

2017

Cuando otros deciden por ti: La eficiencia en la intervención judicial de los contratos civiles

Diego Angulo Osorio

Follow this and additional works at: <http://lajle.alacde.org/journal>

 Part of the [Civil Law Commons](#), [Commercial Law Commons](#), [Contracts Commons](#), [Dispute Resolution and Arbitration Commons](#), and the [Law and Economics Commons](#)

Recommended Citation

Angulo Osorio, Diego (2017) "Cuando otros deciden por ti: La eficiencia en la intervención judicial de los contratos civiles," *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*: Vol. 3 : Iss. 1 , Article 4.
Available at: <http://lajle.alacde.org/journal/vol3/iss1/4>

This Article is brought to you for free and open access by The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics. It has been accepted for inclusion in The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics by an authorized editor of The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics.

Cuando otros deciden por ti: La eficiencia en la intervención judicial de los contratos civiles

Diego Angulo Osorio*

Resumen: Cuando la oferta se cruza con la aceptación de la misma, resulta el contrato, una situación óptima, porque los recursos que disponen las partes, en teoría, han sido asignados de forma eficiente, han sido destinados a usos más valiosos. Sin embargo, esta situación óptimo paretiana no durará por siempre, el transcurso del tiempo, casi siempre afecta el equilibrio económico del contrato, la prestación o la contraprestación se vuelve más valiosa en comparación con la otra, volviéndose excesivamente oneroso cumplir con el contrato, porque la relación costo beneficio se rompió. ¿Cómo restablecer el equilibrio contractual? Dos caminos se plantean, por un lado la judicialización, por el otro la renegociación bajo la amenaza de resolución. El primer camino queda descartado, casi de inmediato, el juez no conoce los precios de reserva de las partes, no comparte sus ambiciones y miedos, no participó en la negociación y muchas veces es ajeno al mercado.

Por otro lado, la renegociación se plantea como una solución más idónea: las partes crearon el contrato, conocen bien sus precios de reserva, y sabrán cuando el contrato dejará de serles útil. De esta manera, la ley debe estructurarse para incentivar a las partes a solucionar sus problemas contractuales, sin que éstas tengan que externalizar los costos de solucionar sus disputas contractuales. En este orden de ideas, se puede concluir, que cuando los costos de solución de una controversia son muy altos, la solución no es judicializar el problema, sino legislar para reducir estos costos a través de la asignación de derechos y titularidades, para permitir a las partes dar solución a sus problemas a través del trato directo.

Palabras clave: contratos, excesiva onerosidad, solución de controversias.

*Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Perú. Email: dangulo.osorio@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

Es el punto de partida, la facultad conferida a los jueces para intervenir en los contratos civiles conmutativos de ejecución continuada y tracto sucesivo, por el artículo 1440 del Código Civil peruano vigente de 1984, en los cuales una de las prestaciones haya devenido excesivamente onerosa, el equilibrio económico del contrato ha sido perturbado. “El criterio de plantear preferentemente la revisión, reduciendo la prestación o aumentando la contraprestación, porque se ajusta mejor al espíritu de justicia que es el fundamento de la institución” (Arias Schreiber Pezet, 2011, p. 223).

Siendo esto así, surge una primera interrogante, sobre la licitud de anular la voluntad de las partes, acto que atenta contra la esencia del contrato mismo, y de la autodeterminación de las partes. La tendencia internacional ha legitimado la intervención judicial (BGB alemán o el Código Civil italiano de 1942); sin embargo, esta misma corriente ha sido bastante clara en establecer su residualidad y carácter extraordinario, de tal forma, que se privilegia la renegociación del contrato por las partes en respeto absoluto de su libertad contractual, y únicamente, en caso que fracasen, se procederá a la resolución del contrato como alternativa menos lesiva para el derecho a la libertad contractual de las partes a través de la intervención del juez.

La intervención directa del juez, por la que adapta el contrato a las nuevas circunstancias económicas, es la modalidad más común de dirigismo contractual²; sin embargo, la amenaza de la resolución contractual, es un incentivo más poderoso a las partes para renegociar y llegar a un acuerdo, en razón que ellas no permitirán la resolución de un contrato que consideran valioso, por lo que, se esforzarán en mantenerlo vigente. Este último remedio, tiene “la justificación teórica del derecho a la resolución del contrato por excesiva onerosidad, puede encontrarse en la anormalidad del riesgo del contrato, que determina la ruptura del equilibrio o la relación de proporción entre las prestaciones” (Messineo, 1979, p. 528). Esto se encuentra en estrecha concordancia con el deber de la buena fe contractual, por la cual las partes al considerar un contrato valioso, deberían proceder salvaguardando mutuamente sus intereses, “[e]n este sentido también se ha dicho que como obligación de salvaguardia, la buena fe implica el deber de cada parte de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en los cuales no implique un sacrificio apreciable a su cargo” (Cárdenas Mejía, 2008, p. 706).

² Según Marx Arias Schreiber Pezet (2011, pp. 30-31) “[e]l dirigismo contractual se presenta en forma de intervencionismo legislativo cuando el Estado actúa mediante leyes y decretos, acentuándose en los periodos de crisis más agudas. [...] El dirigismo contractual puede tener la forma de intervencionismo judicial cuando se faculta al juez para modificar las obligaciones de las partes en los casos concretos sometidos a su decisión.”

II. EFICIENCIA EN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS

No es la definición legal³ o literal⁴ del contrato, la que debe importar en este momento, sino es la que da cuenta de su función en el mundo: “[l]a institución jurídica del contrato es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada. Ella es el vehículo de la circulación de la riqueza, en cuanto se admita una riqueza privada” (Messineo, 1986, p. 15). Y es más concretamente, el contrato oneroso, aquel que requiere en su estructura un efectivo intercambio de riqueza, sobre el que se analizará la institución de la excesiva onerosidad. Quedan excluidos en consecuencia, los contratos gratuitos, aquellos que constituyen regalos desinteresados (o en algunos casos, no tanto), porque su análisis requerirá un enfoque totalmente distinto al que se ha desarrollado en este trabajo.

“Es fuerte, pero no total, el compromiso del derecho común con la eficiencia” (Posner, 2013, p. 418). Por lo que, es totalmente válido analizar a través de la eficiencia la institución de la excesiva onerosidad; puesto que brinda una visión completa de la ponderación de principios, sin perderse la perspectiva colectiva de la resolución de conflictos. Dado que:

La eficiencia y la equidad se orientan hacia el bienestar social. [...] Pero como ocurre en este ejemplo, cuando la equidad se separa por completo de las preocupaciones del bienestar, es probable que el resultado de basar el derecho en la equidad sea una disminución del bienestar. (Posner, 2013, pp. 419-420)

Puede determinarse la eficiencia en la restricción de derechos, en este caso a través de la intervención judicial de los contratos que restringe la libertad contractual y la seguridad jurídica. La primera es la valoración de los derechos y libertades que se encuentran enfrentadas conforme al razonamiento de “mercado de derechos” de Guido Calabresi (Chiassoni, 2013, p. 255); es decir, cada derecho y valor jurídico tienen un “peso” en el ordenamiento jurídico, sea por su reconocimiento constitucional o legal, o por su lugar en un cuerpo legal; en este caso, se analizarán los “pesos” de la libertad contractual y la seguridad jurídica frente a la equidad entendida como la justicia del caso concreto. Y la segunda, siguiendo el enfoque de asignación de derechos de Guido Calabresi, que conlleva a realizar un análisis comparativo de costos y beneficios de intervenir judicialmente los contratos, los riesgos que conlleva, los riesgos que implica y los beneficios que se obtendrán (Chiassoni, 2013, p. 253).

³ Artículo 1351 del Código Civil peruano de 1984: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."

⁴ Según el Diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción de la voz "contrato" es la siguiente: "Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas." (Real Academia Española, 2014).

III. MODELO DE EFICIENCIA APLICABLE

El contrato es un acuerdo de voluntades⁵ fruto de una negociación, por la cual se asignaron recursos y responsabilidades a través de obligaciones en un momento de incertidumbre (Anzola Gil, 2008, p. 811), es decir una vez concluida la negociación, aceptada la oferta y celebrado el contrato, las partes se encuentran en un escenario óptimo, donde los recursos y responsabilidades han sido asignados a las partes eficientemente según sus preferencias y sin sobrepasar sus precios de reserva. Este supuesto es el llamado óptimo de Pareto, según el cual “una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto o de la asignación si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación sin empeorar la situación de otra persona” (Cooter & Ulen, 2008, p. 35).

De esta manera se puede resumir que, “[e]l punto de partida es pues una situación subóptima, pues si fuera óptima la mejora no sería posible. Bajo tal circunstancia el cambio de situaciones nos ha hecho ganar algo en eficiencia, es decir, que la nueva situación es más eficiente que la anterior. Este es conocido como el criterio de Pareto” (Bullard González, 2010, p. 269). Sin embargo, queda una interrogante, ¿puede mejorarse la asignación eficiente de recursos mediante el criterio de Pareto que concluye en el óptimo de Pareto? La respuesta es sí, la Superioridad Paretiana es el escenario donde alguna de las partes ha mejorado su condición sin empeorar otras condiciones.

Ahora bien, avanzando en la construcción de un esquema de eficiencia aplicable, aparece un escenario problemático, ¿qué ocurre si celebrado el contrato, alcanzado el óptimo paretiano, varían las circunstancias y una de las partes reporta pérdidas frente a la otra que mantiene su ganancia o la incrementa? Es el escenario exacto de la excesiva onerosidad sobrevenida italiana, de la teoría de la imprevisión francesa o de la perturbación de la base del negocio alemán. Al respecto, afinando y superando el modelo de Wilfredo Pareto apareció el modelo de Kaldor y Hicks, por el cual aquellos que mejoraron su posición deberían ganar lo suficiente para que sea factible (en términos potenciales) compensar a aquellos que empeoraron su situación, siempre y cuando dicha compensación teórica no llegase a empeorar su situación (también en términos hipotéticos). De esta manera, “[e]l concepto de Kaldor-Hicks se llama también, sugerentemente, la superioridad potencial de Pareto. Los ganadores podrían compensar a los perdedores, independientemente de que lo hagan o no en la realidad” (Posner, 2013, p. 40).

Este criterio fue aplicado, mucho antes que se conciba académicamente, por el Consejo de Estado francés en el histórico caso de la empresa eléctrica de

⁵ Artículo 1351 del Código Civil peruano de 1984: "Noción de contrato.-El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."

Burdeos,⁶ en su sentencia se ordenó a la comuna de Burdeos que compensara a la compañía por la elevación de los precios del carbón necesario para la generación eléctrica, sin que esto signifique una intervención del contrato.

Hasta este punto, se tiene un escenario ideal, óptimo de Pareto y un segundo escenario intermedio, el criterio de Kaldor-Hicks; sin embargo, ambos no consideran un tercer y último elemento de la ecuación de la contratación, los costos de transacción, que son abordados por Ronald Coase.

El teorema de Coase se divide en dos postulados, que explican cómo discriminar una solución eficiente a través de la autonomía de la voluntad de las partes o a través de la intervención estatal:

Según la primera, si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal adoptada porque igual se llegará a la más eficiente. Lo que Coase quería decir es que, cuando vivimos en un mercado donde existen contratos, el sistema contractual nos llevará a la eficiencia. [...] En cambio, según la segunda formulación, si los costos de transacción son mayores a cero, sí importa la solución legal para llegar a una solución eficiente. (Bullard González, 2010, p. 45)

El teorema normativo de Coase, que es un ejemplo de minimización de costos, por el cual se debe “[e]structurar la ley de tal modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados” (Cooter & Ulen, 2008, p. 145); surge para definir la función estatal en la solución de estas controversias, de esta manera el Estado no necesariamente debe intervenir directamente, como es el caso de intervenir judicialmente el contrato en un caso de excesiva onerosidad sobrevenida, sino también puede crear incentivos a las partes para que lleguen a acuerdos y renegocien el contrato; este incentivo bien puede ser la amenaza de resolución que aparece en los Principios del Unidroit⁷ y de Derecho Europeo de los Contratos⁸. Abundando en este último supuesto, la amenaza de resolución fomenta que las partes lo renegocien sin llegar al Poder Judicial si éstas valoran su contrato, si no lo valoran permitirán su resolución.

En conclusión, el modelo de eficiencia de Pareto se alcanza con la celebración del contrato y la satisfacción de los intereses de las partes, pero es insuficiente para determinar una solución eficiente cuando una de las partes ve empeorada su situación; frente a ello surgió el modelo de Kaldor-Hicks que propugna la posibilidad de compensación, en términos potenciales, del ganador al perdedor siempre que su situación no se viese comprometida; sin embargo, no

⁶ Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux contre le Conseil municipal du Bordeaux, 59928 (Conseil d'État 30 de marzo de 1916).

⁷ Consultado en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> el 29 de agosto de 2017.

⁸ Consultado en <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> el 29 de agosto de 2017.

siempre las partes frente a una situación adversa estarán prestos a renegociar (es decir, los costos de transacción son mayores a cero), por lo que es necesaria la intervención Estatal según el teorema de Coase, pero esta intervención debe ser eficiente.

IV. AQUELLO QUE SE PUEDE MANTENER O LOGRAR

Básicamente la institución del *rebus sic stantibus*⁹ busca proteger a la parte perjudicada de la ruina económica producida por el cambio en las condiciones económicas sobre las cuales se celebró el contrato; se encuentra inspirada en los principios jurídicos de la equidad, la conservación del acto jurídico y la buena fe.

Es una constante en los sistemas jurídicos desarrollados la presencia de esta buena fe como un principio rector del derecho de los contratos¹⁰ y un límite al principio *pacta sunt servanda*¹¹, en vista de que es contrario a la buena fe que una de las partes exija el cumplimiento de un contrato en condiciones no aceptadas por las partes:

En la distinción que suele hacerse entre buena fe subjetiva, como creencia en una apariencia de derecho, y buena fe objetiva, como deber de probidad o comportamiento con rectitud y lealtad, es este último concepto el que la doctrina ha rescatado como límite de la autonomía de la voluntad y principio rector de las conductas de los contratantes. (Benavides Torres, 1990, p. 172).

Esta buena fe objetiva presente en el ordenamiento jurídico civil peruano de los contratos, previene el comportamiento oportunista de las partes en los contratos; las partes deben comportarse de forma leal. De esta manera:

Es evidente que no hay buena fe cuando el contrato se ha convertido en excesivamente oneroso para una de las partes, y la otra, aprovechándose de ello, exige el total y fiel cumplimiento del contrato. Es verdad que contra la buena fe también podría objetarse su generalidad y su subjetivismo. Pero creo que ella es más perceptible al sentimiento humano, a la sensibilidad del juez. (Ramírez Jiménez, 1987, p. 228).

Esto último, presenta una interrogante interesantísima, en un escenario de excesiva onerosidad sobrevenida ¿sólo el juez puede restablecer el principio de buena fe vulnerado por el comportamiento oportunista de una de las partes? La respuesta es no. Una de las funciones de la ley, analizada económicamente, es

⁹ *Rebus sic stantibus*, es la alocución latina abreviada del precepto del derecho canónico, “*contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”; invocar este principio permitía dejar sin efecto un contrato de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido, cuando las circunstancias cambiasen durante el transcurso del tiempo.

¹⁰ Artículo 1362° del Código Civil peruano de 1984.- Buena Fe.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

¹¹ Este aforismo latino traducido libremente significa “Los pactos deben cumplirse”; proviene del principio del Derecho Canónico *pacta, quantum cumque nuda, servanda sunt*: “Los pactos deben cumplirse, así sean complejos”.

crear incentivos; la ley puede crear incentivos para que las partes restablezcan la buena fe por sí mismas sin necesidad de acudir al Poder Judicial.

En este caso, el propio legislador peruano, inspirándose en la equidad, introdujo la institución jurídica de la excesiva onerosidad sobrevenida, a efecto de atemperar el principio *pacta sunt servanda* y establecer excepciones a la ejecución irrestricta de los contratos al pie de la letra.

El principio de conservación del acto, establece que “[s]i el autor o partes de un acto jurídico han manifestado su voluntad en orden a producir consecuencias jurídicas, la ley entiende que esa voluntad, en lo posible, debe preservarse” (Court Murasso, 2009, p. 143).

Este principio se encuentra sustentado, en que

no obstante la potencial imperfección del proceso de formación o de ejecución del contrato, las partes suelen estar interesadas en mantener éste vigente, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo toda una fase negociadora, con la consecuente pérdida de tiempo y dinero (Serrano Acitores, 2010).

En este sentido, muchos ordenamientos jurídicos han preferido la adecuación del contrato por el juez en el caso de excesiva onerosidad sobrevenida frente a la resolución. Este criterio, viene perdiendo fuerza, prueba de ello es que en los Principios Unidroit y Europeos de los Contratos ha cedido preeminencia, prefiriéndose la resolución contractual. Sin embargo, se le tiene en consideración en la presente investigación, por cuanto se encuentra presente en la redacción del remedio contractual peruano frente a la excesiva onerosidad.

En este sentido, no hay una ganancia en sí, sino una conservación de costos de transacción incurridos; en algunos casos pueden ser hundidos: tiempo, dinero y pérdida de chance. Los modos en que se puede traducir el costo del tiempo son innumerables; se pueden enumerar, entre otros, los siguientes: el tiempo empleado en responder una oferta, examinar los “avisos económicos” del periódico, el tiempo que significa un proceso de licitación o de subasta, el tiempo que demanda un estudio de títulos, etc. Por su parte, el costo dinerario estará representado en buena cuenta, principalmente por los honorarios profesionales y las horas hombre para determinadas actividades, el costo de los avisos en el periódico, el costo de organizar una subasta o una licitación, entre otros. Y la pérdida de chance, estará constituida básicamente por la pérdida de oportunidad de otras ofertas que quizás no hayan resultado excesivamente onerosas.

Cabe señalar que quedan descartadas las instituciones del abuso del derecho y de la solidaridad como fundamento de la excesiva onerosidad; por cuanto respecto a la primera se tiene que “no hay duda de que quien exige el cumplimiento de lo prometido actúa en el ejercicio regular de un derecho [...] pues es propio de la naturaleza y espíritu del derecho la exigencia del cumplimiento obligatorio de las promesas” (Benavides Torres, 1990, p. 100). En cambio, el abuso del derecho por sí mismo significa un ejercicio extralimitado y

desnaturalizador de un derecho en el cual se simula una facultad (Ripert & Boulanger, 1988, p. 477). Exigir lo prometido a través del principio *pacta sunt servanda*, no constituye un abuso del derecho, en tanto, nadie puede ser obligado a renunciar a la prestación debida.

Finalmente, respecto de la solidaridad, cabe mencionar que el contrato tiene un carácter cooperativo no solidario (Anzola Gil, 2008, p. 811), en tanto existen intereses contrapuestos y una finalidad común, donde cada parte procura su bienestar propio. Por tanto, se está ante un juego cooperativo, cuando las partes intercambian información a efecto de procurarse un beneficio para cada uno y lograr sus objetivos; de esta manera, la negociación de buena fe antes de la celebración de un contrato se desenvuelve como un juego cooperativo de regateo, por ejemplo (Nash, 1950, p. 155).

V. AQUELLO QUE SE PUEDE SACRIFICAR

Corresponde ahora desarrollar los bienes jurídicos que son sacrificados con la intervención judicial del contrato por la causal de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación; estos son dos derechos y principios, la libertad contractual, la seguridad jurídica y la propiedad privada, los cuales están compuestos por derechos humanos de primera generación: la libertad personal, derecho a la propiedad privada y seguridad jurídica.

La libertad contractual es el derecho que protege la autonomía privada de las personas para determinar el contenido de sus contratos; de tal manera este derecho tiene dos vertientes, una positiva y otra negativa, la primera como protección frente al dirigismo e intervencionismo estatal en los contratos y la segunda como el deber del Estado de propiciar la libre contratación, proveyendo a las partes un marco jurídico e institucional que permiten su exigibilidad y respeto.

Por otro lado, se tiene la seguridad jurídica, el derecho que les garantiza a todas las personas que el Estado no variará sus situaciones jurídicas de forma arbitraria. Esto no significa de ninguna manera la inalterabilidad de las relaciones jurídicas, sino por el contrario que el Estado no variará de forma arbitraria e inesperada el cambio del marco regulatorio, proveyendo así a las personas una certeza sobre su situación económica.

Las personas tienen la expectativa de que el Estado respete aquello que pactaron en el contrato civil conforme a su libertad contractual y se cumpla conforme a la ley vigente, sin que se varíe su contenido o su cumplimiento. Las partes, contratan para tener una certeza sobre el intercambio económico.

Finalmente, conforme lo estableció el Tribunal Constitucional peruano, la propiedad privada cautela la inviolabilidad del contrato;¹² dado que, los

¹² Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley N.° 28047, 030-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 2 de diciembre de 2005). Recuperado el 7 de junio de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2004-AI.html>

contratos conforman el patrimonio de las personas junto con otros bienes, conforme lo afirma Marcel Planiol al definir al patrimonio como “el conjunto de derechos y de obligaciones pertenecientes a una persona apreciables en dinero” (Herrera Villanueva, 2014, p. 87).

En segundo lugar, se debe tener presente que hay costos en revisar un contrato y modificarlo adaptándolo a una nueva realidad, empezando por los gastos de negociación, celebración y ejecución del contrato; además de un desgaste psicológico propio de un escenario de conflicto y el decaimiento de las buenas relaciones que se pueden tener con la contraparte.

A esto se debe añadir, el costo del proceso judicial o arbitral, el cual implica honorarios de abogados, tasas judiciales, honorarios de los peritos, costos arbitrales, costos de la conciliación previa, tiempo invertido en asistir a audiencias o simplemente ir al juzgado a preguntar por el proceso.

Por último, y en este sentido, se tienen los costos propios de la administración de justicia; si no es barato para las partes iniciar una acción de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación, menos lo será para el órgano jurisdiccional.

VI. RESULTADO Y BALANCE DEL ANÁLISIS COSTO BENEFICIO REALIZADO

En primer lugar, a través del balance de derechos realizado, se tiene que evidentemente son sacrificadas la libertad contractual, la libertad en el ejercicio del derecho de acción, la seguridad jurídica y el derecho de propiedad, que contienen derechos humanos de primera generación, en favor de lograr la equidad, mantener la buena fe contractual y conservar el contrato, que tienen un tratamiento infraconstitucional. Es evidente que el articulado del Código Civil peruano actual ha optado por restringir derechos con reconocimiento constitucional en favor de otros con un reconocimiento legal. Forzar a la parte afectada a optar por una acción revisora es mucho más vulneratorio que brindarle la opción de escoger entre la resolución y la revisión.

La posibilidad de revisar los contratos no los hace menos exigibles, pero sí genera un incentivo al comportamiento oportunista, donde habrá partes que aprovechándose de las limitaciones de recursos y conocimientos de los jueces promoverán procesos de revisión contractual, que muy probablemente serán resueltos al mejor parecer del juez. La equidad también está relativizada en este caso, dado que los jueces no necesariamente a través de su intervención restablecerán el equilibrio contractual (los juzgadores carecen de la misma información que poseen las partes), incluso podrían generar un nuevo desequilibrio o agravar el existente (Bullard González, 2010, p. 369).

Por último, la conservación del contrato, pierde su sentido si su funcionalidad económica decae; es decir, si se vulnera la libertad contractual de una de las partes, no se restablece oportunamente el equilibrio contractual y se

genera en el mercado una sensación de inseguridad jurídica, pierde sentido la conservación de los contratos, más aún cuando su prevalencia justifica la supresión de la libertad de acción de la parte perjudicada con la excesiva onerosidad. Por todos estos motivos, se puede concluir que la intervención contractual muy probablemente puede generar más daño a bienes jurídicos de relevancia y al mercado; por lo que es preferible optar por un remedio contractual de resolución que es menos lesivo a la libertad contractual y a la seguridad jurídica, y que solamente agravia el criterio de conservación del contrato, que viene perdiendo fuerza en la legislación internacional unificada.

En segundo lugar, los costos que implica la revisión contractual por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación exceden a los de conservación del contrato, principalmente los referidos a su judicialización. Por esta razón se puede afirmar, que no se logra un óptimo de Kaldor – Hicks (por supuesto, tampoco de Pareto) con la judicialización de los casos litigiosos de excesiva onerosidad.

Debe tenerse en cuenta, que el remedio de la resolución contractual es más eficiente en comparación con la revisión contractual. De esta manera, sólo se alcanzaría un modelo de eficiencia óptima de Kaldor – Hicks a través de una renegociación promovida por la amenaza de una sanción judicial como es la resolución contractual. Este modelo de eficiencia óptima de Kaldor – Hicks demuestra que, es posible alcanzar la corrección del desequilibrio contractual por medios extrajudiciales.

En este orden de ideas, el proceso de revisión judicial del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación conlleva costos transaccionales y judiciales altos, por lo que en aplicación de la segunda directiva del teorema de Coase debe adoptarse una fórmula legislativa que reduzca dichos costos, a efecto de incentivar la solución entre las partes o facilitar la actuación judicial. La resolución contractual como opción resulta pues perfecta, porque es una sanción que incentiva a las partes a renegociar su contrato siempre que lo valoren o facilita la actividad del juzgador, a liberarlo de elaborar un nuevo esquema contractual al momento de sentenciar. De esta forma se cumple el teorema normativo de Coase, por el cual la norma debe incentivar la solución transaccional de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

Anzola Gil, M. (2008). Análisis económico del contrato. En Legis, *Los contratos en el derecho privado* (págs. 809-818). Bogotá: Legis Editores.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* (Segunda ed., Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.

- Benavides Torres, E. (1990). *La excesiva onerosidad de la prestación*. Lima: Cultural Cuzco.
- Bullard González, A. (2010). *Derecho y economía* (Segunda ed.). Lima: Palestra.
- Cárdenas Mejía, J. P. (2008). Justicia y abuso contractual. En Legis, *Los contratos en el derecho privado* (págs. 693-720). Bogotá: Legis Editores.
- Chiassoni, P. (2013). *El análisis económico del derecho* (Primera ed.). Lima: Palestra Editores.
- Cooter, R., & Ulen, T. (2008). *Derecho y economía* (Segunda ed.). (E. Suárez, Trad.) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Court Murasso, E. (septiembre de 2009). *Curso de derecho civil: Teoría general del acto jurídico*. Recuperado el 2016 de enero de 22, de Scribd: <https://es.scribd.com/doc/92340284/Teoria-general-del-acto-juridico>
- Mantilla Espinosa, F., & Ternera Barrios, F. (2008). Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato. En Legis, *Los contratos en el derecho privado* (págs. 319-324). Bogotá: Legis Editores.
- Messineo, F. (1979). *Manual de derecho civil y comercial* (Primera ed., Vol. I). (S. Sentis Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Vol. IV). (S. Sentis Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- (1986). *Doctrina general del contrato* (Vol. I). (S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Posner, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. (V. Roca Pérez, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- (2013). *El análisis económico del derecho* (Segunda ed.). (E. Suárez, Trad.) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Ramírez Jiménez, N. (1987). Excesiva onerosidad. En M. De la Puente y Lavallo, & J. Muñoz Ziches, *Temas de Derecho Contractual* (Primera ed., págs. 206-275). Lima: Cultural Cuzco.

* * *