Esta es la posición del Código Civil guatemalteco, aunque no es la del Código Civil francés (Vid. Art. 1134). Esto último, no obstante, "el derecho moderno (en Francia) ha sensiblemente alterado la fuerza obligatoria del contrato. Mientras que normalmente sólo la voluntad de las partes debería poder modificar la vida del contrato, se puede constatar la intervención frecuente del legislador en los

contratos en curso y la del juez para revisar el contrato."<sup>4</sup> "Por regla general el juez no tiene el poder de modificar un contrato, pero esta regla no es absoluta y en casos excepcionales un poder de revisión judicial es estatuido por la ley o consagrado por la jurisprudencia."<sup>5</sup>

Cuando la regla que priva es la de la revisión judicial de los contratos, es decir, la de la teoría de la imprevisión (sea explícitamente o mediante excepciones legales o jurisprudenciales) las partes se encuentran ante un escenario diferente: Los riesgos del advenimiento de circunstancias adversas e imprevisibles ya no implican, necesariamente, un coste que deban ellas absorber o soportar.

La cuestión que se plantea en este trabajo es si la regla de la revisión judicial de los contratos, explícita o implícitamente estatuida, imposibilitaría la asignación eficiente de los recursos económicos, a la luz de los elementos del teorema de Coase.

### 4. Definición de Derechos y de Responsabilidades.

Parece ser de fácil comprensión que cuando la regla que prevalece es la del estricto cumplimiento de los contratos, el nivel de certeza de los contratantes es alto. Esto es decir que cada uno tiene claro que deberá asumir los riesgos derivados de circunstancias imprevistas y adversas. En este caso cada contratante asumirá una determinada actitud ante el riesgo de lo imprevisto, según perciba su inminencia y según sea, en general, su inclinación o su aversión a tomar riesgos. La magnitud de la negociación también será un factor determinante de la actitud que asuma cada contratante.

Si los costes de transacción<sup>6</sup> relacionados con la negociación que se da entre las partes son suficientemente bajos, los contratantes podrán asignar los riesgos derivados de circunstancias imprevistas y adversas a aquella de las partes que esté en capacidad de encargar el riesgo al menor costo, es decir, lo que técnicamente se denomina el "asegurador menos costoso" (*cheapest cost insurer*).

Esta última observación hace referencia a otro de los elementos del teorema de Coase, a saber, que cuando los costes de transacción son suficientemente bajos, las partes pueden optar por soluciones contractuales más eficientes que las soluciones que, supletoriamente, proporciona el Derecho privado. En este caso en particular, la solución supletoria que aporta el Derecho privado consiste en que las circunstancias adversas e imprevisibles las ha de soportar el obligado. Sin embargo, como se trata de una solución normativa supletoria, respecto de la cual las partes pueden ejercitar su libertad contractual, podrían entonces convenir en que los riesgos en cuestión se soporten por la parte para la cual el costo será menor. Así, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento de un auto, aunque el riesgo de un accidente de tránsito corresponde al arrendatario, las partes pueden convenir en que la póliza de seguro que se aplique sea la del arrendante, puesto que por ser una póliza que cubre la totalidad de la flotilla, el costo de ese seguro es menor.

Ahora bien, volviendo al argumento principal, la distribución de los riesgos entre las partes sólo es posible, según el teorema de Coase, si desde el primer momento es perfectamente claro para ellas a quién correspondería soportar el riesgo, en ausencia de un pacto específico.

¿Qué sucede entonces cuando la regla que priva es la de la revisión judicial de los contratos? Podría en principio pensarse que no hay ninguna diferencia, en lo que a la distribución de riesgos corresponde, puesto que, al igual que en el caso anterior, las partes conocen cuál es la regla básica supletoria. En otras palabras, las partes saben que los riesgos previsibles en relación con el contrato que han concluido, corresponde asumirlos a la parte obligada, pero que los riesgos imprevisibles podrían traer como consecuencia que un juez modifique los términos del contrato. En efecto, he aquí la regla, pero, ¿es suficientemente clara? ¿aporta suficiente certeza a los contratantes, de manera que se sientan motivados a distribuir los riesgos entre sí de la forma más eficiente?

Para empezar, cada uno de los contratantes podría tener, al momento de la negociación, una noción diferente sobre lo que es o no imprevisible y, dada su particular situación frente al riesgo, podría sentirse inclinado a considerar más amplio o más estrecho el campo de lo imprevisible. En segundo término, una vez ocurrido el siniestro, una vez que la adversidad imprevista e imprevisible se ha presentado, la parte afectada se sentiría inclinada a acudir al juez, para obtener una reducción para sí de los costes de dicho siniestro. Ni la parte que acude al juez, ni la contraparte, pueden saber a ciencia cierta si el juez acogerá la demanda de revisión del contrato y, en todo caso, en qué medida lo hará.

En pocas palabras, cuando rige la teoría de la imprevisión, existe un cierto nivel de incertidumbre sobre los efectos derivados de circunstancias adversas e imprevisibles, de tal manera que las partes no estarán frente a los incentivos más

idóneos para distribuirse los riesgos relacionados con la negociación. Como la revisión judicial del contrato "podría" exonerar a la parte obligada de algunos de dichos riesgos, no tendría sentido invertir recursos en la eliminación total del riesgo, ya que no habrían suficientes incentivos para hacerlo. Lo que la revisión judicial de los contratos implica, para todo efecto práctico, es que los riesgos imprevisibles son "compartidos" por las partes, pero se ignora en qué medida, puesto que la medida depende de la apreciación que hace el juez de las circunstancias.

En definitiva, la revisión judicial de los contratos supone, en el contexto del teorema de Coase, cierto nivel de incertidumbre sobre las consecuencias que se derivan de los contratos, de tal forma que las partes no estarán, en la medida de tal incertidumbre, frente a las motivaciones más idóneas para llegar a la más eficiente distribución de riesgos, lo cual, a su vez, supone una asignación ineficiente de recursos.

## **5. El Caso de la Jurisprudencia Obligatoria.**

Los efectos de la regla de la revisión judicial de los contratos pueden variar considerablemente dependiendo de si el ordenamiento jurídico contempla un sistema de precedentes obligatorios, o bien, un sistema predominantemente legislativo, es decir, un sistema en el que el texto de la ley sirve de dato predominante para las decisiones judiciales y en el que la forma en que los casos anteriores han sido resueltos, es un dato secundario.

En el primer supuesto, esto es, cuando los precedentes judiciales deben seguirse escrupulosamente, tanto la actitud

de los jueces al decidir los casos, como la actitud de los litigantes al discutirlos, circunscriben notablemente el universo de excepciones a la regla general, es decir, el universo de los supuestos que podrían dar lugar a la revisión de los contratos. En el segundo supuesto, cuando los fallos judiciales son un dato secundario, el grado de incertidumbre aumenta, debido a que ni el juez ni los litigantes están constreñidos por los criterios inter-etativos hasta entonces prevalecientes.

Claro está que el sistema de precedentes obligatorios no elimina la incertidumbre sobre las causas que podrían dar lugar a la revisión judicial de un contrato, pero sí la disminuye en una medida importante. De allí se sigue que la teoría de la imprevisión sería menos inconveniente en un sistema legal en el que la incertidumbre inherente a la propia regla, se viese mitigada como consecuencia de criterios jurisprudenciales bien definidos. En tal caso, los presupuestos del teorema de Coase se cumplirían razonablemente.

## **6. Conclusión.**

El teorema de Coase conduce, en última instancia, a la noción de la eficiencia económica, de la eficiente asignación de recursos en la economía. La eficiente asignación de recursos es un presupuesto de la prosperidad, del nivel de productividad de una economía. En la medida en que se considere un objetivo deseable alcanzar la prosperidad económica, esto es, mejorar el nivel de vida de las personas, en esa medida es necesario adoptar los métodos idóneos para alcanzar dicha prosperidad.

---

## NOTAS

Para que la asignación de recursos sea eficiente, según el teorema de Coase, se requiere de derechos y obligaciones claramente definidos, y de bajos costes de transacción. Como la asignación de recursos se produce, principalmente, mediante la institución contractual, una de las reglas más importantes si no la más importante es la que se relaciona con los efectos de los contratos. De allí deriva la importancia fundamental de que dicha regla se defina con la precisión que sea posible. La introducción de la teoría de la imprevisión dentro del sistema contractual limita o disminuye el nivel de certeza normativa en lo que a los efectos de los contratos se refiere y, de consiguiente, en la medida en que incrementa la incertidumbre, afecta el nivel de eficiencia en la asignación de los recursos y el nivel de prosperidad.

<sup>1</sup> R. H. Coase, "The Problem of Social Cost," *Journal of Law and Economics*, 3 (Oct 1960): 1-44.

<sup>2</sup> Por ejemplo, Gabriel Marty y Pierre Raynaud, *Droit Civil* (París: Sirey, 1988), Tomo I, pp. 261 y ss.

<sup>3</sup> Hans-Bernd Schäfer y Claus Ott, *Manuel de Análisis Económico del Derecho Civil* (Madrid: Editorial Tecnos, 1991), p. 85.

<sup>4</sup> Marty y Raynaud, op. cit., p. 267.

<sup>5</sup> *ibid.*, p. 269.

<sup>6</sup> Es decir, los costos de información, de coordinación y de ejecución voluntaria o forzosa del contrato.