



IÑIGO DE LA MAZA G.

*Abogado, Profesor curso
Análisis Económico de las principales
Instituciones del Derecho Civil,
Ayudante del Departamento de
Economía y Derecho Civil,
Facultad de Derecho de la
Universidad Diego Portales.*



ALVARO JANA L.

*Abogado, Profesor curso Análisis
Económico de las principales
Instituciones del Derecho Civil,
Ayudante del Departamento de
Derecho Civil, Facultad de Derecho
de la Universidad Diego Portales.*

Una mirada al artículo

El trabajo que a continuación se presenta tiene por objeto examinar la protección que asigna el legislador a los contratantes respecto de los derechos incorporados en sus respectivos patrimonios a través de la celebración de un contrato cuando éste recae sobre la transferencia de dominio de un bien no fungible. Nos ha parecido éste, un tema especialmente sugerente por dos razones, en primer lugar porque la situación de los bienes no fungibles permite sostener que la opción contemplada en el artículo 1489 ha sido protegida por una regla que, en definitiva, nos permitiría sostener que la elección de cumplir la prestación o pagar en cambio una indemnización se encuentra entregada al deudor y no al acreedor como prescribe el precepto y, en segundo lugar, porque la regla utilizada para proteger la titularidad del acreedor sobre la opción produce pérdidas de eficiencia en las negociaciones. En lo que sigue entonces, intentaremos determinar qué especie de regla protege la titularidad del acreedor sobre la opción que le reconoce el artículo 1489 y, constatado lo anterior, evaluar sus consecuencias en términos de eficiencia.

Para revisar el problema recién expuesto, nos serviremos del ensayo de Guido Calabresi y Douglas Melamed "Un vistazo a la Catedral".¹ En este artículo, los autores conciben al ordenamiento jurídico como un sistema de títulos o derechos protegidos por reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad.

La regla será de **propiedad** toda vez que la promoción de la titularidad pueda realizarse únicamente a través de una transacción voluntaria; de **responsabilidad** cuando, no existiendo razones morales para prohibir la transacción voluntaria, la existencia de costos de transacción elevados determina que el precio

de ésta sea fijado por un tercero. El precio en este caso tiene la naturaleza de una compensación. Como señalan Calabresi y Melamed una titularidad está protegida por reglas de responsabilidad "Cuando alguien puede violar un derecho inicial en caso de estar dispuesto a pagar por ella un valor objetivamente determinado".²); y de **inalienabilidad**, toda vez que el ordenamiento jurídico prohíbe la transferencia voluntaria de la titularidad.

Nos interesa por lo pronto determinar a cuál de estas tres especies pertenece la regla que protege la titularidad del acreedor en el caso de incumplimiento de un contrato de compraventa cuando éste recae sobre un bien no fungible y lo debido es la entrega de la especie o cuerpo cierto. Para hacernos cargo de este problema, supondremos que Pedro compra a Juan una escultura de jade. Pedro paga el precio en el acto, quedando pendiente la obligación de Pedro hasta el momento en que llegue la obra a Santiago. Pendiente la obligación de Juan, éste transfiere la escultura a José, entregándoselas el día de su arribo a Santiago.

La distinción utilizada por Calabresi y Melamed, nos parece, diferencia a las reglas de protección según la posibilidad y características de la transferencia de la titularidad que protegen. La titularidad sobre el derecho de opción, como parece evidente, no está protegida por una regla de inalienabilidad, esta especie de reglas protege la titularidad sacándola del comercio humano, en el caso que nos ocupa, no existe ningún impedimento legal para que, incumplido el contrato, el acreedor renuncie a las acciones derivadas del incumplimiento recibiendo como contraprestación una suma de dinero. Aclarado lo anterior, resta examinar si la titularidad queda protegida por una regla de

Nº 1.489

propiedad o de responsabilidad. A fin de abordar este cometido, distinguiremos si las partes han imputado el riesgo del incumplimiento en el contrato o si, en cambio, es un tercero quien lo determina. Como sabemos, las normas de derecho civil que regulan la contratación privada son, en su mayoría, supletorias de la voluntad de las partes; el contenido esencial del contrato de compraventa se agota en el cumplimiento de los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos y de aquellos requisitos específicos de la figura contractual –en este caso, cosa y precio–, sobre esta base, las partes negociarían libremente aquellos aspectos que excedan de los indicados. Los contratantes entonces pueden convenir que de no cumplirse el contrato por parte del vendedor, éste se resolverá, sin permitir a la parte incumplidora enervar la acción resolutoria a través del pago de la prestación³, avaluando previamente los perjuicios del incumplimiento a través de una cláusula penal. A través de esta cláusula, entenderemos que el comprador renuncia a su derecho a exigir el cumplimiento y en cambio conviene una suma de dinero, pagadera en caso de incumplimiento. En términos económicos la situación recién descrita corresponde a una transacción voluntaria en donde las partes convienen transferir su titularidad sobre el derecho a exigir el cumplimiento recibiendo en cambio un precio fijado de mutuo acuerdo. Recapitulando, diremos entonces que si el contrato no registra vacíos en la descripción de los riesgos de incumplimiento la titularidad queda protegida a través de una norma de propiedad, toda vez que la remoción de la titularidad se efectuará únicamente a través del pago de un precio convenido ex ante por los contratantes.

Revisemos ahora qué sucede si las partes no han distribuido contractualmente los riesgos de incumplimiento. En este caso, y según lo dispuesto en los artículos 1.444 y 1.489, nace un derecho opcional para el contratante diligente de exigir el cumplimiento o la resolución del contrato. Advertiremos que, en principio, si el derecho de opción es asignado al contratante diligente, la titularidad se encuentra protegida por una regla de propiedad, si la opción de cumplir o no, pertenece en cambio al deudor y su incumplimiento puede, a voluntad de este último, resolverse en el pago de una indemnización de perjuicios, la titularidad del contratante diligente estará protegida por una regla de responsabilidad.

Aún cuando de la lectura del precepto contenido en el artículo 1489 parece desprenderse inequívocamente que la opción es del contratante diligente, el análisis de la normativa civil y procedimental pareciera indicar lo contrario. El caso que nos ocupa es el de un contratante que, habiendo pagado el precio, es acreedor de una contraprestación que consiste en la tradición del dominio de un bien no fungible. Para que la titularidad esté protegida por una regla de propiedad es necesario que la opción de exigir el cumplimiento pertenezca al contratante diligente. Si el contratante diligente utiliza esta opción y solicita judicialmente el cumplimiento, el deudor de la prestación podría excepcionarse utilizando para estos efectos el artículo 1817, en este caso, según prescribe el precepto, será **preferido** aquel comprador que haya entrado primero en posesión del bien. (En nuestro caso, hemos supuesto que el segundo comprador ha sido el primero que ha entrado en posesión del bien). En este caso, nos parece, el tribunal, no tendría otra opción que dejar sin efecto

el contrato y otorgar al contratante diligente una indemnización de perjuicios. En otras palabras la titularidad del contratante diligente sobre su derecho de opción podría ser transferida, sin mediar su voluntad, a través del pago de un precio (aquella cantidad determinada por concepto de indemnización) fijado ex post por el tribunal. De aceptar el razonamiento anterior, se nos otorgará que, si los riesgos no son imputados por las partes en el contrato, el legislador protege supletoriamente la titularidad a través de una regla de responsabilidad.

Según se anunciara más arriba, corresponde ahora hacernos cargo de las consecuencias que entraña proteger la titularidad sobre el derecho a exigir el cumplimiento del contrato descrito, a través de una norma de responsabilidad. Cabe advertir que el análisis de las consecuencias será realizado desde una perspectiva eficientista, utilizando, según lo indicado, la eficiencia en la localización de los recursos como parámetro de confrontación⁴.

Una asignación de recursos es eficiente toda vez que, los recursos se encuentran localizados de tal modo que no es posible mejorar a una persona sin perjudicar por lo menos a otra. Toda vez que podamos reasignar recursos beneficiando a una persona sin perjudicar a ninguna otra, estaremos ganando eficiencia. Las transacciones, según postulan los economistas, aumentan el valor de la producción –y, por lo tanto, el bienestar social, concebido este último como la sumatoria de los bienestar individuales⁵– toda vez que desplazan recursos hacia quienes les asignan mayor valor.⁶

En este sentido, uno de los objetivos del derecho de contratos es estimular únicamente el cumplimiento

de aquellas transacciones que localizan los recursos en el patrimonio de quien esté dispuesto a pagar más por ellos, siempre y cuando esta localización no perjudique a otro en los términos que a continuación se explicitarán. Si A vende un cuadro a B, quien paga por él \$1.500.000 y luego entrega el cuadro a C, quien paga por él \$2.000.000 ¿Debería el ordenamiento jurídico obligar a B a cumplir con el contrato suscrito con A? El análisis económico, utilizando el criterio de eficiencia de Pareto⁷, señala que el ordenamiento jurídico sólo debería obligar a B a cumplir el contrato si, incumplido el contrato, no es posible situar a A en una situación equivalente a la que se encontraría de haberse cumplido el contrato. Esto es lo que Cooter y Ulen denominan el "pago perfecto de daños de expectativa"⁸. Si suponemos que A esperaba obtener un beneficio \$150.000 por el cuadro (es decir, consideraba que el cuadro valía para él \$1.650.000) B puede devolverle el precio más los daños de expectativa, manteniendo aún una ganancia neta de \$350.000, a lo cual debe sumarse la ganancia obtenida por C. (C, si actuaba como un sujeto racional, compró el cuadro por \$2.000.000 toda vez que consideraba que el cuadro valía más de esa suma, en caso contrario, hubiera mantenido la suma en su poder). Desde una perspectiva eficientista, a través de esta transacción hemos mejorado a dos personas sin perjudicar a ninguna. En este sentido, pareciera ser que la solución adoptada por nuestro legislador cumple, al menos, con cometidos de eficiencia. Sin embargo, como suele suceder cada vez que se intenta demostrar algo, el ejemplo es algo antojadizo y se encuentra construido a escala de la tesis que se intenta demostrar. La práctica entraña inevitablemente complejidades que incorporan matices relevantes a nuestra afirmación. Hemos afirmado que la eficiencia de la asignación en el caso tratado depende -utilizando el criterio paretiano- de dos factores -ambos absolutamente irreductibles en el planteamiento de Pareto-, por una parte, el aumento de bienestar para alguna de las partes y, de otra, la no-pérdida de bienestar para la parte que sufre el incumplimiento. El segundo objetivo supone que el tribunal -quien determina el precio de la transacción- tenga información suficiente para determinar el valor que asigna a su expectativa el acreedor de la prestación, lo contrario,

supondrá inexorablemente sobre o subcompensaciones de ésta, las cuales redundarán en pérdidas de bienestar a través de localizaciones ineficientes. El problema cobra especial vigencia en el caso de los bienes no fungibles, en este caso, la reparación únicamente puede realizarse a través de un equivalente, en nuestro caso, dinero. El cumplimiento por equivalencia, particularmente cuando la equivalencia es realizada en forma heterónoma a la negociación aumenta la posibilidad de error en la ponderación de la expectativa. El problema descrito posee especial relevancia en el caso de los "bienes únicos", entenderemos por bienes únicos aquellos respecto de los cuales no existe un mercado a ser utilizado para determinar su equivalencia en dinero.⁹

La regla de responsabilidad que protege la titularidad sobre el derecho a exigir el cumplimiento del contrato es deseable en términos de eficiencia solamente si existe, por una parte, una regla que permita al acreedor diligente obtener la completa satisfacción de sus expectativas y, por otra, normas procesales que permitan realizar el derecho. No presentándose estas condiciones, resulta en cambio preferible proteger la titularidad por una regla de propiedad.

Intentemos responder porque resulta deseable en términos de eficiencia y no cumpliéndose las condiciones consignadas, proteger la titularidad a través de una regla de propiedad. Hemos advertido que los sujetos, actuando racionalmente, contratarán únicamente si la contraprestación les resulta más valiosa que lo que cederán a cambio; este tipo de transferencias son deseables económicamente toda vez que aumentan el bienestar de ambos sujetos. Si incumpliendo el contrato conseguimos relocalizar los recursos en forma más eficiente (en términos paretianos, conseguimos mejorar a una persona sin perjudicar en cambio a ninguna otra), el sistema jurídico no debe trabar el incumplimiento. Ahora bien, la pregunta es cómo determina el juez la expectativa del contratante que no obtuvo su prestación.

Hemos afirmado -nada más que para recapitular- que el incumplimiento es eficiente toda vez que se produce un pago perfecto de las expectativas (es decir de lo que el acreedor pretendía obtener

celebrando el contrato) del contratante respecto de quien se incumplió la prestación. Frente a este problema, la regla de responsabilidad, supone que un tercero determine en forma heterónoma a la negociación el perjuicio sufrido. Si ese tercero es capaz de determinar la expectativa, ésta es pagada al contratante diligente y, aún después de pagar el daño de expectativa, existe un excedente por sobre el precio de la primera transacción para el deudor de la prestación, será deseable que ese contrato se incumpla.

Para determinar el daño de expectativa, el tribunal precisa acceder a información que le permita determinar el monto de la indemnización para que ésta sea plenamente compensatoria. La tentación inmediata consiste en sugerir que el acreedor perjudicado, en el curso del proceso judicial, entregará esa información, sin embargo, como se advierte, esto supone para el contratante diligente una carga accesoria, a saber, los costos de incoar y desarrollar el proceso, supone además que el contratante diligente debe acreditar sus expectativas. Frente a lo anterior, registremos nada más tres problemas. (1) Si suponemos que el contratante diligente es capaz de acreditar la totalidad de sus perjuicios y el tribunal reconoce su derecho a hacer exigible la reparación del daño en el patrimonio del deudor, aún queda pendiente el costo del proceso. Es suficientemente sabido que las costas personales suelen situarse muy por debajo de los honorarios profesionales fijados por el mercado. Al problema de subvaluación de los costos por abogados, deben sumarse el costo de oportunidad de llevar adelante un procedimiento ordinario (es decir las oportunidades a que renuncia el acreedor utilizando su tiempo en el proceso) y los costos de transacción¹⁰ involucrados en la contratación del abogado. (2) Existen casos en que los perjuicios por expectativa serán difícilmente acreditables, o bien, su acreditación, supondrá un costo que la parte no está dispuesta a asumir, en este caso, la indemnización no satisfará las expectativas de beneficios que suponía para el acreedor el cumplimiento del contrato. (3) Aún si los perjuicios se pueden acreditar, existen algunos daños que han tenido un reconocimiento jurisprudencial insuficiente por nuestros tribunales, es el caso de los daños morales. Aún cuando se trata de un tema rico en matices y controversias, parece más claro que

la estimación de los mismos logrará mayor proximidad a la reparación si la realiza la parte afectada que si la hace un tercero.

Pues bien –y a manera de conclusión–, una de las múltiples maneras de evaluar un ordenamiento jurídico es intentando determinar su eficiencia en el cumplimiento de los principios desde los cuales se construye, si aceptamos que los contratos deben ser cumplidos, la normativa tutelará el cumplimiento en la medida que sólo se incumplan los contratos cuando aquel contratante que tenía derecho a exigir el cumplimiento consienta o, en caso de no haberlo convenido contractualmente, hubiera consentido en aceptar el cumplimiento por un cierto precio. En el primer caso, sólo se incumplirá si el contratante diligente lo autoriza y, actuando racionalmente, lo autorizará sólo si el deudor le compró su derecho por un precio equivalente a sus expectativas. En el segundo caso, no mediando transacción voluntaria sobre el derecho, sólo podrá incumplir si compensa efectivamente, a través de un precio fijado por un tercero, las expectativas de la contraparte. En este caso, el legislador intenta reconstruir la voluntad presunta del acreedor, estimando que sólo hubiera consentido en el incumplimiento a cambio de una suma de dinero que lo sitúe en la misma posición que el cumplimiento perfecto de la obligación. La regla de reponsabilidad entonces será eficiente únicamente en la medida que garantice la adecuada compensación, en caso contrario, será preferible optar por una regla de propiedad. Nuestro Derecho, como hemos advertido, en el caso de la compraventa de bienes no fungibles, protege la titularidad a través de una norma de responsabilidad, esta regla, según hemos intentado demostrar, entraña riesgos graves de subvaluación del daño expectativa respecto del comprador, estimulando incumplimientos ineficientes.

¹ Calabresi, Guido y Melamed, Douglas. *Un vistazo a la Catedral. Reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad.*

² *Ibidem.* P. 65

³ Si bien el tenor del artículo 1879 parece indicar que, aún estipulando que el contrato se resuelva ipso facto, el deudor siempre conservará la posibilidad de pagar el precio dentro de las 24 horas siguientes a la notificación judicial de la demanda, nos parece que la solución del precepto no se aplicaría a la situación del vendedor (que es el caso que nos ocupa) por tratarse de una excepción al principio de la autonomía de la voluntad, y las excepciones, como es sabido, se aplican en forma estricta.

⁴ Por un problema de espacio debemos prescindir de la descripción de los problemas que suscitan en la tensión entre objetivos de eficiencia y el respeto al principio de la autonomía de la voluntad, para quienes deseen profundizar en la discusión pueden revisarla en *La obligación contractual. El contrato como promesa.* (Fried. Charles. *La obligación contractual. El contrato como promesa.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996)

⁵ Existe respecto de la sumatoria un problema que nada más enunciaremos. Si las preferencias son inconmensurables de un sujeto a otro, la única manera de contabilizarlas es reduciéndolas a un mínimo común denominador, en este caso, la intensidad de una preferencia quedará determinada por el precio que esté dispuesto a pagar el sujeto por un bien. En este sentido, respecto de los bienes que tienen un valor de mercado fácilmente determinable sería preferible una regla de responsabilidad, pues el valor de mercado constituiría el valor que le

atribuye el sujeto y correspondería por lo tanto al monto indemnizable. En nuestra opinión, el valor de mercado no representa la expectativa de ganancia que tiene un sujeto al adquirir un bien. Nos parece descriptivamente correcto afirmar que cada vez que una persona está dispuesta a pagar una cantidad de dinero por un bien es porque para ella el bien tiene un valor superior (representa una ventaja que avalúa en una cantidad superior) al precio que efectivamente paga.

⁶ Decimos que alguien asigna mayor valor a un bien cuando está dispuesto a pagar más por él. Utilizando el mercado como mecanismo de asignación, la intensidad de las preferencias se manifiesta a través del precio que se está dispuesto a pagar por los bienes.

⁷ El criterio de eficiencia de Pareto –en una de sus múltiples formulaciones– señala que una asignación de recursos es eficiente si permite mejorar a una persona sin perjudicar a otra.

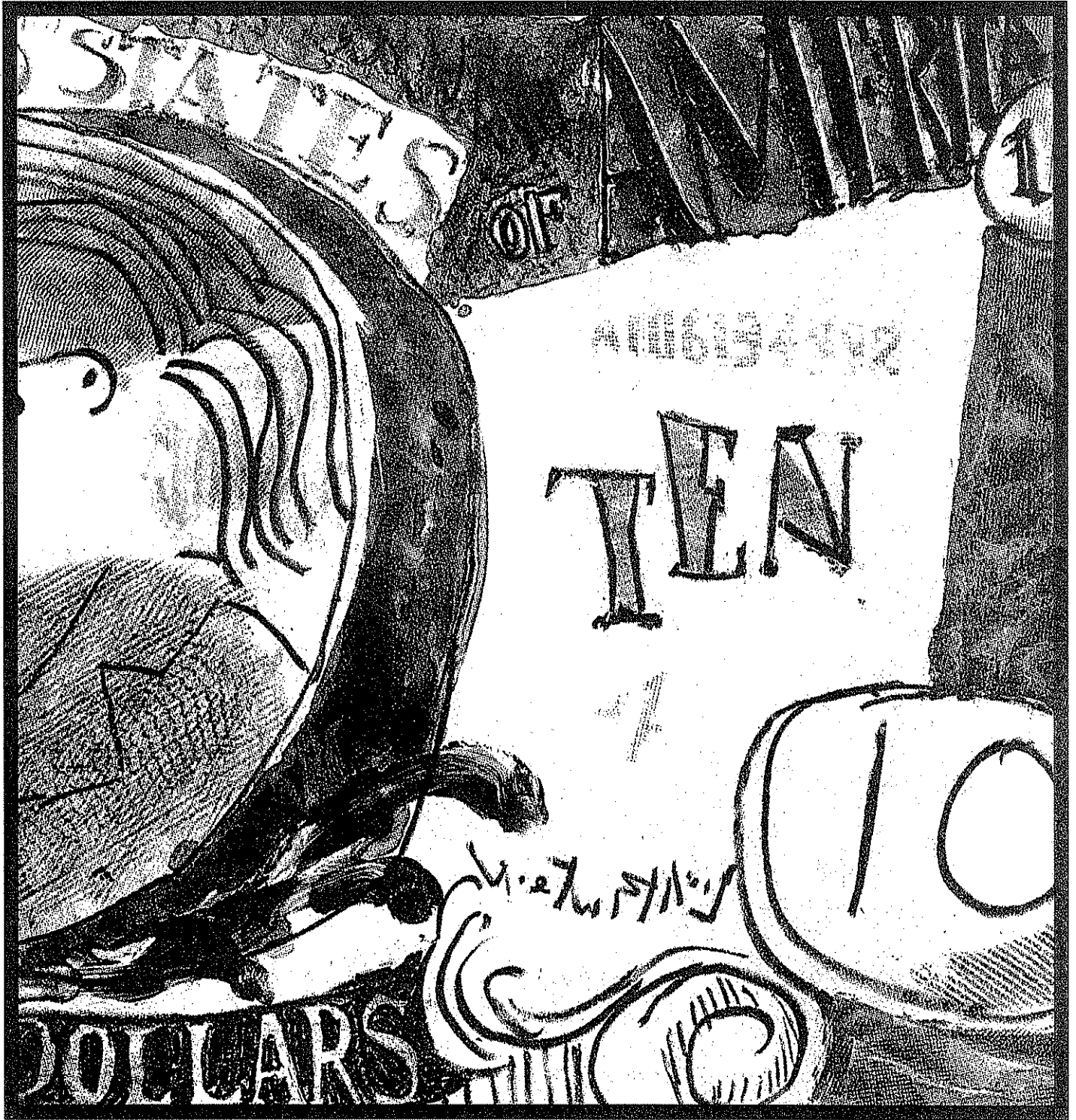
⁸ Cooter Robert y Ulen Thomas. *Derecho y Economía.* Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1997 P.245

⁹ Ver en Bullard, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho.* ARA editores. Perú: 1996. P. 181 y sgtes.

¹⁰ Entenderemos por costos de transacción aquellos gastos en que debe incurrirse en la celebración de un contrato. (Usualmente se agrupan en costos de identificación, reunión y puesta en práctica del contrato.)



Andy Warhol. Two Dollars Bills, 1962.



Roy Lichtenstein. Ten Dollars Bill, 1956.