

¿Hay algo imprevisible?

La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial*

En la sección anterior vimos las consecuencias del incumplimiento. Y en principio los eventos que ocurran después de la celebración del contrato pero que afecten la posibilidad de cumplir las obligaciones contraídas no son excepciones a la obligatoriedad de los contratos. Es un principio universalmente aceptado el que los contratos son obligatorios entre las partes según los términos en ellos pactados. No es exagerado decir que si tal principio no estuviese consagrado en la Ley, el Derecho Contractual simplemente no existiría.

Pero también son universalmente aceptados distintos principios que permiten a las partes liberarse del cumplimiento del contrato o simplemente modificar los términos de ejecución del mismo cuando se presentan determinadas circunstancias. Una de tales circunstancias es lo impredecible; es decir, aquello que las partes no pudieron imaginar que iba a suceder, y que modifica la base fáctica o jurídica sobre la que se celebró el contrato. Ello explica una serie de instituciones que constituyen excusas al cumplimiento en los términos pactados tales como la frustración del fin del con-

* Esta sección se basa en el artículo «¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial», publicado en *Themis*, Revista de Derecho, N.º 25, 1993.

trato, la imposibilidad sobreviviente por caso fortuito o la fuerza mayor, la excesiva onerosidad de la prestación o la impracticabilidad comercial.

En todas las instituciones mencionadas existe un elemento común: un cambio en las circunstancias imprevisibles al momento de celebración del contrato determina que éste no deba cumplirse en los términos pactados. Esto se suma al hecho de que en el contenido normativo del contrato, es decir, en las distintas cláusulas pactadas, no se ha regulado quién asume el riesgo de tal contingencia que genera el problema.

El objeto de la presente sección es analizar el tema de la previsibilidad y sus efectos en el ámbito del Derecho de Contratos. Sin embargo, no buscamos comentar al detalle todos los supuestos reconocidos por los distintos ordenamientos jurídicos en los que un evento imprevisible sirve de excusa a la inejecución. Hemos decidido limitar nuestro análisis a dos instituciones recogidas en dos sistemas jurídicos distintos.

La primera de ellas es la doctrina de la impracticabilidad comercial, figura del derecho norteamericano, y que es considerada como una excusa de cumplimiento del contrato. Esta defensa está prevista en el artículo Segundo, Sección 615 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos. La norma excusa al deudor de cumplir con sus obligaciones «(...) si su ejecución de la manera pactada sería impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya no ocurrencia fue un presupuesto básico sobre el cual se celebró el contrato o por el cumplimiento de buena fe de cualquier regulación gubernamental extranjera o doméstica aplicable u orden se pruebe o no posteriormente que ésta fue invalidada»¹. La contingencia debe ser imprevisible, el riesgo no debe haber sido asumido directa o indirectamente por la parte que solicita que se excuse su incumplimiento, la que tampoco debe haber causado el cambio de circunstancias.

La otra institución es la excesiva onerosidad de la prestación, común a los Códigos Civiles promulgados bajo el sistema románico-germánico y que se encuentra acogido en los artículos 1440² y siguientes de nuestro Código

1. Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos de América.

2. Artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

vigente. Según esta figura, si la ejecución de alguna de las prestaciones resulta siendo excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al Juez que la reduzca o que aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad. Sin embargo, el Juez puede, de acuerdo a nuestro Código, ordenar la resolución del contrato si el reajuste no fuese posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si así solicitara el propio demandado.

Ambas instituciones tienen en común el hecho de que su aplicación depende de un acontecimiento imprevisible para las partes al momento en que celebraron el contrato. Dicho acontecimiento modifica el equilibrio económico original entre las prestaciones pactadas. Existe pues para ambos sistemas alguna razón que justifica que el deudor de una prestación libere de la obligación o cumpla en términos distintos a los pactados (sea porque se modifica la prestación o la contraprestación). El presente artículo pretende identificar cuál es esa razón, si es que ésta realmente existe.

I. ¿EXISTE ALGO IMPREDECIBLE?

Como hemos podido ver, la idea implícita tanto en el caso de la impracticabilidad comercial como la excesiva onerosidad no se refiere a que la ejecución de las prestaciones se haya tornado físicamente o jurídicamente imposible, sino imprácticas dados los términos contractuales existentes. Nada impide que el contrato se ejecute según lo acordado, pero de ejecutarse así se estaría aceptando un desequilibrio evidente entre las prestaciones involucradas. Por ejemplo, la caída del valor de las acciones de una empresa a menos del 25% del valor que fueron adquiridas como consecuencia de un repentino e inesperado descenso de los precios internacionales de los bienes que dicha empresa producía antes de que se cumpla con transferir su propiedad, no impide que las acciones sean entregadas su comprador. Sin embargo, es evidente que existe un desequilibrio abrumador que afecta el fundamento fáctico de la ejecución del contrato según los términos en él acordados. El problema que ambas instituciones pretenden resolver es el que una contingencia no contemplada expresa o implícitamente en el contrato cambia el equilibrio de intereses originalmente acordado y establecido por las partes³.

3. Cuando usamos la expresión «equilibrio de intereses originalmente acordado», no estamos diciendo que el valor de las prestaciones de ambas partes sean perfectamente equivalentes, sino que en el contrato original las partes se obligaron voluntariamente a intercambiar dichas prestaciones a los valores y de la manera que acordaron.

Sin embargo en ocasiones la diferencia entre lo imposible y lo excesivamente oneroso puede ser realmente sutil. En una ocasión fui designado árbitro en un caso donde ese tema se discutió. Un aluvión sepultó una Central Hidroeléctrica. Dicha Central tenía un contrato de suministro de electricidad con una fábrica a un precio bastante cómodo. Pero la destrucción de la Central no le permitía producir la electricidad necesaria para cumplir con su contrato. La Central planteó que existía imposibilidad sobreviviente, como consecuencia del evento, de cumplir su obligación. Sin embargo la electricidad en un sistema interconectado es un bien genérico. Uno puede adquirir de otros generadores la electricidad necesaria y cumplir con su contrato. El problema era que los precios eran tan altos que la Central hubiera incurrido en pérdidas cuantiosas, pues el precio pactado en su contrato era inferior, por un margen bastante alto, al precio de compra de electricidad en el sistema.

Aparentemente la Central dejó pasar el plazo de caducidad previsto en el artículo 1445 del Código Civil para la acción por excesiva onerosidad.⁴ De hecho, esa podría haber sido una defensa adecuada. Antes del aluvión, que podía considerarse un evento imprevisible (aunque esto será analizado más adelante) su costo de cumplir era bajo. Tenía una central hidroeléctrica con lo cual su costo era virtualmente solo el costo del uso del agua que está cerca de cero. Pero al perder su capacidad de generación su costo para cumplir el contrato se elevaba a los niveles del precio de mercado, sustancialmente superior.

Pero su defensa se basó en la imposibilidad. Si bien parecía claro que el carácter de bien genérico de la electricidad no hacía la prestación imposible, sí surgió un debate en el caso interesante sobre la imposibilidad. Se discutió si, incluso en el supuesto que hubiera electricidad disponible, hacerla llegar a la fábrica implicaba usar una línea de transmisión que no resistiría la cantidad de energía que debía transmitir. En ese sentido la Central afirmaba que era imposible cumplir con el contrato porque la línea de transmisión colapsaría. La fábrica argumentó que seguía siendo un tema de excesiva onerosidad, porque la Central igual podría haber construido, a un costo enorme, una nueva línea de transmisión o mejorado la existente. Pero como el plazo estaba vencido ya no podía alegar excesiva onerosidad porque había caducado la posible acción.

Finalmente en el caso se determinó que la línea sí soportaba la energía. Pero surgió la duda de si uno podía considerar imposible cumplir por los

4. Artículo 1445.- La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.

altísimos costos de construir una nueva línea. La diferencia entre lo excesivamente oneroso o lo imposible se torna sutil. ¿Se podía exigir a la Central que incurriera en los costos de construir una nueva línea? ¿O es que en realidad sí hubiera existido imposibilidad porque no se podía exigir tamaña inversión?

Efectivamente, en estricto, no era imposible construir la línea, pero el costo es absurdamente alto. De manera similar, cuando se hundió el Titanic, se hubiera podido decir que su entrega en el puerto de destino no era imposible, porque podría ser rescatado, restaurado, reflotado y entregado. El problema es que ello se podría hacer a un costo prohibitivo. Así, a veces llamamos imposibilidad a lo que nos resulta absurdamente costoso, aunque en estricto se parezca más a la excesiva onerosidad.

De manera similar, las diferencias con la frustración del fin de contrato son también sutiles. En otro caso arbitral en que tuve oportunidad de participar, una distribuidora de programación había comprado una telenovela a un proveedor con varios capítulos para ser transmitida en un canal de televisión claramente determinado en el contrato. El canal fue objeto de una intervención judicial que hizo perder el control de la administración a los que lo venían gerenciando, con lo que no podía pasarse la telenovela en el canal indicado en el contrato. La distribuidora alegó imposibilidad. Sin embargo, nada era imposible y las prestaciones podían cumplirse. La programación podía entregarse a la distribuidora y el precio podía pagarse. El problema era que ya no se podía destinar los programas al fin previsto en el contrato. Se había frustrado el fin por un evento supuestamente imprevisible.

En realidad la frustración del fin del contrato es una especie de excesiva onerosidad al revés. Mientras que en la excesiva onerosidad el costo de cumplir se hace muy alto, en la frustración del fin del contrato el beneficio del contrato se reduce o se pierde. Así, no es que una reevaluación de la moneda haga muy caro pagar el precio de los programas. Lo que ocurre es que recibida la programación, su valor para el acreedor de ella es muy bajo porque ya no lo puede destinar al fin que tenía previsto, dado que el canal específico a la que se la había vendido ya no la puede transmitir.

Algo similar pasó en los célebres casos de la coronación en Inglaterra. En ellos un grupo de personas habían alquilado balcones para ver el cortejo del día de la coronación. La coronación se suspendió y por tanto ya no había intereses en usar el balcón un día cualquiera. No era imposible entrar al balcón y mirar la calle. Pero nadie hubiera pagado la cifra que se pagó para ver pasar a los transeúntes un día cualquiera.

Un caso similar se presentó recientemente en el Perú con el Estadio Monumental del Club Universitario de Deportes. Cuando se iba a celebrar

la Copa América de Fútbol en nuestro país, dicho estadio estaba entre los que se iban a programar. Muchos de los dueños de los palcos los alquilaron a terceros para que pudieran ver la Copa. De pronto, por un problema en el campeonato local, el Presidente del Club amenazó con que no iba a ceder el Estadio. La reacción de los organizadores fue descartar su uso y trasladar la cede al Estadio Nacional. Los arrendatarios se encontraron de pronto con contratos totalmente inútiles y que no cumplían el fin por el que fueron celebrados.

Es, como dijimos, una excesiva onerosidad al revés, donde el desequilibrio no viene de que sea muy costoso cumplir, sino que el cumplimiento carece del valor que motivo a su acreedor pagar la contraprestación original. No es que suba el costo, lo que pasa es que se reduce el beneficio.

Más allá de estas distinciones, de hecho, ninguna obligación es comercialmente impracticable o excesivamente onerosa *per se*. Lo que es comercialmente impracticable o excesivamente oneroso es una obligación establecida dada la contraprestación contractualmente determinada.

Por otro lado, desde un punto de vista económico no hay nada imprevisible. Todo es previsible a un costo determinado. Cuando hablamos de la previsibilidad de evento nos referimos a los costos de información involucrados para obtener la información necesaria para prever la posibilidad de su ocurrencia. Por ejemplo, cuando dos partes negocian un contrato de transporte que implica atravesar el Canal de Suez, existen costos involucrados en establecer qué contingencias pueden afectar su ejecución. Si se sabe que existen continuos conflictos bélicos en la zona que pueden determinar el cierre del Canal, es probable que las partes incluyan una cláusula que determine qué sucedería si explotase un conflicto armado que obligara, para cumplir con el contrato, que el barco tenga que dar toda la vuelta al continente africano.

Pero si la zona fuese una absolutamente pacífica, en la que todos los países son buenos vecinos, el costo de prever las contingencias de una guerra se torna bastante más elevado, y menos probable que el contrato prevea cómo se distribuye dicho riesgo.

Para los economistas nada es imposible de prever. Algunos eventos son más caros de prever que otros y en ocasiones los costos son prohibitivos. Aquello que comúnmente es considerado previsible es un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta razonable considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión. Así, por ejemplo, puede establecer en el contrato qué sucedería si Canal de Suez se cerrara como consecuencia de ataque extraterrestre, pero su costo de previsión bordea el infinito. Así hasta la fecha no se ha podido

establecer la existencia de vida extraterrestre inteligente, y menos aún se han establecido sus posibles intenciones respecto a los terrícolas y si bien se piensa en la invasión extraterrestre como un tema de ciencia ficción, lo mismo se pensó en su tiempo respecto de las obras de Julio VERNE. En dicha época llegar a la Luna era algo tan imprevisible como lo es el día de hoy la invasión de extraterrestres. Sin embargo, el hombre ya llegó a la luna hace más de 25 años. En consecuencia, si dicha circunstancia ocurriese probablemente diríamos que era imprevisible (o no previsible a un costo razonable).

Cuando uno comprende que lo que debe analizarse no es el carácter realmente imprevisible de algo, sino lo irracional de incurrir en los costos necesarios para preverlo, comienza a entender cuál debe ser la lógica que explica instituciones como la impracticabilidad comercial o la excesiva onerosidad.

II. LA DISTRIBUCIÓN CONTRACTUAL DEL RIESGO DE LO IMPREVISIBLE A UN COSTO RAZONABLE

El verdadero problema es que aquella contingencia considerada imprevisible, cambia la estructura de costos de ejecución del contrato y en consecuencia la pregunta que debe responderse es quién debe soportar el riesgo de dicho cambio. Una de las funciones más importantes que tiene el contrato, como ya hemos visto antes, es determinar la distribución de los distintos riesgos que puedan afectar los intereses de las partes. Ello hace que los contratos de ejecución inmediata, en los que ambas prestaciones se ejecutan simultáneamente, impliquen menos complicaciones en su redacción. Por el contrario, los contratos en los que se difiere la ejecución de ambas o de alguna de las prestaciones involucran una dificultad mayor, principalmente porque deben contemplar la asignación de aquellos riesgos vinculados al cambio de circunstancias por el transcurso del tiempo (pérdida del bien, modificación del precio de mercado, aparición de nuevas oportunidades para las partes, etc.)

Utilicemos un ejemplo para graficar qué es lo que queremos demostrar: imaginemos que A compra una máquina de B. La máquina se encuentra en Vendedorlandia y la fábrica de A, donde la máquina debe ser destinada, queda en Compradorlandia. B asume claramente en el contrato la obligación de trasladar la máquina a Compradorlandia, pero el contrato no menciona en ninguna cláusula el medio de transporte a ser utilizado. El costo de producción de la máquina es de US\$ 20,000 y el costo de transportarlo por camión es de US\$ 3,000. El precio pactado (que incluye el transporte) es de US\$ 25,000, por lo que B espera obtener utilidades por US\$ 2,000. Así US\$ 2,000 constituyen el beneficio total que B recibe del contrato.

Por otra parte, el valor de la máquina para A es de US\$ 30,000, que es consecuencia de la evaluación que A ha hecho sobre el rendimiento productista de la misma y las utilidades que ésta le brindará. Como el precio pactado es de US\$ 25,000, la utilidad total del contrato para A se eleva a US\$ 5,000. El beneficio total del contrato para la sociedad es de US\$ 7,000 (US\$ 2,000 de beneficio para B y US\$ 5,000 de beneficio para A). El contrato y su ejecución en los términos acordados según las circunstancias existentes al momento de su celebración son, como era de esperarse, social y económicamente eficientes. Ambas partes se benefician y nadie se perjudica.

Sin embargo, una inundación, evento realmente extraño en la zona, pues se trata de una región desértica, destruye la única carretera que unía Vendedorlandia con Compradorlandia. Como lógica consecuencia, es imposible transportar la maquinaria a su lugar de entrega en el momento pactado utilizando un camión, que es la forma como B tenía previsto cumplir su obligación. La única forma de cumplir el contrato es utilizando un avión. Pero si B utiliza un avión el costo de transporte se elevaría a US\$ 8,000.

Como consecuencia de la inundación ocurrida, la estructura de costos de ejecución del contrato se ha visto alterada. El costo de producción de la máquina sigue siendo US\$ 20,000 a los que B debe añadir los US\$ 8,000 del transporte por avión, con lo que cumplir el contrato de acuerdo a sus términos le cuesta ahora US\$ 28,000. Como el precio pactado es US\$ 25,000, B sufrirá una pérdida de US\$ 3,000 si es que decide cumplir lo acordado. Si esto hubiese sucedido en los Estados Unidos, B acudiría a una acción por impracticabilidad comercial solicitando que se le excuse de cumplir el contrato. Si por el contrario los hechos se hubiesen producido en el Perú, la acción sería una de excesiva onerosidad de la prestación y B hubiese solicitado probablemente que el Juez eleve el precio para cubrir el incremento imprevisible de los costos de transporte. En uno y otro caso deberá demostrarse que la inundación era un riesgo imprevisible no contemplado en el acuerdo.

Hay una diferencia en los efectos de la aplicación de ambas instituciones. En el caso de impracticabilidad comercial, B podrá liberarse de la obligación. En el caso de excesiva onerosidad, el Juez fijará un nuevo precio de por lo menos US\$ 28,000. En este último caso A pudo haber solicitado, al contestar la demanda, que se deje sin efecto el contrato. Sin embargo, en ambos casos el resultado final será prácticamente el mismo. Si se deja sin efecto el contrato como consecuencia de la teoría de la impracticabilidad comercial, pero A valora el bien en US\$ 30,000 le interesará igual que el contrato se ejecute pagando el nuevo precio que el juez establezca. Resuelto el contrato ofrecerá a B pagarle los US\$ 28,000, pues aún recibiría un beneficio de 2,000. Así se celebrará un nuevo contrato con precio reajustado, con el que si bien gana menos, sigue ganando.

El punto principal en la aplicación de ambas doctrinas es el carácter imprevisible de la contingencia. Para entender esto imaginemos que es posible que exista un contrato perfecto. Llamamos contrato perfecto a aquel que prevé todas las posibles contingencias que pueden afectar su posterior ejecución. Así al contrato perfecto nada se le escapa, porque tiene todo previsto, sin importar los costos de previsión en los que ha incurrido. Será un contrato en el que el número de páginas bordeé números astronómicos, quizás llegue al infinito. Pero se cubrirán supuestos tan dispersos como la muerte de las partes, la desaparición del bien por diversas circunstancias, la invasión de extraterrestres y quizás el propio fin del mundo.

Sin embargo, que un contrato sea perfecto no implica que el mismo contrato sea, en términos económicos, un contrato óptimo. El contrato perfecto será probablemente un contrato ineficiente. La razón es la existencia de costos de transacción. Para celebrar un contrato las partes tienen que incurrir estos costos que van desde adquirir toda la información necesaria, perder tiempo en la negociación del mismo o incluso contratar un abogado para redacte sus cláusulas. Todos podemos ver que los costos de transacción para elaborar un contrato perfecto son elevados. Se requiere adquirir cantidades inmensas de información que tienen costos elevados. Además se consumirá gran cantidad de tiempo negociando todas y cada una de las contingencias que puedan afectar la ejecución del trato. Finalmente, la cuenta del abogado que redacte un contrato de tales características no será poca cosa. Los costos de transacción de un contrato perfecto son de tal naturaleza que probablemente coincidiremos en que sus costos de transacción son infinitos. Así, un contrato que prevea absolutamente todas las circunstancias no existe en la realidad y es sólo un presupuesto de trabajo teórico. Sin duda, el contrato perfecto tiene costos muy superiores a los beneficios que éste podría generar.

De alguna manera, como ya dijimos, toda contingencia es previsible. Incluso el evento más inusual pensable puede ser previsto usando nuestra imaginación, si es que tenemos tiempo suficiente para dejarla recorrer el mundo de las posibilidades. El verdadero problema no es si la contingencia es algo que puede ocurrir, sino, si se justifica, en términos de costos de transacción, contemplar su posible ocurrencia en el contrato, y asignar los riesgos que de ella se deriven.

Regresemos a nuestro ejemplo de la maquinaria cuya entrega se ve afectada por una inundación. El hecho de que la inundación sea algo realmente inusual en la región (imaginemos que existió una inundación similar cerca de un siglo atrás) no hace que se trate de un evento absolutamente imprevisible. Sin embargo, su carácter inusual puede llevar a que dicha contingencia no sea previsible a un costo razonable para las partes. La posibilidad era tan remota

que no se hubiese justificado siquiera perder papel en preverla. Debemos considerar que el prever de la inundación implicaría prever todos los demás eventos que sean igualmente improbables de ocurrir en la misma zona (por no «haber ocurrido en los últimos cien años» como heladas, nevadas, terremotos, erupciones volcánicas, huracanes, tomados, no tormentas, guerras, etc.), los costos de tal esfuerzo no guardarían relación alguna con los beneficios. En el caso de la Central Hidroeléctrica antes citado, el aluvión que la destruyó, destruyó de paso un camino inca de 500 años de antigüedad, argumento usado en el caso para destacar su carácter imprevisible.

Así, las posibilidades de que ocurriera la inundación podrían ser demasiado bajas como para justificar el costo adicional de negociar una cláusula que asignara tal riesgo entre las partes del contrato. En consecuencia, el estándar de previsibilidad tiene necesariamente que estar vinculado con costos (rationales o irracionales) de contemplar en el contrato una contingencia determinada. Sólo así llegaremos a un contrato óptimo en términos económicos.

Pero la habilidad para prever una contingencia determinada no es necesariamente simétrica entre las partes. Cambiemos por un momento el supuesto que hemos asumido hasta aquí respecto que la inundación era algo muy inusual. Imaginemos que Vendedorlandia y Compradorlandia están ubicadas en dos regiones de características geográficas y climatológicas distintas. Como consecuencia de ello las posibilidades de una inundación son distintas en ambas. Podemos asumir entonces que A puede obtener mejor información sobre las posibilidades de una inundación en Compradorlandia a menor costo, y que B puede obtener mejor información sobre las posibilidades de una inundación en Vendedorlandia a un menor costo.

En el caso de la Central Hidroeléctrica anteriormente citado, es posible que la Central esté en mejor posibilidad de prever el aluvión que el comprador de electricidad. La Central fue construida en una zona cuyas condiciones geográficas y riesgos de fenómenos naturales es mejor conocida por su propietario que por una fábrica que se encuentra a cientos de kilómetros de distancia. Si bien puede ser costoso de prever para ambos, es mucho más costoso para la fábrica que para la Central Hidroeléctrica.

Si el estándar de previsibilidad está racionalmente determinado, las partes tendrán incentivos para proveerse mutuamente con la información razonable sobre la futura ocurrencia de una inundación (o cualquier otro evento que pueda afectar la ejecución del contrato) y pueden negociar su incorporación al contrato. Ello podría significar que aquél que puede proveer a menor costo la información de un riesgo razonablemente previsible debe cargar con la obligación de suministrar a la otra parte de la información relevante durante el proceso de negociación a fin de llegar a una más

eficiente distribución de los riesgos contractuales. Así, aquella parte que enfrenta menores costos de información sobre un evento determinado puede minimizar los costos de transacción relacionados con dicho evento, principalmente los costos de adquirir información. Así ayudaría a conseguir un contrato óptimo, es decir, un contrato donde el costo de prever los riesgos en él contemplado sea inferior a los beneficios derivados de tal previsión. De esta manera, la regla de previsibilidad razonable creará incentivos para negociar e incorporar en el texto de un contrato el número óptimo de términos. Para cubrir un nivel óptimo de riesgos (aquellos riesgos cuya previsión contractual genere beneficios que superen sus costos). Si una contingencia se produce, y la Corte determina que una de las partes podría haber previsto el evento a un costo razonable, debería hacerla responsable del riesgo ocurrido. Así, si el riesgo produce un desequilibrio que perjudica a la parte que podía prever la contingencia a menor costo, no debe permitírsele liberarse de sus obligaciones tal como están pactadas (no podrá en su caso alegar ni la impracticabilidad comercial ni la excesiva onerosidad de la prestación). Por el contrario, si el desequilibrio perjudica a la otra parte, esta podrá alegar como defensa la impracticabilidad comercial o la excesiva onerosidad según corresponda. Esta posición implica que el *standard* de previsibilidad que se adopte debe contemplar el carácter asimétrico que pueda existir entre los costos que enfrenta cualquiera de las partes para adquirir la información relevante.

Sin embargo, este razonamiento no está exento de problemas. En la primera edición de este libro nuestra posición era claramente favorable a este razonamiento. Sin embargo creemos, al escribir esta segunda edición, que el mismo debe ser atemperado en sus conclusiones. Nótese que el problema es parecido a aquella regla según la cual la interpretación de un término contractual oscuro debe producir efectos en contra de quien lo redactó. Sin embargo en otra sección de este capítulo, al referirnos a la interpretación contractual, decimos que hay que tener cuidado con no convertir esa en una regla de responsabilidad objetiva. La oscuridad de un contrato puede ser deseable si los costos de transacción para esclarecer el punto son superiores a los beneficios generados por la claridad. De hecho, se sugiere en la referida sección que a veces las partes prefieren, consciente o inconscientemente, dejar el trabajo de clarificación al intérprete posterior porque se asume que los costos de interpretación posterior son menores a los costos de transacción anteriores a la celebración para aclarar el contrato.

Por ello, la regla no puede atribuir una responsabilidad objetiva del estipulante, sino subjetiva. Si la regla fuera objetiva, se forzaría a negociaciones más largas y complejas, que posiblemente no se justifican, solo por el temor a asumir las consecuencias.

Es interesante la relación que se puede establecer entre imprevisión y algunos supuestos de interpretación. En el fondo la interpretación ocurre porque las partes no previeron con claridad un hecho o evento. De hecho, muchos casos de imprevisión pueden ser analizados como interpretación, cuando se dice, por ejemplo que el contratista en una obra actuará como un contratista experimentado, y se discute al interpretar el términos «contratista experimentado» si estaba en posibilidad de prever el evento ocurrido. Y es que la interpretación juega también en el campo de lo no previsto, solo que es en el campo de lo no previsto claramente.

Con la teoría de la imprevisión ocurre algo parecido a lo que ocurre con la interpretación. Al igual como se asume que la capacidad de descubrir cómo redactar más claramente el contrato es asimétrica, también es asimétrica la posibilidad de prever contingencias. Si ello es así, hacer responsable siempre a la parte que pudo prever al menor costo (responsabilidad objetiva) puede llevar a que se negocie en exceso el contrato, alejándolo del contrato óptimo. Por eso la regla no debería implicar una responsabilidad objetiva, sino debería regirse por la culpa, es decir, que no puede invocarse imprevisión si alguna de las partes hubiera podido razonablemente prever el evento, según las circunstancias. En todo caso, ante una situación de asimetría en la capacidad de previsión, debería presumirse que la parte que estaba en mejor posición para prever debió informar a la otra parte, pero permitiéndole probar que no era razonable prever el evento en el contrato por lo remota que era su posible ocurrencia.

En ese sentido la asimetría servirá para trasladar la carga de la prueba de lo imprevisible, pero se le permitirá al imputado liberarse de responsabilidad si prueba que no era razonable prever el evento en el contrato.

Regresando al ejemplo de la Central Hidroeléctrica, hemos señalado que el propietario de la Central está en mejor posibilidad para prever un posible aluvión en la zona. Por ello se le traslada la carga de la prueba de la previsibilidad. Si la Central acredita que efectivamente era un evento de ocurrencia tan improbable, que no se justificaba razonablemente, bajo la regla de culpa, su inclusión en el contrato, entonces se darán los efectos de la imprevisión (sea esta imposibilidad o excesiva onerosidad o frustración del fin, según las consecuencias). Pero si no supera la carga de la prueba, quedará sujeta a las responsabilidades propias del incumplimiento del contrato.

Lo mismo ocurriría en el ejemplo de la maquinaria y la inundación. Si el evento era más previsible para los habitantes de Vendedorlandia, entonces el vendedor soportará la carga de la prueba de la imprevisibilidad. En ese caso, de no superar la carga de la prueba, será responsable y deberá sujetarse a las consecuencias de la responsabilidad por incumplimiento, o cumplir el contrato en los términos pactados. Si superara la carga de la

prueba en una demanda por excesiva onerosidad, entonces podrá solicitar el ajuste de las prestaciones, y si su demanda fuera de imposibilidad quedará liberado de la obligación.

Por el contrario, en el caso del comprador, si el evento fuera más fácil de prever para los habitantes de Compradorlandia, el incentivo será que si guarda silencio, quedará sujeto a la decisión del juez de ajuste de la prestación pactada. En ese caso, si el evento es realmente imprevisible, la consecuencia será la aplicación de la regla de excesiva onerosidad. Pero si era más previsible por el comprador, entonces también debería aplicarse la misma regla permitiendo el ajuste de las prestaciones.

III. LOS COSTOS DE PREVISIÓN DEL RIESGO VS. LOS COSTOS DE EVITAR EL RIESGO

Es importante, para evitar confusiones, distinguir la capacidad de las partes para prever un riesgo y capacidad para evadir o neutralizar sus efectos. Ambas capacidades no reposan necesariamente en una sola de ellas.

Que una de las partes enfrente menores costos para obtener la información relevante a un posible evento que puede afectar la ejecución del contrato no implica que ella pueda tomar a menor costo las medidas necesarias para evitar que la contingencia afecte en los hechos la ejecución del contrato. Regresando a nuestro ejemplo, imaginemos que las inundaciones son muy extrañas en Vendedorlandia, pero relativamente comunes en Compradorlandia. Así, resulta que puede suministrar en el proceso de negociación la información relevante a un costo razonable sobre una posible inundación en la región en la que se encuentra su fábrica, lugar donde la máquina debe ser entregada, medido ello bajo un estándar de culpa. Pero imaginemos a la vez que B puede tomar mejores previsiones contra la posibilidad de que el riesgo ocurra porque es propietario de un avión que permitiría salvar la contingencia si ésta se presentara. Así, si B recibiera información suficiente sobre la posibilidad de una inundación que le impidiera entregar la máquina por la vía terrestre, aceptaría asumir el riesgo de la inundación a cambio de un incremento en el precio del contrato. En consecuencia, se incluiría una cláusula que establezca precios distintos en caso de una inundación o que establezca un precio más elevado que justifique la asunción del riesgo por parte de B. Pero repetimos que para que ello sea posible es necesario que A provea de la información necesaria a B. A tendrá esos incentivos porque sabrá que si no dice nada, quedará sujeto a la regla de la excesiva onerosidad y lo que se discutirá será un ajuste de las prestaciones por el juez. Sin duda él preferiría que la contingencia sea manejada en la negociación y así evitar la incertidumbre anotada.

En conclusión el primer análisis a aplicarse en el caso que una contingencia modifique la base contractual de manera que se genere un desequilibrio entre las prestaciones pactadas se relaciona con la previsibilidad a un costo razonable de la contingencia por alguna de las partes, lo que permitirá una correcta asignación del riesgo a aquella que puede tomar las mejores precauciones de haber previsto el evento al negociar el contrato. Ello además implicará que podrá descargar su responsabilidad si acredita que no era razonable incluir el tema en el contrato dado lo remoto de su ocurrencia. Si hecho el análisis pertinente, se llega la conclusión que aquella parte que debió prever la información relevante a un menor costo omitió hacerlo, entonces esta parte deberá asumir los costos generados por dicha contingencia si no supera la carga de probar que no llevarlo a la mesa de negociaciones era razonable. Así se crearán los incentivos necesarios para que las partes provean la información adecuada a fin de llegar a un contrato que contenga un número óptimo de cláusulas contractuales.

IV. ¿Y QUÉ SUCEDE CON LO REALMENTE IMPREVISIBLE A UN COSTO RAZONABLE?

Si una contingencia es imprevisible a un costo razonable para ambas partes no existe posibilidad de que una regla cree los incentivos para asignar tales riesgos en el contrato, salvo que tengamos una bola de cristal para ver el futuro (lo que por la definición haría previsible el evento). Es más, al sistema jurídico no le interesa que las partes entren a prever aquellos eventos cuyo costo de previsión supere el beneficio de previsión. Ello forzaría a elevar los costos de negociación de los contratos por encima de un nivel óptimo ¿Qué sentido tiene entonces la existencia de la teoría de la impracticabilidad comercial o de la excesiva onerosidad de la prestación en estos casos? Sería irracional que las Cortes traten de crear incentivos para invertir recursos en prever una contingencia cuya previsibilidad es, en sí misma, irracional. Las partes no asumen dicho riesgo, y desde el punto de vista de lograr el objetivo de la eficiencia, las partes no deberían asumirlo, por lo que no pueden ser inducidas a asumirlo en el futuro.

Tampoco debemos olvidar que la aplicación de cualquiera de las dos teorías mencionadas beneficia a una de las partes y perjudica a la otra. Aquella que se ve beneficiada con la diferencia de valor entre las prestaciones, se perjudica cuando el contrato es dejado sin efecto o sus prestaciones son reajustadas por la Corte. Y debemos tener en cuenta que este perjuicio no le es atribuible a él, porque es precisamente consecuencia de un evento imprevisible a un costo razonable para ambas partes y por tanto que le es ajeno.

Bajo esta perspectiva se podría quizás decir que tanto la impracticabilidad comercial como la excesiva onerosidad sólo pueden perseguir objetivos redistributivos, pues nada tienen que hacer con una mayor o menor eficiencia. Esto significaría que sólo implica querer beneficiar a una parte frente a la otra. Sin embargo, esta es una visión parcial y a nuestro entender equivocada.

Una función importante sería preservar el valor creado por el contrato en el caso que éste deba seguir existiendo, y no permitir la ejecución del contrato cuando éste genere más costos que beneficios. Regresemos a nuestro ejemplo para graficar esto.

Asumamos nuevamente que la inundación que impide la entrega de la maquinaria utilizando la vía terrestre es realmente imprevisible para ambas partes a un costo razonable. Así no hay posibilidad de crear incentivos para que en el futuro se prevea contractualmente lo que no es eficiente prever, pero podrían presentarse dos circunstancias diferentes: si el precio pactado era US\$ 25,000 y ahora le cuesta a B US\$ 28,000 cumplir el contrato⁵, quiere decir que podría sufrir una pérdida de US\$ 3,000. Pero sabemos que A valoriza la máquina en US\$ 30,000, con lo que sigue existiendo un beneficio para él de US\$ 5,000⁶. En consecuencia, sigue existiendo un beneficio social de US\$ 2,000 si es que el contrato se cumple⁷. Desde esta perspectiva es eficiente que el contrato se cumpla a pesar de la existencia de un evento imprevisible a un costo razonable como la inundación.

Pero la ejecución del contrato no es necesariamente un resultado eficiente. Cambiemos en algo los supuestos del ejemplo para apreciar por qué. Imaginemos que A valoriza la máquina no en los US\$ 30,000 indicados, sino en sólo US\$ 27,000. Esta valorización sigue justificando que haya aceptado un precio de US\$ 25,000 que le garantizaba un beneficio de US\$ 2,000⁸. Pero resulta que ahora a B le cuesta US\$ 28,000 cumplir el contrato a una pérdida de US\$ 3,000⁹. El cumplimiento del contrato, en lugar de producir un beneficio, produce una pérdida social de US\$ 1,000¹⁰.

5. US\$ 20,000 del costo de producción más US\$ 8,000 del costo de utilizar el avión.

6. Los US\$ 30,000 de su valoración menos los US\$ 25,000 del precio pactado.

7. Que son consecuencia de restar de los US\$ 5,000 de beneficios de A los US\$ 3,000 de pérdida de B, o los US\$ 30,000 de valorización de la máquina en manos de A menos los US\$ 28,000 que le cuesta a B cumplir con el contrato.

8. Es decir los US\$ 27,000 de su valorización menos los US\$ 25,000 del precio que debe pagar.

9. Es decir los US\$ 28,000 que le cuesta cumplir menos los US\$ 25,000 del precio que va a recibir.

10. Esto es consecuencia que se deben gastar US\$ 28,000 para poner la máquina en manos de alguien que sólo la valoriza en US\$ 27,000.

El problema es que es difícil para la Corte contar con la información para decidir y ordenar el cumplimiento del contrato cuando es eficiente y excusar de su cumplimiento cuando es ineficiente. Para ello debería contar con información respecto al valor subjetivo que A le asigna a la máquina por un lado, y la nueva estructura de costos en que B debe incurrir para cumplirlo por el otro. Una regla adecuada es aquella que induzca a las partes a ejecutar el contrato cuando éste es aún eficiente a pesar del cambio en la estructura de costos, y que a su vez induzca a la no ejecución del contrato cuando el cambio de circunstancias llevó a un resultado ineficiente. En otras palabras, el mejor mecanismo es aquel que incentiva a las partes a ajustar el contrato a términos más realistas dado el cambio de circunstancias. Si la regla ya descrita de previsibilidad a costos razonables es correctamente aplicada, existirán los incentivos para llegar a un contrato óptimo en términos de costos y beneficios de previsibilidad, es decir, uno que prevea lo que es razonable prever y que no prevea lo que es irrazonable prever.

Veamos cuáles serían las consecuencias de aplicar la teoría de la impracticabilidad comercial tal como está recogida en el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos. Si la inundación era realmente un evento imprevisible a un costo razonable, B podría utilizar esta doctrina como una excusa para no cumplir el contrato. Si A valoriza la máquina en US\$ 30,000 y el nuevo costo como consecuencia de la inundación es de US\$ 28,000, la entrega de la máquina estará asignando este recurso a un uso más valioso, estando incluso A dispuesto a pagar un precio que refleje el nuevo costo (US\$ 28,000)¹¹. En un mundo en el que no existan costos de transacción (o donde estos no son significativos) nada impedirá que A y B lleguen a un nuevo acuerdo. Así A ofrecería a B pagarle US\$ 28,000 (o quizás algo más) a condición de que éste no utilice la impracticabilidad comercial como una excusa para incumplir. Se modificaría el precio del contrato de US\$ 25.000 a US\$ 28,000, y llegaríamos a un resultado eficiente.

Si por el contrario A sólo valoriza la máquina en US\$ 27,000 lo mejor sería que el contrato quede sin efecto pues sus costos superan sus beneficios. Bajo estas circunstancias y a pesar que no hemos asumido la existencia de costos de transacción, no habrá posibilidad de que se llegue a un nuevo acuerdo. Sería irracional que A ofrezca por la máquina un precio superior a su valorización de la misma. Por otra parte, sería igualmente absurdo que B acepte para no oponer la defensa de la impracticabilidad comercial menos

11. Este hecho cambiaría si, por ejemplo, otro ofertante del mismo tipo de maquinaria no afectado por la inundación puede suministrar el bien a un precio de US\$ 26,000. Entonces, A preferiría dejar sin efecto el contrato y comprar la máquina por el nuevo precio ofrecido.

de US\$ 28,000, que es el nuevo costo de ejecutar el contrato dado el cambio de circunstancias. Siendo que A jamás pagaría más de US\$ 27,000 Y B jamás recibiría menos de US\$ 28,000, un nuevo acuerdo es imposible de alcanzar.

¿Qué sucedería si en circunstancias similares aplicamos la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación? Si la valorización de la máquina para A es de US\$ 30,000, B podrá demandar el reajuste del precio a fin de que refleje el cambio de circunstancias (es decir, el costo de US\$ 28,000). Como A sabe que dicho reajuste determinará un precio menor a su valorización tiene dos opciones: o espera el resultado final del juicio y pagar finalmente el precio fijado por los tribunales o simplemente se acercará a B y le dirá que se desista de su demanda, acordando un nuevo precio (no menor a US\$ 28,000) y ahorrándose ambos los costos del juicio. Nuevamente se llega a una solución adecuada. Si por el contrario la valorización de A es de sólo US\$ 27,000 invocará lo que dispone el segundo párrafo del artículo 1440¹² y pedirá la resolución del contrato. Ello porque no estará dispuesto a esperar un reajuste del precio de US\$ 28,000 cuando sólo va a recibir una máquina que valoriza en US\$ 27,000. Nuevamente se llega a una solución eficiente. Esta situación explica la sabiduría del segundo párrafo del artículo 1440 al permitir a la otra parte solicitar la resolución del contrato. Por este mecanismo se evita que el contrato se ejecute con las prestaciones reajustadas cuando ello puede resultar ineficiente en términos sociales.

Como hemos visto en los cuatro casos analizados¹³, siempre se llega a una solución eficiente. Esto porque hemos asumido que no existen costos de transacción. En aplicación del Teorema de COASE, cuando los costos de

12. Artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

13. Es decir:

- a) Cuando A valoriza la máquina en más del precio reajustado, aplicando la doctrina de la impracticabilidad comercial.
- b) Cuando A valoriza la máquina en menos del precio reajustado, aplicando la doctrina de la impracticabilidad comercial.
- c) Cuando A valoriza la máquina en más del precio reajustado, aplicando la doctrina de la excesiva onerosidad de la prestación.
- d) Cuando A valoriza la máquina en menos del precio reajustado, aplicando la doctrina de la excesiva onerosidad de la prestación.

transacción no son significativos no importa cuál es la regla legal que se adopte, pues siempre el mercado, a través de las transacciones que en él se producen, llegará a la solución más eficiente en términos sociales. Así, como asumimos que los costos de transacción son reducidos cualquier regla es eficiente porque las partes, a través de la negociación y facultad para modificar el contrato llegarán a una solución más eficiente.

Debemos considerar, sin embargo, que el análisis de los cuatro casos mencionados contenía otro presupuesto implícito. Este es que las Cortes están en capacidad de reajustar el precio de manera tal que refleje perfectamente el cambio en la estructura de costos, lo que de hecho es otro supuesto de costos de transacción bajos. Así las Cortes podrían establecer a la perfección que el nuevo precio es igual a US\$ 28,000. Ello no es necesariamente cierto. El cálculo del nuevo costo de ejecución del contrato no es algo sencillo, menos aún para un ente no especializado en cálculo de costos de producción como un Tribunal. Así, si existe incertidumbre sobre cómo efectuará el cálculo la Corte, será más difícil que las partes lleguen a un acuerdo, o dicho en otros términos, surgirán nuevos costos de transacción. Si A piensa que la Corte subvalorará el nuevo precio o si B piensa que lo sobrevalorará, pueden surgir incentivos para no celebrar una nueva transacción que resuelva el problema.

Si tomamos en cuenta que es posible que la Corte se equivoque por no contar con información suficiente, lo ideal es un sistema que minimice su intervención, no permitiéndole tener las facultades para reajustar el precio. Dado este supuesto, la doctrina de la impracticabilidad comercial es más eficiente. Ello porque al dar el derecho a B para eximirse de cumplir el contrato, obliga a las partes a renegociar sobre si el contrato debe o no ejecutarse con un reajuste de precio sin que puedan especular y desarrollar conductas estratégicas sobre la posibilidad de una subvaluación o sobrevaloración por parte de la Corte. En otras palabras el reajuste de la contraprestación será llevado a cabo con más precisión por la negociación entre las partes y no de una decisión de los integrantes de la Corte que finalmente son ajenos a la relación contractual. Es de esperar que las partes gocen de información mucho más completa que las Cortes sobre los costos de ejecución contractual, con lo que la posibilidad de error se reduce, contribuyéndose así al objetivo de alcanzar la solución más eficiente.

La situación es análoga a si dos personas, que piensan celebrar una compraventa por un bien, tienen que decidir si fijan el precio en una negociación entre ellas o dejan la determinación del precio a un juez en el futuro. Muchos menos contratos se celebrarían si la Ley obligara a las partes a que sea un juez el que fije el precio. De una manera parecida pero restringida, ese es el efecto que tiene la excesiva onerosidad, pues le dice a las partes

que de ocurrir un evento imprevisible, habrá un nuevo precio fijado por un juez. Ello hace más difícil que haya acuerdo. Por el contrario, la regla de la impracticabilidad comercial deja sin efecto al contrato y deja el terreno llano para que las partes negocien y celebren un acuerdo.

V. ¿Y QUÉ PASA SI LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN SON SIGNIFICATIVOS?

Si los costos de transacción fuesen demasiado altos como para permitir que A y B renegocien el precio del contrato luego de surgido el evento, deja de ser cierto que es indiferente cuál es la regla legal que se adopte. Veamos qué sucede en los mismos cuatro casos comentados cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados como para no permitir una renegociación del precio entre las partes luego que las circunstancias se han modificado por un evento imprevisible.

Dentro de la doctrina de la impracticabilidad comercial, si A valoriza la máquina en US\$ 30,000, y se produce la inundación que eleva el costo de ejecución del contrato por encima del precio (es decir, por encima de US\$ 25,000, en nuestro ejemplo US\$ 28,000) B se excusará de cumplir alegando el cambio impredecible de las circunstancias. Como los costos de transacción son elevados no habrá la posibilidad de una renegociación y en consecuencia la máquina nunca será entregada a A, a pesar de que por su valoración de la misma se estaría asignando a un uso más valioso. Llegamos, pues, a un resultado ineficiente.

Dentro de la misma doctrina de la impracticabilidad comercial, si A valoriza la máquina en US\$ 27,000 y se produce la inundación que eleva el costo de ejecución a US\$ 28,000, B se negará a cumplir alegando el cambio de circunstancias. Ese resultado es compatible con el objetivo de la eficiencia, pues no se entregará la máquina a un uso valorizado sólo en US\$ 27,000 a un costo de US\$ 28,000, con una pérdida social de US\$ 1,000. Es indiferente en este caso que los costos de transacción sean elevados, pues sin necesidad de acudir a una nueva transacción llegamos al resultado adecuado. Así, ocasionalmente, dada la valoración que A tiene de la máquina, tenemos la suerte que la regla nos conduzca a un resultado deseable.

Podemos apreciar que en el caso de la regla de la impracticabilidad comercial ésta no siempre garantiza un resultado eficiente.

Si analizamos la regla de la excesiva onerosidad de la prestación contenida en nuestro Código veremos que las cosas son diferentes. Si A valoriza la máquina en US\$ 30,000 y se produce la elevación del costo de ejecución a US\$ 28,000 como consecuencia de la inundación, B pedirá el reajuste del precio a dicha cantidad. Si asumimos por un momento que la Corte está

en capacidad de realizar tal reajuste de manera precisa y adecuada A no pedirá la resolución del contrato, pues a pesar de que tiene que pagar US\$ 3,000 por encima del precio acordado, todavía obtendrá beneficios por US\$ 2,000. Llegamos así a un resultado eficiente a pesar de la existencia de costos de transacción que impiden una renegociación del contrato.

Cambiando el supuesto de la valorización de A, de manera que sea US\$ 27,000 vemos que la regla de la excesiva onerosidad nos vuelve a conducir a un resultado eficiente. B pedirá el reajuste del precio a US\$ 28,000. Como A sabe que esa cantidad ésta por encima de la valorización que él ha hecho del bien (es decir, por encima de US\$ 27,000) solicitará que el contrato se resuelva. Como consecuencia de la resolución, el contrato no se ejecutará, evitándose incurrir en una pérdida social de US\$ 1.000¹⁴.

Como hemos visto la regla de excesiva onerosidad de la prestación si nos conduce siempre a un resultado eficiente. Sin embargo, esta conclusión está sujeta a que la Corte haga un cálculo adecuado de nuevo costo de ejecución de las prestaciones para que éste se refleje en el precio, lo que como hemos mencionado no parece un supuesto realista.

La explicación de este resultado es sencilla. Cuando no hay costos de transacción la mejor regla es la que limita la intervención de las Cortes, pues evitando los errores de éstas en la valorización del nuevo precio se evita cualquier distorsión, por un lado, y se deja el camino abierto para que el mercado, a través de la renegociación del contrato, nos conduzca a un resultado eficiente.

Por el contrario, cuando los costos de transacción son significativos, y podemos confiar en las Cortes para efectuar un reajuste del precio adecuado, no debemos confiar en el mercado, permitiendo que las Cortes simulen el resultado al que dicho mercado nos llevaría de no existir costos de transacción. Así, en nuestro ejemplo, A solicitará la resolución del contrato cuando considere que los costos para él, como consecuencia del reajuste del precio, son superiores a los beneficios, y no lo hará cuando el contrato le siga brindado beneficios a pesar de la modificación del precio.

VI. ¿POR QUÉ REGLA OPTAR?

Hemos concluido en el punto anterior que cuando los costos de transacción son reducidos es preferible adoptar una norma como la que propone la doctrina de la impracticabilidad comercial. Ello porque concediendo

14. Es decir, transferir el bien a un uso valorizado en US\$ 27,000 a un costo de US\$ 28,000.

la facultad a la parte perjudicada por el cambio impredecible de circunstancias de excusarse de cumplir su prestación, se crea incentivos para renegociar el precio. A través de la renegociación, las partes llegarán a un resultado eficiente, evitando, a la vez, los posibles errores que la Corte pueda cometer al reajustar el precio. Por el contrario, la posibilidad de error en los tribunales, implícita en la teoría de la excesiva onerosidad, crearía incertidumbre y la incertidumbre crearía falsas expectativas que harían, a su vez, más difícil un nuevo acuerdo entre las partes.

De otra parte, cuando los costos de transacción son elevados, no se puede confiar en los mecanismos de mercado para solucionar el problema. Dado este supuesto la intervención de la Corte para reajustar el precio y la facultad de la parte que no solicita el reajuste para pedir que se resuelva el contrato pueden conducirnos a un resultado adecuado. Esto siempre y cuando no existan errores significativos en la decisión judicial que nos lleven a una solución ineficiente.

En resumen, cuando se pueda confiar más en el mercado que en la capacidad de las Cortes para reajustar el precio, es preferible una regla como la del *common law*. Por el contrario, cuando podamos confiar más en la capacidad de las Cortes para reajustar el precio que en el mercado, como consecuencia de los costos de transacción, la regla de la excesiva onerosidad parece la opción más recomendable. Ante esta disyuntiva: ¿qué regla debemos elegir?

En nuestra opinión la regla más adecuada para este tipo de problemas es la del *common law*. Ello porque normalmente, dadas las circunstancias que rodean los casos mencionados, no existen razones fundadas para pensar que los costos de transacción son elevados. No olvidemos que las partes ya han celebrado previamente un contrato: aquel al que las circunstancias imprevisibles han tomado en comercialmente impracticable o en excesivamente oneroso. Ello porque las partes ya se conocen y tiene información sobre quiénes son y sobre las prestaciones involucradas. Como vimos, uno de los componentes más importantes de los costos de transacción son los costos de información que en el caso bajo comentario son relativamente bajos si consideramos que las partes ya se conocen y negociaron previamente un contrato que llegaron a perfeccionar.

Por el contrario no existen razones fundadas para pensar que las Cortes pueden ser órganos lo suficientemente preparados para llevar a cabo reajustes de precio exactos según el cambio de la estructura de costos del contrato. La dificultad de calcular los costos de ejecución de un contrato (que involucra elementos difíciles de calcular como por ejemplo los costos marginales de producción) hace que desconfiemos de las Cortes para cumplir dicho fin. Imaginemos sino el caso de una devaluación traumática e

impredecible de la moneda acompañada de una aguda recesión del mercado inmobiliario. Puede darse el caso de que la caída del valor de la moneda vaya acompañada de una caída del valor los inmuebles que haga difícil calcular cuál es el valor real de las prestaciones involucradas. Además la Corte tendría que hacer cálculos similares a los que tenían que hacerse en oficinas de controles de precios, calculando costos marginales y razonabilidad de márgenes de utilidad para recuperar inversiones. Ello no es nada fácil en general y es mucho más difícil para una Corte en particular.

Dentro de esta perspectiva —la confianza en los costos de transacción para la renegociación suelen ser reducidos mientras que la posibilidad de error judicial en el reajuste del precio es elevada— nos inclinamos por aquella regla que incentiva a los mecanismos de mercado entren en acción limita la intervención de los tribunales al mínimo indispensable.

Hemos tratado de desmitificar la idea de que lo imprevisible justifica en sí mismo la modificación de los términos de un contrato. Instituciones como la impracticabilidad comercial, la excesiva onerosidad u otras que se apoyan en el carácter impredecible de un evento para permitir que un contrato no se ejecute según los términos en él pactados, persiguen funciones económicas y sociales perfectamente identificables. No es pues que lo impredecible esté rodeado de un aura mágica que se convierte en una justificación en sí misma para no cumplir o para modificar un contrato. Todo en el Derecho debe tener una explicación y lo que hemos buscado es la explicación en este caso.

Sin duda instituciones como la impracticabilidad comercial o la excesiva onerosidad pueden crear incentivos para una correcta asignación de riesgos contractuales entre las partes. Así un estándar de previsibilidad razonable llevará a que partes se informen mutuamente sobre las contingencias que pueden afectar la ejecución posterior del contrato y que sea razonable prever. Esto es especialmente importante cuando la capacidad de previsión entre las partes es asimétrica.

Pero incluso en aquellos supuestos en que ninguna de las dos partes puede prever una contingencia a un costo razonable, estas instituciones deben cumplir el rol de permitir, luego de ocurrida la contingencia, que los beneficios del contrato se conserven si éste sigue siendo eficiente o que simplemente éste no se ejecute si sus efectos serían económicamente inadecuados.

Se busca, pues, conseguir contratos óptimos en cuanto al nivel de previsión de futuras contingencias, así como mecanismos que garanticen la ejecución de aquellos contratos que sigan siendo eficientes a pesar de las contingencias ocurridas. No todo desequilibrio justifica privar de efectos al contrato.

Como hemos podido ver, los problemas mencionados nos conducen a una discusión que en los últimos tiempos ha tomado especial relevancia ¿Debemos confiar en el mercado como el mejor mecanismo para resolver todos los problemas? ¿O es que acaso debemos confiar más en el Estado (en el presente caso en las Cortes) para conducirnos a la solución más adecuada? En general, en lo que concierne a los intereses de las partes, son éstas las que están en mejor aptitud para saber qué les conviene y qué no les conviene. No olvidemos que las Cortes son siempre terceros extraños a la relación contractual. Así no dudáramos de la probidad de los jueces y de su capacidad profesional, no podemos dudar que están en una posición inferior respecto de las partes para establecer qué es lo más conveniente. Ello no necesariamente es una crítica al Poder Judicial, sino una constatación respecto a los problemas que tiene éste para obtener la información relevante para las decisiones que debe tomar.

Esto nos sirve como excusa para plantear (y confirmar) una hipótesis aplicable no sólo al supuesto analizado, sino en general, a todas las instituciones jurídicas vinculadas a la autonomía privada. En aquellos supuestos donde los costos de transacción son reducidos, son las partes las que deben resolver los problemas que se susciten y la mejor regla legal será aquella que minimice la participación de los tribunales a lo indispensable, pues los errores judiciales pueden conducir a un incremento de los costos de transacción.