

¿PERICULUM EST DUBITABILIS? ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL PAPEL DEL RIESGO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA*

José Juan Haro Seijas**

La Teoría del Riesgo debe ser uno de los temas que más se repiten dentro de las aulas universitarias. Sin embargo, pocas veces se llega a un estudio concreto que revele los verdaderos alcances de esta institución dentro de nuestra legislación, más allá de simples aproximaciones abstractas y generales.

¿Debe el Código Civil establecer la presunción de responsabilidad subjetiva general en el sistema contractual o debe analizar el riesgo considerando una perspectiva distinta?

A lo largo del presente artículo, el autor, utilizando diferentes aproximaciones como la del análisis económico del Derecho, el Derecho Comparado y una serie de casos puntuales, se acerca nuevamente a esta figura, dejándonos de paso una interesante propuesta.

* Para Patricia, Miguel, Javier y Christian, con nostalgia de los tiempos vividos en la conducción de THEMIS. Y para la actual generación, con la admiración de quien descubre día con día que es inagotable la capacidad de superarse a uno mismo.

** Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Abogado. Master en Derecho por la Universidad de Chicago. Profesor de Contratos, Derecho de la Competencia y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En la segunda mitad del año 1992 habría de confrontarme por primera vez con la teoría del riesgo. Me aprestaba, entonces, a cursar el tercer ciclo de la carrera de Derecho y había decidido tomar “Obligaciones” con el doctor Carlos Cárdenas Quiroz quien, por ostentar el raro privilegio de haber asesorado a la Comisión Reformadora del Código Civil desde los veintiún años, por el vasto trabajo académico que ya para entonces había realizado, pero también por la severidad que mostraba en la calificación de sus exámenes, se encontraba precedido de fama suficiente como para atraer a los estudiantes interesados en la materia que mostrarán una particular proclividad por las actividades peligrosas. Debo confesar ahora que la decisión que en aquel momento adoptamos un conjunto bastante nutrido de estudiantes fue acertada. Al menos para mí, terminó por delinear una opción profesional que me ha conducido desde entonces por los caminos del Derecho Privado, a los que nunca pensé en aproximarme cuando ingresé a la Facultad de Derecho con el expreso propósito de convertirme en penalista. Y debo admitir también, para que mi interés personal por el tema que me propongo discutir en este ensayo quede perfectamente delineado que, aunque no guardo claro recuerdo de la clase en la que el doctor Cárdenas nos transmitió por primera vez las nociones fundamentales sobre la teoría del riesgo, en el curso de mi itinerario por las aulas universitarias, tanto como alumno como profesor, habría de comprobar una y otra vez cómo así las ideas de mi profesor de Obligaciones habían quedado para siempre registradas en el conjunto de mis incipientes conocimientos.

El semestre siguiente, esta vez en el curso de Contratos que tenía a su cargo el doctor Hugo Forno Flórez, la teoría del riesgo habría de ser convocada nuevamente por tan distinguido profesor y no podría evitar entonces que mi memoria se desplazara hacia el ciclo inmediatamente anterior para recuperar con relativa facilidad lo que en ella había sido impreso. La experiencia se repetiría nuevamente un ciclo después, en el curso de Contratos Típicos I que, con dedicación poco usual en aquellos tiempos, habría de ser impartido a mi generación por el doctor Miguel Torres Méndez.

Al evocar episodios tan gratos de mi paso por la Pontificia Universidad Católica del Perú no intento tanto justificar ante el lector la importancia que puede tener el asunto que me propongo discutir aquí (que, como se observará seguidamente, poco tiene que ver realmente

con la teoría del riesgo) cuanto poner en evidencia el hecho mismo de que, por decir lo menos, resulta absolutamente inusual que una figura jurídica como esta teoría hubiera recibido (y continúe recibiendo hasta el día de hoy, me atrevería a decir) una atención tan especial en nuestro proceso educativo. Estoy seguro de que ello no se debe a una elección consciente. Como la explicación más sencilla es siempre la mejor, pienso que quizá pueda atribuirse a la usanza de los profesores de Derecho Privado en nuestro país quienes, por una o por otra razón, nos sentimos naturalmente inclinados a seguir la secuencia del Código Civil y solemos resistirnos a considerar debidamente cumplido el encargo que la Facultad nos ha conferido sino hasta el momento en que adquirimos la certeza de que todas las normas que nuestro codificador dedicó a cada una de las materias que componen el campo de estudio han sido debidamente interpretadas y sometidas a crítica en clase. Ocurre que la teoría del riesgo aparece mencionada, algunas veces de modo directo y otras por implicación, tanto en el Libro de las Obligaciones, cuanto en las secciones dedicadas a los contratos en general y a los contratos nominados del Libro de Fuentes de las Obligaciones; sobre los que versan, respectivamente, los cursos de Obligaciones, Contratos y Contratos Típicos (que, en la Universidad Católica, se denomina ahora “Contratos Especiales”)¹. Es, pues, la ubicación sistemática de las normas y la inveterada costumbre de “perseguir” al Código como si de un plan de clases se tratara lo que ha llevado a que una hipótesis que no resulta tan relevante como uno podría pensar en principio merezca tanta atención en el proceso de formación de los futuros abogados del Perú.

Transcurridos más de diez años de mi primera aproximación al tema, estimo que la dedicación que recibe en nuestras clases la teoría del riesgo es no sólo inmerecida sino que además resulta perjudicial en cuanto induce a los estudiantes a desviarse de la problemática del riesgo en general, que –como nos proponemos demostrar en las líneas que siguen– atraviesa horizontalmente un importante conjunto de instituciones relacionadas con la contratación privada. Por supuesto que –más allá de su pomposo nombre– la teoría del riesgo no describe sino un supuesto muy específicamente delimitado. Se trata, como es bien sabido, del caso que se presenta en la ejecución de contratos de prestaciones recíprocas, cuando una de las prestaciones se hace imposible sin culpa de las partes, pero la contraprestación todavía puede ejecutarse. Y lo que en tal hipótesis intentan dilucidar nuestras normas legales es cuál de las partes debe asumir “el riesgo”,

¹ Al hablar de “mención directa” me refiero, como es de suponerse, a las normas contenidas en el inciso 5 del artículo 1138 y en el artículo 1431 del Código Civil. La mención indirecta, que es aprovechada usualmente por los profesores de Contratos Típicos (o Especiales) para reintroducir la discusión, se encuentra en la regulación sobre la transferencia del riesgo de la cosa en la compraventa, que corre entre los artículos 1567 y 1570 del Código Civil.

término que, las cosas rectamente entendidas, se hace sinónimo en ese supuesto del “riesgo de imposibilidad sobreviniente de la prestación”. Ciertamente es, en definitiva, que los riesgos que las partes asumen normalmente en relación con un contrato exceden largamente los estrechos límites de la teoría del riesgo. Al celebrar un contrato, los privados deben ser conscientes de que una serie de eventos de posible ocurrencia podrían afectar el modo en que el contrato será cumplido o (acaso) incumplido. El bien materia de la compraventa podría no sólo perderse ineluctablemente, sino que también sería posible que fuera materia de una abultada apreciación o depreciación en el mercado que pudiera alterar la inclinación de las partes a dar ejecución a sus compromisos. El costo de construcción de una obra contratada previamente podría incrementarse no sólo debido a fluctuaciones en los precios sino también como efecto de otras circunstancias no controlables por los contratantes: huelgas, ataques terroristas, incendios, etc. Quien haya contratado alguna vez, habrá de reconocer casi intuitivamente que contratar es, entre otras cosas, el arte de distribuir adecuadamente entre las partes los riesgos que podrían afectar a la transacción. No obstante ello, es muy poco lo que los juristas peruanos han elaborado sobre el riesgo en general y ésta es, a mi juicio, una de aquellas omisiones que conviene subsanar.

Con el único propósito de contribuir a la discusión sobre un asunto que se me antoja de la mayor relevancia, me ha parecido recomendable dividir el presente artículo en cuatro secciones. En la primera de ellas intento explicar cómo es que nuestro codificador construyó un sistema de responsabilidad contractual fundado en la noción de diligencia y

prevención, omitiendo la consideración de que en materia contractual resulta absolutamente recomendable asignar responsabilidad también sobre la base de la capacidad que una de las partes tiene para enfrentar de mejor forma los riesgos vinculados a la transacción. La segunda parte del trabajo analiza algunas instituciones de nuestro Código Civil y demuestra cómo, no obstante la consciente apuesta del codificador por un sistema subjetivo de responsabilidad, la legislación peruana admite supuestos en los que la responsabilidad se atribuye objetivamente, sobre la base del riesgo. La tercera parte del trabajo discurre sobre la naturaleza recíproca del problema del riesgo y desnuda el equívoco en el que se sustenta la concepción extendida en nuestro país según la cual la regla *periculum est debitoris* (el riesgo es del deudor) constituye el precepto “más justo” que pueda imaginarse para resolver la hipótesis de la teoría del riesgo. En la última sección delinea algunas conclusiones que podrían orientar la investigación en torno a la responsabilidad contractual en el Perú.

1. LA DIFERENCIA ENTRE “PRECAUCIÓN” (O “PREVENCIÓN”) Y “RIESGO”

Como es harto conocido, los artículos 1314 y 1321 del Código Civil peruano definen un sistema de responsabilidad contractual de corte subjetivista². Bajo nuestro texto legal, sólo resulta responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento tardío o defectuoso quien actúa con dolo o culpa. A diferencia del sistema anglosajón³ o de ciertos ordenamientos que en la familia romano-germánica reconocen, aunque fuera con restricciones, regímenes objetivos de responsabilidad

² Código Civil. Artículo 1314.- “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Artículo 1321.- “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve...”. Desarrollando el contenido del precepto, el ponente del Libro de Obligaciones en la Comisión Reformadora ha afirmado lo siguiente: “La norma se refiere a la causa no imputable, es decir a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa”. Posteriormente, el mismo autor ha sostenido lo que a continuación se transcribe: “El principio general, en conclusión, es que el deudor sólo debe demostrar su conducta diligente para quedar exonerado de responsabilidad”. OSTERLING, Felipe. “Las obligaciones”. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988. pp. 198-202.

³ La inclinación objetivista del *common law* en materia de incumplimiento contractual se encuentra ampliamente reconocida. Ratificando que los casos en los que se admite excusar el incumplimiento son más bien excepcionales en las cortes anglosajonas, Richard Posner ha intentado explicar el mayor rol que la responsabilidad objetiva cumple en el derecho contractual en su sistema, por oposición a lo que ocurre en el ámbito extracontractual, en el que la culpa constituye la regla general. Sostiene Posner: “La diferencia [entre uno y otro sistema] puede reflejar la mayor disponibilidad de seguros para casos de responsabilidad extracontractual (y, en consecuencia, el menor valor de proveer aseguramiento a través del sistema legal) y el hecho de que en los casos de contratos existe menos probabilidad que en los casos de responsabilidad extracontractual de que la disputa tenga que ver con eventos infortunados que cualquier parte hubiera podido prevenir (...) Ordinariamente una de las partes contratantes es la ejecutante y la otra la pagadora. La primera tiene completo control sobre el cumplimiento, la segunda completo control sobre el pago. La presunción es en consecuencia que el incumplimiento es evitable a menor costo por el promitente que por el promisorio, o si no es evitable, sí asegurable por el primero a menor costo. En cambio, la mayor parte de las situaciones de responsabilidad extracontractual tratan de colisiones entre dos actividades, como manejar y caminar, y no existe base para una presunción general, tal que pudiera sostener una regla general de responsabilidad objetiva, de que el dañador estaba en mejor posición que la víctima para haber evitado la colisión”. POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. Quinta edición. New York: Aspen. 1998. p. 197.

Sobre el tradicional punto de vista anglosajón resulta particularmente interesante considerar los siguientes pasajes del clásico libro de Oliver Wendell Holmes: “Las consecuencias de una promesa vinculante en el *common law* no son afectadas por el grado de poder que el promitente tenga sobre el evento prometido. Si el evento prometido no llega a ocurrir, la propiedad del demandado es vendida para cubrir los daños, con ciertas limitaciones, que la contraparte ha sufrido por el incumplimiento. Las consecuencias son del mismo tipo ya sea que la promesa fuera que lloverá mañana, o que otra persona pintará un cuadro, o que el mismo promitente entregará una paca de algodón.

Si la consecuencia legal es la misma en todos los casos, parece apropiado que todos los contratos sean considerados desde el mismo punto de vista legal. En el caso de una promesa vinculante de que lloverá mañana, el inmediato efecto legal de lo que promitente promete es que éste asume el riesgo del evento, dentro de ciertos límites definidos de mutuo acuerdo por el mismo con la contraparte. No ocurre nada distinto cuando promete entregar una paca de algodón”. HOLMES, Oliver Wendell. “The Common Law”. New York: Dover. 1991. pp. 299-300.

en materia contractual⁴, el codificador peruano ha considerado prudente conceder al deudor la posibilidad de exonerar su propio incumplimiento alegando que actuó con diligencia para producir el resultado buscado por el acreedor. Las implicancias prácticas de la opción legislativa se observan mejor con un ejemplo.

Supongamos que un transportista debe entregar un paquete con papeles que resultan muy importantes en un proceso civil. Para evitar cualquier discusión relacionada con la posibilidad de que el daño resulte (o no) indemnizable, asumamos además que el transportista conoce perfectamente la relevancia que tienen los documentos y ha sido informado que, para poder presentarlos como evidencia en el proceso, sería necesario que los entregara antes de una determinada fecha. Imaginemos ahora que el transportista incumple con la entrega oportuna de los documentos debido a que una de las llantas del vehículo que utilizaba para ejecutar su prestación resultó pinchada y no contaba con una llanta de repuesto. La respuesta a una hipótesis de este tipo resulta casi intuitiva: el transportista es responsable porque pudo haber evitado la entrega tardía si es que hubiera tomado medidas de prevención razonables dadas las circunstancias; o, lo que es lo mismo, es responsable debido a su negligencia.

La contraposición de los conceptos de culpa y diligencia se evidencia en el Perú de una simple lectura del artículo 1320 del Código Civil. Con arreglo a dicha norma,

“actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Aunque la noción jurídica de diligencia no aparece explícitamente desarrollada en nuestra codificación civil, el término es lo suficientemente comprensible en el lenguaje cotidiano como para considerar confiable la definición provista por la Real Academia de la Lengua Española, de acuerdo con la que la diligencia alude al “cuidado y actividad en ejecutar algo”⁵.

La doctrina romano-germánica ha abundado, además, en la definición teórica del concepto. Como detalla Corsaro: “La culpa es entendida como la voluntad de la lesión del derecho del otro (dolo), o bien como la negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglas de conducta, que califican un comportamiento como dañoso, llevado a cabo sin la específica voluntad de dañar a otros (culpa en sentido estricto o propio); un estado particular del ánimo en relación con un hecho injurioso, esto es, una “notoria oposición a la ley, como una negligencia o imprudencia imperdonables”⁶.

Lo que las definiciones antes anotadas no proporcionan, como puede observarse fácilmente, es un estándar para distinguir los casos en los que la adopción de precauciones es exigible (de modo que si tales prevenciones no fueran adoptadas se incurriría en negligencia) de aquellos en los que las medidas de cuidado no son exigibles⁷. La utilidad

⁴ En el ordenamiento italiano, el artículo 1218 del Codice Civile (“el deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retardo han sido determinados por la imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él”) y las ideas de Giuseppe Osti, el artífice de las disposiciones sobre contratos del mencionado cuerpo normativo, han servido a un muy relevante sector de la doctrina para defender la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad en materia de inejecución de obligaciones y para sostener que la “causa no imputable” (esto es, la ausencia de culpa) cumple un muy limitado propósito en tal sistema jurídico, dado que sólo exonera al deudor de responsabilidad en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación. De ello da cuenta VISINTINI, Giovanna. “Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil”. Traducción, edición y notas de LEÓN HILARIO, Leysser. Lima: ARA. 2002. p. 93.

La tesis subjetiva se ha defendido en Italia sobre la base de lo establecido en el artículo 1176 del Codice, en el que se prescribe que “en el cumplimiento de la obligación el deudor debe emplear la diligencia del buen padre de familia”, y en otros preceptos (particularmente, el contenido en el artículo 2236 del Codice) que hacen expresa referencia a la culpa. Algún sector de la doctrina ha sabido recurrir a la tradicional distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, formulada por Demogue en los años veinte, para postular que sólo en la primera categoría adquiere la diligencia relevancia como contenido de la prestación ex-artículo 1176 del Codice, mientras que en la segunda la responsabilidad debe seguirse objetivamente de la simple demostración del cumplimiento inexacto. Cfr. FRANZONI, Máximo. “La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado”. En: ALPA y otros. “Estudios sobre la responsabilidad civil”. Traducción y edición a cargo de LEÓN HILARIO, Leysser. Lima: ARA. 2001. p. 382; quien en su sistema jurídico considera manifiesto –en tesis que parece compartir Giovanna Visintini en lo sustancial– que el régimen de responsabilidad es objetivo en cuanto toca a las obligaciones de resultado y subjetivo en lo relativo a las obligaciones de medios.

En el ordenamiento germano, por su parte, las modificaciones introducidas en el Código Civil por la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones) que entró en vigor el 1 de enero de 2002, han dejado firmemente encuadrado el precepto contenido en el artículo 276 del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) según el cual “el deudor es responsable por actos u omisiones deliberados y negligentes, a menos que la existencia de un grado más estricto o menos estricto de responsabilidad haya sido establecido o deba inferirse del contenido de la obligación, en particular del otorgamiento de una garantía o de la asunción de un riesgo”; norma que –como puede observarse– si bien reconoce la responsabilidad por culpa como regla general en materia de incumplimiento, admite regímenes objetivos cuando deba estimarse que el deudor otorgó, explícita o implícitamente, una garantía (término que aquí debe entenderse en el sentido tradicional de “prestaciones de garantía”, como las que contrae una empresa de seguros frente a sus asegurados) o asumió un riesgo. Para una explicación más detallada sobre la noción de “prestaciones de garantía” –término que designa en general a las situaciones jurídicas que suponen la asunción de una garantía por riesgos– puede consultarse: FORNO FLÓREZ, Hugo. “Precisiones conceptuales en torno a la promesa del hecho ajeno”. En: *Advocatus* 4. Año 3. 1992. p. 50; y BETTI, Emilio. “Teoria Generale delle Obligatione”. Vol. I. Milán: Giuffrè. 1953. p. 44.

⁵ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésimo segunda edición.

⁶ CORSARO, Luigi. “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”. En: ALPA y otros. Op. cit., pp. 145-146.

⁷ La falta de un criterio claro para distinguir el comportamiento diligente del negligente puede generar actitudes ineficientes en el deudor que, considerando la posibilidad de que ciertas precauciones, aún siendo económicamente adoptables, sean entendidas por el juez como extrañas a la obligación de diligencia, puede verse inducido a conformarse simple y llanamente con seguir a pie juntilla las medidas tradicionales de cuidado o a actuar de un modo menos cuidadoso que el potencialmente alcanzable. Ver, al respecto: TRIMARCHI, Pietro. “Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual”. En: THEMIS-Revista de Derecho 29. Segunda Época. 1994. p. 98.

de la definición de un estándar que permita trazar una clara línea divisoria es innegable cuando se tiene en cuenta que, si es que no existieran restricciones presupuestarias y no fuera necesario efectuar un análisis-costo beneficio en cada caso, cualquier potencial daño podría ser evitado mediante la adopción de alguna prevención⁸. Para demostrarlo, basta con retornar a nuestro ejemplo original y preguntarnos si la conclusión intuitiva que habíamos formulado a favor de la responsabilidad contractual debería mantenerse si en lugar de haberse pinchado una llanta se hubieran pinchado las cuatro. Nótese que, al igual como ocurría en la hipótesis que propusimos líneas arriba, la entrega tardía también podría ser evitada en este caso si es que el transportista contara con neumáticos de repuesto, aunque ahora éstos deberían ser cuatro. Si para establecer que un individuo actuó con negligencia bastara con demostrar que éste podría haber evitado el accidente adoptando alguna medida de cuidado, la imputación de responsabilidad bajo la regla de la culpa resultaría pocas veces controvertida. Ese no es, por cierto, el criterio que propone nuestro Código Civil: cualquier indagación sobre el nivel de diligencia de un sujeto debe considerar “la naturaleza de la obligación” y “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Encuadrados en el marco delineado por los antes referidos parámetros, a nuestro parecer resultaría inapropiado que se adjudicara responsabilidad en un sistema subjetivo como el nuestro bajo el argumento de que el transportista podría haber tomado la precaución de contar con cuatro llantas de repuesto. Tal nivel de cuidado parecería inexigible en un mundo en el que la posibilidad de que los cuatro neumáticos se pinchen al mismo tiempo es bastante remota y en el que, por lo tanto, una prevención de tal naturaleza parecería incongruente con “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Por supuesto que sería posible alegar en sentido contrario y sostener que si se tomara en cuenta la tremenda relevancia de los documentos cualquier medida de cuidado parecería justificable, pero una propuesta de ese tipo no parece admisible puesto que –por esa vía– podríamos terminar aceptando que el transportista estaba obligado a comisionar dos vehículos, uno para el cumplimiento

del encargo y el otro para cubrir cualquier contingencia que pudiera presentarse.

En la jurisprudencia del *common law* el estándar de la culpa (más precisamente, de la diligencia exigible) fue formalizado con mayor precisión por el juez Learned Hand, aunque con ocasión de una disputa sobre responsabilidad extracontractual, en el famoso caso *United States v. Carrol Towing Co.*⁹. La regla propuesta en tal caso –conocida como la fórmula de Hand en memoria de su autor– postula que un individuo incurre en negligencia únicamente en el supuesto en el que el costo de la medida de cuidado (que llamaremos “*c*”) es inferior al “costo esperado de un evento dañoso” (o “*pD*”), siendo *pD* la resultante de multiplicar la probabilidad de ocurrencia del daño (o “*p*”) por la magnitud de tal daño en el caso de suscitarse (o “*D*”). Aunque Hand nunca formalizó su razonamiento en términos matemáticos, los textos más difundidos de Análisis Económico del Derecho coinciden en puntualizar que –bajo criterios económicos– existe culpa (o negligencia) cuando $c < pD$, mientras que no la hay cuando $c > pD$ ¹⁰.

Sin dejar de reconocer la necesidad de efectuar ajustes en el modelo propuesto en el párrafo precedente a fin de encontrar soluciones más consistentes con la racionalidad económica, la intuición básica tras la fórmula de Hand puede ayudarnos a explicar con relativa sencillez por qué puede estimarse que existe negligencia cuando se pincha una sola llanta y no se cuenta con un repuesto y debe concluirse que no hay culpa cuando son cuatro las llantas afectadas. La distinción tiene que ver, como resulta evidente, con la mayor o menor probabilidad de ocurrencia del evento dañoso (*p*): la posibilidad de que se pinche una llanta es relativamente más alta que la probabilidad de que se pinchen las cuatro. Contar con una llanta de repuesto resulta tan razonable que todos los vehículos que se producen el día de hoy vienen con el repuesto instalado desde fábrica. Instalar cuatro llantas de repuesto, en cambio, supondría un gran costo (*c*) en términos de espacio que no parecería justificado frente a la reducida probabilidad de que todos los neumáticos resulten afectados en un accidente.

⁸ En igual sentido, DE TRAZEGNIES, Fernando. “La responsabilidad extracontractual”. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990. p. 70: “Pero, en última instancia, todos los accidentes pueden evitarse; la diferencia está en el costo en que se incurre para evitarlos: hay accidentes que son evitables a un costo razonable y otros que sólo serían evitables a un costo excesivo. Por consiguiente, si el principio subjetivo establece que sólo se incurre en culpa por negligencia cuando no se ha adoptado una precaución de costo razonable, era necesario cuantificar la razonabilidad; en otras palabras, había que determinar hasta cuánto un hombre razonable debe gastar en precauciones para evitar un accidente”.

⁹ 159 F2d 169 (2nd Circ. 1947).

¹⁰ Aunque reconocen la intuición económica en la regla, Landes y Posner critican la formulación en estos términos porque sitúa el problema en términos absolutos y no en términos marginales. Señalan los autores, en opinión que compartimos, que lo que importa no es la confrontación del monto total del daño potencial con el costo total de la prevención, sino más bien la evaluación conjunta de los beneficios marginales de la adopción de la medida de cuidado bajo análisis (lo que supone determinar cuánto se reduce el costo potencial del daño con la introducción de una cierta precaución) y los costos marginales de la prevención. Otra forma de expresar la crítica es sostener que lo que interesa no es tanto que el valor absoluto de *c* sea superior o inferior a *pD*, sino que de lo que se trata es de minimizar el costo social del evento dañoso, lo que supone exigir que el potencial causante de un daño elija el nivel de precauciones que minimice $c + pD$. Para una explicación más detallada de este refinamiento en el análisis, puede consultarse: LANDES, William y Richard POSNER. “The Economic Structure of Tort Law”. Cambridge: Harvard. 1987. pp. 87-88.

En un sistema de responsabilidad contractual objetivo, el transportista debería responder aun cuando no hubiera podido evitar el daño mediante la adopción de precauciones razonables. Bastaría con constatar que los documentos no fueron entregados oportunamente para obligar al deudor a pagar una indemnización por los daños causados, sin importar que el incumplimiento haya sido originado por la pinchadura de una o de cuatro llantas. Es verdad que los criterios de imputación objetiva admiten normalmente defensas relacionadas con la imposibilidad sobrevenida de la prestación (de modo que la responsabilidad queda exonerada si el deudor puede probar que el comportamiento comprometido no resultaba objetivamente ejecutable), pero no es menos cierto que en la realidad económica –ya sea dentro de los límites del sistema de responsabilidad civil o fuera de éstos– es posible identificar supuestos en los que la obligación de asumir el peso económico del daño resulta inexcusable y en los que, de esta forma, puede afirmarse que el riesgo de no consecución del resultado querido por una parte se hace recaer íntegramente en la otra.

Piénsese, para empezar con las situaciones más evidentes, en el contrato de seguro, en el que una de las partes –la compañía aseguradora– se obliga a cubrir los daños en el supuesto que la otra –el asegurado– sufra un siniestro perfectamente determinado. No se encuentra objeción en este caso a aceptar la tesis de que, no obstante que la producción del evento se encuentra totalmente fuera del control de la compañía aseguradora, es perfectamente válido que ésta asuma el riesgo del siniestro y soporte el peso económico de un daño que ninguna medida de cuidado de su parte hubiera podido evitar. Es verdad que el caso de los seguros excede *stricto sensu* el problema de la responsabilidad objetiva porque el pago de la “indemnización” por la compañía aseguradora no supone la existencia de un incumplimiento previo sino más bien la ejecución de una garantía otorgada. No obstante ello, con el análisis de otras figuras contractuales podrá verse cómo es que lo único que distingue los casos de mero otorgamiento de garantía de los verdaderos supuestos de responsabilidad objetiva es que en estos últimos la garantía –con el límite o no de la imposibilidad sobrevenida, dado que ésta no tiene por qué ser absoluta– viene otorgada por el propio deudor. Más allá de estos refinamientos, en general es perfectamente imaginable que las partes en un negocio

convengan en pagar una cierta indemnización o en ejecutar algún otro remedio cuando el resultado esperado por la contraria no se alcance a pesar de haberse adoptado todas las precauciones razonables para la consecución del fin querido.

Una hipótesis muy interesante es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, regulada en los artículos 1470 y siguientes de nuestro Código Civil, respecto de la que se admite explícitamente, como ocurre en los contratos de seguro, que una de las partes (el promitente) se obligue a pagar una indemnización a la otra (el promisario) en el caso que un cierto evento querido por esta última no se verifique, lo que, por supuesto, ocurrirá con prescindencia de todas las gestiones que –de considerarlo necesario– podría haber desplegado el promitente frente al tercero para inducirlo a ejecutar el hecho prometido. Y si es perfectamente posible que un privado asuma el riesgo de que un evento ajeno por completo a su esfera jurídica ocurra (o no ocurra), parecería absurdo que se objetara la posibilidad de que cualquier persona convenga en asumir objetivamente el riesgo de que un determinado evento usualmente bajo su control (este es el caso de la ejecución de una prestación en una relación obligatoria) no llegue a producirse, con prescindencia de la causa a la que esto pueda atribuirse¹¹. La realidad nos ofrece, una vez más, una serie de situaciones como la que aquí se propone.

Un buen ejemplo –al que nos referiremos con mayor atención posteriormente– viene dado por las garantías de consumo que, bien vistas las cosas, constituyen estipulaciones contractuales insertas en contratos de compraventa por las cuales una de las partes (el proveedor) asume, en un inobjetable caso de responsabilidad objetiva, la obligación de reparar o sustituir el bien que ha vendido en el caso que éste sufra algún desperfecto. Nótese cómo es que la garantía compele a la reparación o sustitución por el proveedor sin importar que éste haya puesto toda la diligencia posible en la fabricación del bien y, siendo ello así, la cobertura debe otorgarse con prescindencia de que se haya actuado (o no) negligentemente en el cumplimiento. Que se afirme tal cosa no implica, por cierto, que la adopción de un criterio de imputación objetivo no sea capaz de inducir al proveedor a adoptar precauciones, sino todo lo contrario: como quiera que el proveedor deberá remediar siempre el defecto del producto, tendrá incentivos suficientes para invertir en medidas de cuidado (c) hasta el punto en que se minimice

¹¹ En la misma línea apunta el ejemplo propuesto por Hugo Forno: “Piénsese en el caso de un médico. El paciente requiere de una intervención quirúrgica muy delicada y el médico se obliga a practicarla. Esto constituye una obligación con prestación de hacer (de medios), en cuya ejecución debe poner todos sus conocimientos y aptitudes. Pero el médico no puede prometer que como consecuencia de su obrar se obtendrá la curación del paciente porque en el proceso intervienen factores externos e incontrolables para él. Precisamente en esto consiste el riesgo que pesa sobre el paciente porque es posible que a pesar de la inobjetable intervención del médico, el paciente muera. Entonces, si el médico promete la curación del paciente lo que en realidad está haciendo es otorgarle una garantía de ese resultado incierto asumiendo el riesgo de que no se obtenga el resultado esperado. Si esto ocurre, el médico tendrá que pagar una indemnización (eventualmente a los herederos del paciente)”. FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. cit., p. 49. El supuesto de una obligación de medios a la que se añade una prestación de garantía respecto del resultado no controlable por el deudor constituye a nuestro juicio (al menos en sustancia) un verdadero caso de responsabilidad objetiva.

$c + pD$. Los defectos que no puedan ser evitados con tal nivel de prevención constituyen parte del riesgo puro asumido por el proveedor, dado que éste deberá pagar de cualquier forma la indemnización¹².

De una u otra forma, todos los contratos comprenden al mismo tiempo “elementos de prevención” y “elementos de riesgo”. Si las partes pudieran redactar un contrato perfecto¹³ de modo que el peso económico de todas las contingencias que pudieran afectar la relación se hicieran recaer en una o en la otra, algunas veces la asignación podría justificarse sobre la base de un criterio de “prevención” bajo el entendido de que la parte a la que se hace soportar la contingencia está en mejor posibilidad de adoptar precauciones para evitar el daño¹⁴. Otras veces, en cambio, la asignación debería justificarse bajo criterios de “puro riesgo”: aunque la parte que lo soporta no pueda finalmente adoptar precauciones para evitar el evento dañoso, sí puede estar en mejor aptitud para estimar su magnitud o para diluir su peso económico¹⁵.

Los contratos de mensajería, lo mismo que los contratos de transporte, pueden estructurarse de modo tal que el riesgo no evitable¹⁶ de pérdida de los bienes transportados (supuesto que, de un modo lato, puede calificarse como incumplimiento del contrato) se haga recaer indistintamente en una parte o en la otra. Piénsese por un momento en las distintas modalidades de servicio que ofrecen empresas de *courier* como DHL o Federal Express. Si el consumidor no está particularmente interesado en un servicio rápido y si no tiene inconveniente en asumir el riesgo de que sus bienes se pierdan en el curso del viaje por un evento externo incontrolable por el proveedor, puede elegir libremente el servicio básico que normalmente ofrece este tipo de empresas. Si el cliente desea, en cambio, que el proveedor se comprometa a transportar las mercaderías con particular rapidez y asuma además el costo de la pérdida sin limitación de ninguna especie, es perfectamente posible elegir un servicio que –por una contraprestación más elevada– proporcione precisamente esas características. En el extremo, es factible incluso que el cliente elija coberturas variables

dependiendo del valor de la mercadería cuyo transporte encarga (a la usanza de un seguro común y corriente)¹⁷.

Las distintas opciones que el mercado ofrece en relación con los servicios de *courier*, pero también en lo relativo a otras manifestaciones contractuales (contratos de obra, contratos de corretaje, contratos de asesoría financiera, etc.), dejan al descubierto una serie de cuestiones que parece absolutamente atinado considerar en lo tocante al modo en que los privados asumen el peso económico de eventos contingentes. En primer lugar, la distribución de los riesgos (y en este aspecto no nos estamos refiriendo únicamente al riesgo de incumplimiento) no siempre es homogénea entre tipos contractuales: de la misma forma en que puede imaginarse un contrato de obra en el que el riesgo de elevación del precio de los insumos se haga recaer en el comitente, también es concebible que ese mismo riesgo sea asumido por el contratista. En segundo término, la asunción de un cierto riesgo por una de las partes supone un costo económico intangible cuyo valor puede ser estimado y que normalmente origina el incremento de la contraprestación exigida por quien asume el riesgo (o, cosa también probable cuando la contraprestación no resulta incrementada, genera una disminución correlativa del beneficio esperado del contrato para quien asume el riesgo). Finalmente, el requerimiento de que la contraparte asuma el riesgo no obstante la posible exigencia por ésta de una mayor contraprestación supone que existen circunstancias en las que un privado puede preferir pagar más por un bien o un servicio a condición de quedar liberado anticipadamente de un cierto evento dañoso que resulta contingente.

Para explicar cada una de estas cuestiones y definir sus implicancias en el diseño del sistema legal, es necesario adentrarse en la concepción económica del riesgo. Es verdad que, desde un punto de vista intuitivo, el riesgo puede definirse como la probabilidad de la ocurrencia de un daño a causa de la verificación (o no verificación) de un evento¹⁸ o, más sencillamente, como la contingencia o proximidad de sufrir un daño¹⁹. Desde un punto de vista técnico, los economistas prefieren

¹² Nótese cómo, en los casos de responsabilidad objetiva, es razonable tomar precauciones sólo hasta el punto en el que el costo marginal de una medida de cuidado se haga igual al beneficio marginal generado por dicha medida en términos de reducción del costo esperado de los accidentes. Cuando la adición de una nueva medida de cuidado genera más costos que beneficios, la decisión racional consiste en no invertir en tal medida y asumir –en su lugar– el riesgo del pago de una indemnización.

¹³ Se habla de “contrato perfecto” o “contrato completo” para aludir a un contrato cuyas estipulaciones cubren todas las contingencias que pueden afectar a la relación jurídica. Cfr. COOTER, Robert y Thomas ULEN. “Derecho y economía”. México: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 265-266.

¹⁴ Cuando la responsabilidad se asigna a la parte que puede adoptar precauciones a más bajo costo, suele decirse que la asignación responde al criterio del *cheapest cost avoider*.

¹⁵ Cuando la responsabilidad se asigna a la parte que se encuentra en mejor capacidad de estimar la magnitud del riesgo o de diversificarlo y, por tanto, puede asegurar el evento a más bajo costo, el criterio económico que se emplea es el del *cheapest risk bearer*.

¹⁶ La expresión “riesgo no evitable” debe entenderse aquí equivalente de riesgo no evitable en términos razonables bajo el estándar de diligencia.

¹⁷ Para constatarlo, sugerimos revisar las siguientes páginas web: www.dhl.com y www.fedex.com.

¹⁸ Así, en FORNO FLÓREZ, Hugo. Op. cit., p. 50.

¹⁹ Como, recurriendo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, prefiere definirlo algún otro autor. Ver: PATRÓN, Carlos. “Advertencia: la regulación del riesgo puede ser dañina para la salud. La percepción y regulación del riesgo en la sociedad”. En: *Ius et Veritas* 19. p. 64.

distinguir el concepto de "incertidumbre" del concepto de "riesgo" en sentido estricto: "mientras que el riesgo implica un conocimiento previo [o una estimación informada] de las probabilidades de ocurrencia de cada evento, la incertidumbre implica un desconocimiento de tal distribución de probabilidades"²⁰. Cooter y Ulen describen dos tipos de incertidumbre: la primera, que denominan incertidumbre primaria, existe porque algunos eventos futuros que son cruciales para las decisiones económicas tomadas hoy son desconocidos; la segunda, en cambio, surge porque la información acerca de ciertos eventos futuros o presentes es conocida por algunos agentes económicos, pero no por todos²¹.

Al celebrar un contrato que deberá ejecutarse posteriormente, las partes normalmente estiman los costos o beneficios relacionados con el negocio, aunque la magnitud exacta de tales variables se encuentre sujeta a incertidumbre. Cuando la incertidumbre a la que se halla sometida una variable se toma en cuenta para estimar la utilidad de ésta, nace el concepto de "utilidad esperada". Una persona a la que se le solicite definir si preferiría recibir S/. 1,000 o uno de los diez boletos emitidos en una lotería en la que se sorteará S/. 10,000 normalmente tomará la primera alternativa porque ésta se le representa como más segura. Desde un punto de vista estrictamente matemático, sin embargo, el valor monetario esperado de ambas opciones es exactamente el mismo: S/. 1,000 resulta equivalente a una probabilidad de 10% de obtener S/. 10,000 (ó $0.10 \times S/. 10,000$)²². Nótese cómo, en el ejemplo que se propone, el riesgo relacionado con la lotería es perfectamente conocido y, a pesar de ello, podemos aceptar que un individuo común y corriente estaría inclinado a considerar que la opción más segura le produce una mayor utilidad esperada, aunque ésta no sea la que mayores beneficios le puede proporcionar en todas las circunstancias imaginables. Que el valor monetario esperado de dos opciones (una cierta y la otra incierta) sea el mismo no importa, como puede observarse, que la "utilidad esperada" de las alternativas sea equivalente para todos los individuos.

La discrepancia entre el valor monetario esperado y la utilidad esperada de un resultado incierto puede explicarse mejor cuando se consideran las actitudes hacia el riesgo que pueden presentar los agentes económicos. La mayor parte de los individuos parecen ser adversos al riesgo lo que, puesto en otros términos,

supone que consideran que la utilidad de una perspectiva cierta de un ingreso monetario es mayor que la utilidad esperada de una perspectiva incierta de un valor monetario esperado igual²³. Los economistas explican la aversión al riesgo recurriendo al concepto de *utilidad marginal decreciente del ingreso*, con el que se quiere denotar que las últimas unidades de un determinado bien generan menos utilidad que las primeras unidades. Uno puede imaginar, por ejemplo, que el primer plato de comida reporta para un sujeto hambriento mayor utilidad que el segundo; en el extremo, el primero podría haberle salvado la vida y el segundo sólo haber satisfecho un capricho de gula. De la misma forma, una persona pobre extraerá mayor utilidad de los primeros S/. 100 que obtenga que de los segundos S/. 100: cuando un agente económico sufre graves restricciones presupuestarias, sus escasos ingresos se dirigen a satisfacer en primer lugar las necesidades más urgentes; pero, conforme el ingreso se incrementa, pueden cubrirse necesidades cuya satisfacción origina menor utilidad. Cuando una persona exhibe una utilidad marginal decreciente en su ingreso, la perspectiva de arriesgar S/. 100 que se poseen en una apuesta que otorga un 50% de probabilidades de ganar S/. 200 resulta absolutamente irracional. La explicación del fenómeno ahora es sencilla: los primeros S/. 100 otorgan una mayor utilidad en este caso que los segundos S/. 100 que se obtendrían de ganarse la apuesta.

Por más común que parezca la aversión al riesgo, no puede negarse que algunos individuos (este es el caso de los apostadores) muestran una especial predilección por el riesgo mientras que otros (podría ser el caso de las organizaciones empresariales) son capaces de adoptar decisiones sin denotar una particular inclinación a favor o en contra del riesgo. La preferencia por el riesgo se encuentra correlacionada con una utilidad marginal del ingreso creciente: cuando un individuo obtiene más utilidad de la misma suma monetaria conforme su ingreso se va incrementando puede verse tentado, a diferencia de lo que ocurriría con una persona adversa al riesgo, a jugar al "doble o nada" con tal de duplicar su capital. La neutralidad hacia el riesgo, en cambio, se vincula con una utilidad marginal del ingreso constante, lo que implica que el individuo se muestra indiferente entre una perspectiva cierta de ingreso y una expectativa incierta de un valor monetario esperado igual.

²⁰ KAFKA, Folke. "Teoría económica". Tercera edición. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. 1996. p. 76.

²¹ COOTER y ULEN. Op. cit., p. 67.

²² El valor esperado es la suma de las probabilidades de cada resultado posible multiplicadas por el valor de cada uno de tales resultados. En el caso que la persona de nuestro ejemplo optara por jugar la lotería, existirían hasta diez resultados esperados (nueve perdedores y uno ganador), cada uno de los cuales estaría afectado por una igual probabilidad de realización (10%). El valor esperado (VE) del juego sería entonces:

$VE = 0.1 (S/0) + 0.1 (S/10,000) = S/. 1,000.$

²³ COOTER y ULEN. Op. cit., p. 70.

Hasta este punto hemos supuesto, aunque sólo para explicar los conceptos, que la probabilidad de ocurrencia del evento contingente era conocida de antemano. Dicho en otros términos, nuestros ejemplos sobre loterías y apuestas tenían que ver con casos de “riesgo” en sentido estricto, en los que el individuo que debía elegir había sido informado previamente de cuántos boletos habían sido emitidos. Por regla general, sin embargo, no es posible establecer con certeza absoluta cuál es la distribución de probabilidades entre cada uno de los posibles resultados de una acción o decisión. A lo más que podemos aspirar es a realizar una estimación del riesgo comprometido. Está bastante claro que –en condiciones de incertidumbre– quien posea mayor información estará en capacidad de predecir con mayor exactitud el riesgo involucrado en una transacción. Piénsese, una vez más, en el mercado de seguros. Al emitir una póliza contra accidentes vehiculares vigente por un año, la compañía de seguros no sabe a ciencia cierta si el asegurado sufrirá (o no) un siniestro durante la vigencia del contrato. Como quiera que la compañía tiene muchos otros clientes, empero, sí está en capacidad de estimar –usando modelos matemáticos– cuántos siniestros sufrirá aproximadamente el conjunto de sus clientes. Para realizar tales estimaciones, la compañía puede recurrir a información estadística sobre accidentes vehiculares ocurridos en la misma jurisdicción durante los años anteriores (la que será tanto más valiosa en cuanto muestre un mayor patrón de regularidad), evaluar el nivel de siniestralidad previa de sus propios asegurados, etc. La idea que soporta este tipo de estimaciones es la denominada *ley de los grandes números*, según la cual “los eventos imprevisibles para los individuos se vuelven previsible entre grupos grandes de individuos”²⁴.

El hecho de que la técnica de los seguros se sustente en el agrupamiento de clientes (llamado *pooling* en inglés) no sólo se justifica en que ello permite una mejor estimación del riesgo, sino también en que es esa misma agrupación la que habilita que los siniestros sean cubiertos con los fondos que proporcionan los asegurados, de modo que el peso económico de los daños se distribuya entre ellos. Imaginemos que la compañía de seguros ha asegurado contra accidentes 1,000 vehículos de las mismas características. Supongamos, además, que la compañía puede predecir con absoluta certeza que en el curso del ejercicio anual se producirán, al interior de este grupo, 100 siniestros

por un valor monetario total de S/. 100,000. Ello significa que, sólo con el propósito de cubrir los siniestros, la compañía debería recaudar de cada asegurado un monto igual a $S/. 100,000 \div 1,000$ ó S/. 100. En la terminología propia del negocio de seguros, se diría que éste es el monto de la *prima pura de riesgo*. Por supuesto que las compañías de seguros existen para obtener beneficios y, siendo ello así, suman a la prima pura de riesgo otros conceptos (prima comercial, margen de ganancia, etc.). Aun así, la imposibilidad de que cada asegurado pueda establecer a ciencia cierta el nivel de riesgo que confronta aunada a la normal aversión al riesgo de los individuos puede hacer aparecer la contratación de un seguro como deseable, no obstante que es altamente probable que el valor monetario esperado de los siniestros sea inferior a la prima que se deba pagar a la compañía.

Tal como ocurre en el mercado de los seguros, en el que los ofertantes se encuentran en mejor capacidad de estimar el riesgo o de distribuir su peso económico entre la pluralidad de demandantes, en un contrato privado es posible identificar cuál de las partes cuenta con mejor información que la otra para estimar ciertos riesgos o se halla en capacidad de diluir (distribuir o diversificar) más fácilmente el peso económico de éstos, lo que puede orientar la distribución de las contingencias dispuesta por las partes o por la ley.

La responsabilidad por productos defectuosos, regulada por la Ley de Protección al Consumidor en términos objetivos²⁵, ofrece algunos ejemplos interesantes. En el año 1995, mientras me desempeñaba como asistente legal de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, tuve noticia de un caso particularmente curioso. Una consumidora se presentó ante la Secretaría Técnica de la Comisión portando una botella vacía de una conocida bebida negra en cuyo interior podía observarse (aunque es verdad que sólo luego de especial esfuerzo) el cuerpo inerte y completamente calcinado de un pequeño roedor. Según indicaba la consumidora, como quiera que el animal mostraba una extraña coloración negruzca, su presencia no había podido ser detectada por sus hijos cuando la botella estaba llena, lo que había ocasionado que bebieran desaprensivamente el líquido. Creo recordar que el asunto se solucionó por la vía de la conciliación. Hasta que el acuerdo final quedó concluido, sin embargo, nuestras pesquisas nos habían conducido a establecer que la empresa que

²⁴ Ibid., p. 76.

²⁵ Que el régimen de responsabilidad por productos defectuosos definido por la Ley de Protección al Consumidor es objetivo se encuentra fuera de discusión en nuestro ordenamiento. Así se deriva de lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo 716 que establece que “el proveedor es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos” sin admitir que el proveedor pruebe su diligencia. La naturaleza objetiva de la responsabilidad ha sido ratificada por los órganos funcionales del INDECOPI en reiterada jurisprudencia administrativa. Puede verse, al respecto: BULLARD, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Lima: Palestra. 2003. pp. 324-325.

producía la bebida había instalado todo tipo de controles humanos y tecnológicos para evitar la presencia de cuerpos extraños en sus productos. De hecho, todo hacía indicar que la tecnología desplegada era de las más modernas que estaban a disposición y que, no obstante ello, no era posible garantizar que el 100% de los productos estuvieran libres de fallas. Si el régimen de responsabilidad por productos defectuosos fuera subjetivo, a la empresa embotelladora le bastaría para exonerar su responsabilidad con demostrar que adoptó todas las precauciones razonables para minimizar la probabilidad de eventos similares. ¿Cómo explicar que nuestro Derecho opte por un sistema objetivo a pesar de que daños como los sufridos por los hijos de la consumidora de nuestro ejemplo no podían evitarse en términos costo-eficientes? La respuesta puede fundarse en la superior capacidad de la empresa embotelladora para asumir el riesgo: ella puede estimar más fácilmente el valor implicado (embotella cientos de miles de bebidas al año) y está en mejor posición para diluir el costo de los daños esperados entre todos los consumidores mediante el sistema de precios.

Como los ejemplos propuestos hasta este punto sugieren, si las partes pudieran invertir tiempo y recursos infinitos en la celebración de contratos perfectos, la distribución de riesgos entre ellas hallaría soporte en criterios eficientes de “prevención” o de “puro riesgo”. Así, cuando una de las partes pudiera adoptar medidas de cuidado para prevenir a menor costo un evento dañoso (por ejemplo, el deudor respecto de la posibilidad de incurrir en incumplimiento), dicha parte debería asumir el riesgo. Cuando el riesgo no fuera controlable por ninguna de

las partes, en cambio, sería esperable que éste se trasladara a la parte que pudiera estimarlo o diluirlo con mayor facilidad.

Toda vez que entre nosotros rige el principio de autonomía privada y las normas sobre contratos son por regla general dispositivas (lo que incluye, salvo ciertas restricciones²⁶, a las reglas de responsabilidad contractual), la razón nos induce a pensar que los preceptos del Código Civil deben ser diseñados tratando de reproducir lo que las partes estipularían si pudieran negociar sobre un determinado asunto²⁷. En este contexto, parece curioso que nuestro ordenamiento haya optado por afirmar de un modo tan radical un sistema general de responsabilidad subjetiva cuando en el campo de las obligaciones contractuales se presenta, aunque fuera con matices, una situación similar a la de los productos defectuosos: si bien es cierto que existen supuestos en los que la colaboración del acreedor es imprescindible para que el deudor pueda ejecutar la prestación a su cargo²⁸, en la mayoría de escenarios la ejecución exacta de la prestación dependerá casi exclusivamente del comportamiento del deudor²⁹. A esto se suma, por supuesto, el hecho que – precisamente porque se halla en control de la consumación– el deudor se encuentra normalmente en mejor capacidad para estimar la probabilidad de incumplimiento³⁰ y, posiblemente, para diluir su efecto en el mercado (sobre todo si celebra cotidianamente contratos de la misma especie). Si se considera con atención la naturaleza económica de los riesgos asociados al incumplimiento no debería extrañar que nos parezca necesario promover una seria discusión sobre la posibilidad de adoptar en

²⁶ Entre las más relevantes restricciones merecen destacarse las siguientes: (i) prohibición de estipulaciones que excluyan o limiten la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga (artículo 1328 del Código Civil); (ii) posibilidad de que el juez reduzca equitativamente la penalidad convencional (artículo 1346 del Código Civil) y (iii) imposibilidad de introducir cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en contratos de adhesión (artículo 1398 del Código Civil).

²⁷ Sobre el particular puede consultarse CRASWELL, Richard. “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”. En: Michigan Law Review 88. 1989. p. 489. Craswell sugiere que las reglas supletorias que se elijan sobre la base de este criterio tenderán a resultar coincidentes con las que pudieran haberse establecido sobre la base de criterios de eficiencia. En cualquier caso, si la regla coincide con lo que la mayoría de individuos pactaría en una sociedad, aquellos que no estuvieran de acuerdo con la regla podrían estipular en contrario.

²⁸ Existen diversas hipótesis que dan cuenta de esta posibilidad (el caso del pintor a quien se ha comisionado la elaboración de un retrato del acreedor y que requiere que éste pose para completar la obra es uno claro) y a ellos se refiere implícitamente el artículo 1338 de nuestro Código Civil cuando señala que “el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

²⁹ Que el riesgo de incumplimiento sea evitable por regla general a menor costo por el deudor (criterio de “prevención”) justificaría ya de por sí la introducción de un sistema objetivo de responsabilidad. Como explica el análisis económico del Derecho, el recurso a un sistema subjetivo parece recomendable cuando ambas partes pueden tomar medidas de cuidado (supuesto que se denomina de “precaución bilateral”) o cuando no puede establecerse *ex-ante* con carácter general cuál de las partes podría tomar las medidas de cuidado (supuesto de “precaución alternativa”). Cuando la experiencia demuestra, en cambio, que el control de la situación se encuentra normalmente a cargo de una de las partes (el deudor, en el caso del cumplimiento) el mantenimiento de un régimen de culpa puede generar ineficiencias. En primer término, la administración de un régimen subjetivo de responsabilidad es más costosa para el sistema de justicia porque exige un nivel de evaluación de las pruebas mucho mayor del que se requeriría en un régimen objetivo (en el que sólo hay que evidenciar la causalidad). En segundo lugar, la implantación de un sistema subjetivo en casos de “precaución unilateral” no supone ningún diferencial en términos de eficiencia que justifique los mayores costos asociados a su administración: cuando sólo una de las partes puede tomar precauciones, tanto la responsabilidad objetiva como la responsabilidad subjetiva pueden inducirla a adoptar un eficiente nivel de cuidado. En el caso de la responsabilidad subjetiva, ello se deriva de la expectativa que tiene el dañador de que su comportamiento diligente lo exonerará de la obligación de reparar los daños que cause. En el caso de la responsabilidad objetiva, en cambio, la consecuencia se produce porque –como quiera que el dañador siempre habrá de asumir la obligación de reparar el daño– la mejor estrategia disponible para éste consiste en adoptar el mismo nivel de precauciones que adoptaría bajo un régimen de culpa, ya que (por definición) la adopción de mayores niveles de cuidado supondría que incurriera en mayores costos de prevención (*c*) que el valor esperado de los daños (*pd*).

³⁰ Esto es verdad en la mayor parte de los casos, aunque no necesariamente conozca a ciencia cierta el nivel de los daños que produciría al acreedor en caso de incumplimiento, como explicamos *infra* en el numeral 2.2.

nuestro ordenamiento una regla general de responsabilidad contractual objetiva³¹.

Al proponer esta idea, quisiera por supuesto superar la insólita confrontación entre el Derecho Civil y el análisis económico del Derecho que algunos han querido ver en nuestro medio³², como si quienes utilizan herramientas económicas en su razonamiento estuvieran analizando un fenómeno jurídico distinto cuando discurren sobre responsabilidad civil extracontractual o sobre contratos. Y si no podemos compartir este tipo de objeciones –por más que ellas se hagan pasar por científicas mediante la mera invocación del nombre de Hans Kelsen³³– mucho menos suscribiríamos la tesis de aquellos que pretenden negar valor a una idea por el simple hecho de que ésta tenga origen anglosajón³⁴. Las ideas resultan aceptables o no, al menos en el Derecho, no según su origen, sino en función de la utilidad práctica que su aceptación pueda producir: si un régimen subjetivo sirve mejor a determinados propósitos (como pienso que ocurre, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad extracontractual), entonces ese es el sistema que debemos defender; si, en cambio, es el régimen objetivo el que parece más recomendable en materia contractual dadas las particulares necesidades del tráfico y las ventajas que reportaría para una mejor administración de justicia, no se comete una herejía si se plantea revisar las bases de los dogmas que nos han sido legados por nuestros mayores, sino que se

contribuye a mantener vivo su pensamiento³⁵.

Dicho lo anterior, habría que dejar en claro (aunque esto no se haga con propósito de hacer parecer la idea más “atractiva” sino sólo como circunstancia de hecho que merece ser tenida en cuenta) que, como recuerda Visintini, la tesis objetiva ha sido receptada en Francia por vía jurisprudencial³⁶ y se encuentra fuertemente arraigada en la cultura jurídica italiana, a pesar de que un importante sector de su doctrina se haya esforzado por defender el punto de vista subjetivo. Es, por cierto, un gran jurista italiano (nos referimos a Pietro Trimarchi) el que sobre la base del razonamiento económico postuló por vez primera en el continente europeo tres razones de peso para justificar la adopción de una regla general de responsabilidad objetiva en materia contractual: ésta contribuye a producir una óptima distribución de recursos productivos (o, lo que es lo mismo, favorece la eficiencia productiva), presiona a favor del progreso técnico y reduce los costos judiciales³⁷. A pesar de que más de treinta años nos separan del tiempo en que Trimarchi expresó su parecer, no parece que tales razones hayan dejado de tener peso.

2. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Contrariamente a lo que podría pensarse con la simple lectura de los artículos 1314 y 1321 del Código Civil, la legislación peruana en materia contractual ha acogido

³¹ Repárese que lo que aquí se plantea es la adopción de un régimen objetivo como regla general. Nada impediría, por cierto, que –en casos en los que el comportamiento del acreedor fuera relevante para el cumplimiento de la prestación– las partes estipularan expresamente una regla de responsabilidad adecuada a las circunstancias (que bien podría estar fundada en la culpa). Las ventajas prácticas de un sistema objetivo, manifestadas en la reducción de las defensas ante imputaciones de incumplimiento y en la correlativa simplificación de procesos judiciales, parecerían lo suficientemente atractivas como para considerar esta posibilidad con especial atención.

³² Así, en: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. “Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. pp. 20-26.

³³ *Ibid.*, pp. 30-38.

³⁴ Así en: TORRES MENDEZ, Miguel. “Jurisprudencia Literaria y Filosófica. La aplicación del movimiento ‘Derecho y Literatura’ en la Jurisprudencia”. Lima: Grijley. 2003. p. 37.

³⁵ En una reciente mesa redonda que tuvo lugar en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tuve el placer de discutir con mis amigos y colegas Freddy Escobar, Leysser León, Eric Palacios, Rómulo Morales y Jorge Beltrán sobre la unificación de la responsabilidad civil, idea que –a fuerza de repetirse irreflexivamente en medios universitarios (que no académicos)– ha llegado a cobrar, como sucede en nuestra provincia con las ideas que provienen de los “lugares correctos”, una relevancia que a todos los nombrados nos parecía innecesaria. Esta experiencia me ha servido para confirmar que, cuando se discute alturadamente sobre ideas y se está dispuesto a considerar seriamente las razones del otro, es perfectamente posible que quienes utilizan herramientas de análisis diferentes lleguen a conclusiones semejantes, lo que por supuesto no debe extrañar en cuanto que el Derecho sólo intenta ser expresión de la racionalidad humana.

³⁶ VISINTINI, Giovanna. *Op.cit.*, p. 87.

³⁷ TRIMARCHI, Pietro. *Op. cit.*, pp. 91-101. A tal artículo pertenecen los siguientes párrafos, en los que lo sustancial del pensamiento del autor resulta compendiado:

“En primer lugar es más frecuente el caso en que sea el deudor, antes que el acreedor, el que puede adoptar medidas idóneas para prevenir el daño: sólo el deudor puede influir directamente sobre la ejecución de la prestación, para que sea exacta y oportuna. En segundo lugar debe considerarse que casi todas las medidas adoptables por el acreedor son adoptables también por el deudor. El adquirente puede controlar las mercaderías que le han suministrado, para comprobar en ellas defectos ocultos antes de que se produzcan daños; pero otro tanto puede hacer el deudor y –por regla (aun cuando no siempre)– lo puede hacer igualmente bien (...) Y nótese que, muy frecuentemente (pero no siempre), la misma medida es menos costosa para el deudor que para el acreedor. Por ejemplo, el control de los defectos de fabricación es –por regla general– menos costoso para el fabricante-vendedor que para el adquirente-usuario. (...)”

Tratándose de responsabilidad objetiva, ella opera aún cuando el incumplimiento no sea evitable, según el estado actual de la técnica. Pero porque se trata siempre de un incumplimiento debido a causas internas a la empresa, o a causas externas que sean manifiestamente irresistibles, es presumible que un desarrollo de la técnica pueda adoptar nuevos métodos para dominar tales causas de mal funcionamiento de la empresa. La responsabilidad objetiva tiene por ello el efecto de estimular el progreso técnico (...)

De otra parte, si los jueces adoptasen un concepto económico de “culpa” (...), y si este concepto debiera aplicarse en toda causa en la que se controvierte sobre la responsabilidad contractual, es claro que los procesos devendrían muy lentos y costosos, haciéndose necesarias complicadas pericias. Además, es por lo menos dudoso que en sede judicial puedan emerger todos los datos relevantes como para fundar valoraciones atendibles. ¿Por qué, por lo tanto, afrontar estas complicaciones, estas incertidumbres y estos costos judiciales, cuando el mismo resultado económico podría alcanzarse de modo más simple a través del instrumento de la responsabilidad objetiva?”.

supuestos que deben resolverse mediante la aplicación de criterios de imputación objetivos. La coexistencia de espacios de responsabilidad objetiva con un régimen general subjetivo no ha generado disputas de particular gravedad (por lo menos no tenemos noticia de ellas) sino que, como nos proponemos demostrar en las líneas que siguen, ha contribuido a simplificar el debate en áreas tan relevantes como los contratos traslativos de propiedad, uso o posesión sobre bienes y la protección al consumidor.

2.1. Las obligaciones de saneamiento

El Código Civil peruano regula, entre sus artículos 1484 y 1528, a las denominadas obligaciones de saneamiento. De conformidad con el artículo 1485 del Código, en nuestro ordenamiento el transferente de la propiedad, la posesión o el uso de un bien en virtud de un contrato “está obligado a responder frente al adquirente por la evicción³⁸, por los vicios ocultos del bien³⁹ o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor”. Se trata, como se ha encargado de puntualizar el distinguido profesor Manuel De la Puente y Lavalle, de supuestos de responsabilidad objetiva que impone la ley, ajenos por completo a que el hecho resulte imputable al deudor bajo criterios subjetivos: “Basta que se produzca una de las causales que señala la ley para el funcionamiento del saneamiento [ha dicho el maestro] para que surja la responsabilidad del transferente, independientemente del dolo o culpa de su parte (...)”⁴⁰.

Como hemos reconocido anteriormente⁴¹, que las obligaciones de saneamiento puedan catalogarse dentro del rubro de las llamadas prestaciones de garantía no parece que niegue la existencia de un verdadero supuesto de responsabilidad objetiva en este caso. Dos son las razones por las que estimamos tal cosa. La primera es que las consecuencias previstas por la norma se hacen depender (a diferencia de cuanto sucede en los contratos de seguro o en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero) del incumplimiento en sentido estricto en que incurre el deudor al entregar un bien que no resulta conforme con la finalidad para la cual fue adquirido. La segunda pasa por considerar que si el riesgo es asumido por el propio deudor, la distinción entre “garantía” y

responsabilidad objetiva se vuelve difusa y hasta se diría que desaparece por completo (recuérdese, como ha quedado indicado líneas arriba, que el dato característico en los sistemas de responsabilidad objetiva es que el deudor queda obligado a reparar el daño a pesar de que no hubiera podido evitarlo).

Es verdad que la objetividad de la imputación en las obligaciones de saneamiento no admite las defensas típicas de los regímenes legales de responsabilidad objetiva (los que suelen excusar el incumplimiento por imposibilidad sobrevenida de la prestación debida a eventos incontrolables por el deudor), pero –como nos encargaremos de puntualizar más adelante– nada obsta para que tales defensas sean relajadas, por vía contractual o legal, cuando se encuentra una buena justificación para imponer sobre los hombros del deudor incluso el riesgo de la imposibilidad.

Siendo ello así, pienso que el criterio de imputación objetiva se justifica mejor en materia de saneamiento por recurso al “puro riesgo” antes que a la “prevención”. Es verdad que el transferente podría tomar todo tipo de precauciones con la intención de minimizar la posibilidad de que un vicio oculto se manifieste después de ocurrida la transferencia (y, si actúa racionalmente, normalmente lo hará), pero no es menos cierto que –a pesar de todas las medidas de cuidado que adopte– si el vicio se hiciera evidente dentro de los tres meses de entregado el bien, en el caso de muebles, o seis, en el caso de inmuebles, no habría defensa alguna que podría oponer para liberarse de la obligación de sanear. Poco más o menos ocurre lo mismo en lo relativo al saneamiento por evicción y al saneamiento por hecho propio, que tampoco admiten defensas fundadas en la mayor o menor diligencia del transferente. Debido a esta circunstancia, el nivel de incertidumbre en la asignación de responsabilidad queda por completo minimizado y se simplifica notoriamente el debate ante las cortes, sin que en ello pueda advertirse ninguna afectación de criterios de justicia: si el transferente asume objetivamente la responsabilidad derivada de vicios ocultos o de la evicción no sólo es porque el control que ejercía sobre el bien antes de su entrega lo colocaba en mejor posición para adoptar precauciones, sino porque la información con la que contaba podía permitirle una mejor evaluación del riesgo.

³⁸ Tal como lo establece el artículo 1491 del Código Civil, la evicción se produce cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia.

³⁹ Según la línea adoptada por los artículos 1504 y 1505, el vicio da lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente, siempre y cuando el adquirente no hubiera podido conocer el defecto actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su actitud personal y con las circunstancias.

⁴⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general”. Tomo VI. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993. p. 256.

⁴¹ Ver, *supra*, nota 4h 11.

La hipótesis de saneamiento por hecho propio del transferente merece particular atención, puesto que su novedad en nuestro ordenamiento (fue introducida por el codificador de 1984) aunada a la amplitud del supuesto de hecho que la habilita, permiten que se imagine –aunque fuera en sede teórica– la posibilidad de sustituir, al menos en ciertos casos, una eventual demanda judicial por incumplimiento bajo el régimen general de responsabilidad civil (subjetivo) por una demanda fundada en el régimen objetivo del saneamiento. De acuerdo con el artículo 1524 del Código Civil, “el transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto”. Nótese que, a diferencia del saneamiento por vicio oculto o por evicción, en los que el supuesto de hecho habilitante de la responsabilidad objetiva aparecía perfectamente delineado, el codificador ha optado por no aportar ninguna definición sobre lo que debe entenderse por “hecho propio”. Siendo ello así, cualquier perturbación de la propiedad o posesión que se suscitara dentro del plazo de exigibilidad del saneamiento –como ha sugerido De la Puente⁴²– podría justificar perfectamente que se actuaran los remedios previstos por el codificador, con prescindencia de la inexistencia de culpa.

Es verdad que la presencia del dolo o la culpa no ha pasado por completo desapercibida en la regulación de las obligaciones de saneamiento, puesto que ella debe tomarse en cuenta en el supuesto que el adquirente pretenda que una indemnización por el daño o perjuicio sufrido venga a sumarse a los efectos que se derivan de la mera resolución del contrato (que se actúa en este campo a través de la pretensión redhibitoria⁴³) o a la solicitud de reajuste de la contraprestación (denominada pretensión estimatoria⁴⁴). Esta es, como podrá intuirse de cuanto hemos expresado hasta este punto, una desviación de la imputación objetiva que nos parece injustificable y que oscurece lo que de otro modo podría resultar una regla simple⁴⁵. Obsérvese, sin embargo, que lo dispuesto en los artículos 1495 y 1512 del Código Civil asegura al adquirente que ejerce la pretensión redhibitoria no sólo la restitución del precio pagado

(efecto normal de cualquier resolución), sino la restitución del valor que el bien hubiera tenido de no haber sido afectado por la evicción, el vicio oculto o el hecho propio del transferente, y reconoce todavía el derecho a percibir además intereses legales, frutos devengados, costas del juicio, tributos y gastos y hasta las mejoras hechas de buena fe por el adquirente. Supuesto que el valor del bien pudiera ser mensurado adecuadamente por nuestros tribunales sobre la base de la expectativa (interés positivo)⁴⁶ del adquirente, nos resulta difícil concebir una hipótesis en la que pudiera ser necesario que éste demandara además una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en adición a todos los conceptos antes detallados. Sólo en el raro supuesto en que ello sea imaginable –si acaso– cobraría relevancia el dolo o la culpa con la que el transferente hubiera actuado.

El que se reconozca en las obligaciones de saneamiento un verdadero supuesto de responsabilidad objetiva no supone, por cierto, que todo el riesgo vinculado al propósito perseguido por el adquirente se haga recaer en el transferente (deudor). Una lectura conjunta de los artículos 1485 y 1486 del Código Civil permite constatar que, fuera del supuesto de disminución de valor (que no resulta particularmente interesante en el curso de nuestro análisis), el saneamiento sólo se debe en cuanto que el bien no pueda ser destinado a la finalidad para la cual fue adquirido, lo que coloca sobre los hombros del adquirente la carga de revelar al menos la tal finalidad. Si ésta no se indica expresa o tácitamente, el riesgo se asigna presumiendo que la voluntad de las partes es dar el bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar. La regla, por supuesto, se encuentra absolutamente injustificada: si la mejor estimación del riesgo depende de la información que cada parte maneje, no puede hacerse reposar en la esfera jurídica del deudor la cobertura de un evento contingente que éste no se encontraba razonablemente en posibilidad de prever. De la misma forma que las compañías de seguros están habilitadas para negar el pago de indemnizaciones en relación con preexistencias que no hubieran sido adecuadamente reveladas, el transferente sólo puede acordar la celebración de un contrato sobre la base de la

⁴² DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. Op. cit., p. 571.

⁴³ El término deriva de la voz latina *redhibeo*, derivado de *re* y *habere*, que significaba primariamente volver a tomar o tener de regreso (*rursus habere*). Así en DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. *Ibid.*, p. 484.

⁴⁴ La pretensión estimatoria se conoce también como acción *quantil minoris* y está destinada a obtener la disminución del precio en proporción a la afectación del bien. DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. *Ibid.*, p. 502.

⁴⁵ Como quiere EPSTEIN, Richard. “Simple Rules for a Complex World”. Cambridge: Harvard University Press. 1997. p. 96, en donde se defiende la responsabilidad objetiva con particular vehemencia: “En este punto es posible volver sobre el principal equilibrio heurístico que define la defensa de las reglas simples: realizar cualquier distinción siempre consume recursos administrativos y, en esa medida, tiene que justificarse en alguna mejora generada sobre los incentivos en su conjunto. Aquí la operación de un sistema de culpa normalmente costará mucho más que un régimen de responsabilidad objetiva: recolectar e interpretar información sobre las (...) variables críticas será muy probablemente un ejercicio en frustración”.

⁴⁶ Para una explicación más detallada del concepto de interés positivo puede consultarse un anterior trabajo mío. HARO SEIJAS, José Juan. “¿Podría usted ‘no hacer’ negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe”. En: *Advocatus* 7. Nueva Época. pp. 142-143.

información que se encontrara a su disposición. La responsabilidad objetiva por el vicio, por la evicción o por el hecho propio del transferente sólo alcanza, así las cosas, a la afectación de la finalidad que el transferente hubiera podido prever bajo criterios de razonabilidad: si el adquirente compra un auto destartado a un chatarrero con la esperanza de hacerlo funcionar y tal propósito no es adecuadamente revelado, el transferente tiene base suficiente como para presumir que el auto fue adquirido como chatarra y, luego, podrá negarse al saneamiento por vicio oculto relacionado con desperfectos en el motor.

2.2. La irreparabilidad de los daños imprevisibles

El modo en que el peso económico de las contingencias es distribuido en el saneamiento (considerando el bagaje de información que cada parte posee) pone de manifiesto la naturaleza recíproca del problema del riesgo. Es verdad que normalmente el deudor se encontrará en mejor capacidad de adoptar precauciones para asegurar el cumplimiento de su prestación, pero no es menos cierto que –en ocasiones– la estimación del riesgo concretamente ligado a la inejecución puede verse dificultada porque parte de la información relevante se encuentra en poder del acreedor. El sastre que se ha comprometido a confeccionar un traje de gala en el corto lapso de una semana cuenta con mejor información para estimar la probabilidad de incumplimiento (p): conoce, por ejemplo, cuál es la carga de trabajo pendiente en su sastrería; está al tanto del número de trabajadores de su sastrería y el nivel promedio de su productividad; puede proyectar más fácilmente que el cliente si es posible que surjan imponderables en el curso de la confección. Nadie en su sano juicio podría negar, por lo demás, que el sastre también está en mejor posición para adoptar precauciones a más bajo costo (c), de modo que se minimicen los efectos perjudiciales de una entrega tardía⁴⁷. En cambio, el sastre jamás podría conocer, salvo que el cliente se lo revelara, cuál es la magnitud del daño que causaría (D) en caso de incumplimiento y –por tanto– estará en imposibilidad de definir el nivel eficiente de precauciones que debe adoptar: ¿debería, por ejemplo, contratar personal adicional para minimizar todavía más el riesgo de una posible inejecución o tal contratación no tiene sentido porque, de cualquier forma, la posibilidad de incumplimiento es muy pequeña y todo hace indicar que el traje estará listo a tiempo?

Como han sugerido Ayres y Gertner⁴⁸, la regla legal que se adopte al definir la extensión de la responsabilidad por incumplimiento puede influir en el nivel de información que revelen las partes al negociar el contrato. Un cliente puede verse inclinado a no informar al sastre sobre las circunstancias especiales por las que requiere un traje de gala porque ello puede originar que el proveedor pretenda cobrar una prima adicional por la ocasión, como suele ocurrir –por citar sólo un caso– con los trajes de matrimonio. En igual medida, quien contrate a un *courier* para transportar documentos importantes puede tener incentivos para solicitar el servicio básico con intención de ahorrarse los costos que los servicios especiales podrían representar. Si la regla legal de responsabilidad permitiera en ambas hipótesis que los clientes pudieran cobrar una indemnización por el monto total del perjuicio sufrido en caso de incumplimiento, cualquier revelación de información quedaría frustrada. ¿Qué llevaría al consumidor de servicios de *courier* a contratar un servicio especial si, en el caso que sus documentos se pierdan, estaría en capacidad de exigir la misma indemnización por incumplimiento que podría solicitar si contratara el servicio básico? ¿Por qué revelaría el novio que su matrimonio se realizará en la misma fecha prevista para la entrega del traje, si ello podría significar un incremento en el precio?

Una regla legal que –al igual como ocurre en el caso de las obligaciones de saneamiento– limite la indemnización de los daños y perjuicios al nivel de daños normalmente relacionados con situaciones similares podría, en cambio, inducir la revelación de información y favorecer una mejor asignación de los recursos productivos. Esta es, precisamente, la regla que el día de hoy se reconoce en el sistema anglosajón sobre la base del fallo emitido por la Corte de Exchequer en el caso de *Hadley v. Baxendale*⁴⁹. Hadley era dueño de un molino a vapor en Gloucester, que empleaba para prestar servicios a terceros. El molino fue afectado por la rotura de uno de los ejes de transmisión, por lo que se hizo necesario que éste fuera enviado a Greenwich, localidad en la que se encontraba establecido el establecimiento de los fabricantes. El demandado era un transportista reputado en Gloucester, a quien se encargó el traslado del eje afectado y quien –debido a aparente negligencia– no cumplió oportunamente con su comisión. La demanda de Hadley solicitaba que, como indemnización por el incumplimiento, Baxendale asumiera el valor total de

⁴⁷ Podría observarse que el cliente también puede cubrirse frente al riesgo del incumplimiento encargando a otro sastre la confección de un traje semejante en el mismo lapso, pero –más allá de que ello resulta más bien inusual– está claro que la inversión relacionada con este tipo de “cobertura” por el acreedor parece más alta que la inversión en que debería incurrir el deudor para minimizar el riesgo de su propio incumplimiento.

⁴⁸ AYRES, Ian y Robert GERTNER. “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules” [Traducción al español disponible en THEMIS-Revista de Derecho 47. pp. 195-222]. Yale Law Journal 94. 1989. p. 97.

⁴⁹ 9 Exch. 341 (1854).

las ganancias dejadas de percibir debido a la paralización del molino. Baxendale alegaba que los perjuicios sufridos eran exageradamente remotos, que no tenía forma de haberlos previsto y que –siendo ello así– no debía ser responsable por ellos. Al fallar a favor del demandado, la corte inglesa analizó disposiciones del Código Civil francés y llegó a citar a Domat para declarar que “cuando dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, la indemnización que la otra parte debe recibir en relación con tal incumplimiento debe ser tal como justa y razonablemente pueda considerarse originada del curso normal de las cosas (...) o tal como pueda razonablemente suponerse que estuvo en consideración de ambas partes al tiempo en que celebraron el contrato, como el probable resultado del incumplimiento. Si las especiales circunstancias bajo las cuales el contrato fue efectivamente celebrado hubieran sido comunicadas por el demandante al demandado, y en consecuencia fueran de conocimiento de ambas partes, la indemnización resultante del incumplimiento de tal contrato, que ellas razonablemente contemplarían, sería el perjuicio que ordinariamente se seguiría del incumplimiento bajo esas especiales circunstancias así conocidas y comunicadas”.

Similar inclinación se observa en el sistema jurídico italiano, en el que el artículo 1225 del Codice establece que “si el incumplimiento o el retardo no se han debido a dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que se podía prever al momento en que surgió la obligación”. Es de lamentar, a nuestro juicio, que el artículo 1321 del Código Civil peruano disponga que el criterio de limitación de la indemnización a los daños previsibles se aplica única y exclusivamente en el caso de culpa leve porque ello importa que en otros casos de omisión de diligencia sería posible que el deudor quedara obligado a indemnizar por daños que no podría haber previsto en atención a la falta de revelación de información por su contraparte. Aunque encuentro, en esta línea de desarrollo, que la regla italiana responde mejor que la peruana a la necesidad de una distribución óptima de los riesgos, me inclino a considerar que la estimación del remedio indemnizatorio sobre la base de las circunstancias

razonablemente previsibles al momento de la contratación debería alcanzar incluso a los supuestos de dolo, de modo que se elimine cualquier incentivo (por mínimo que sea) para que el acreedor oculte información de modo oportunista. Y si se quisiera objetar que el incumplimiento doloso merece una sanción superior a la mera indemnización compensatoria –cosa que, de principio, me parece bastante discutible⁵⁰– parecería más adecuado analizar la posibilidad de admitir excepcionales indemnizaciones punitivas relacionadas con la particular reprobación que produzca la conducta dolosa antes que otorgar al acreedor el virtual derecho de obtener un seguro contra todo riesgo de modo gratuito.

2.3. Idoneidad y “garantía implícita”

En el campo de la protección al consumidor puede detectarse con facilidad la enorme influencia que la doctrina anglosajona de las “garantías implícitas”⁵¹ produjo en la interpretación del artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor. La norma en cuestión, caracterizada más bien por su parquedad, establece que “los proveedores son responsables (...) por la idoneidad y calidad de productos y los servicios”. Hasta el año 1996, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI había venido resolviendo la mayor parte de los casos que se sometían a su conocimiento sobre la base de los preceptos contenidos en los artículos 5, inciso b, y 15 de la Ley de Protección al Consumidor, que reconocen el derecho del consumidor a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión de consumo. El precedente aprobado el 30 de noviembre de 1996 por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI con ocasión de la resolución emitida en el caso seguido por Humberto Tori Fernández con Kouros E.I.R.L. vino a alterar radicalmente esta tendencia.

Humberto Tori adquirió un par de zapatos de cuero en el establecimiento comercial de la denunciada. Dos meses después de la adquisición, uno de los zapatos se rompió en la parte superior. A pesar de los constantes reclamos del denunciante, Kouros no cumplió con reparar el zapato y, antes bien, llegó a

⁵⁰ Obsérvese, en especial, que el dolo civil presente en el incumplimiento no es equivalente al dolo penal ni coincide necesariamente con un actuar malicioso. El incumplimiento es doloso, simple y sencillamente, cuando es intencional. Como hemos sostenido en otro trabajo, sin embargo, que la prestación no sea ejecutada conscientemente por el deudor puede –en algunos supuestos– favorecer una mejor distribución de los recursos productivos. Ver: HARO SEIJAS, José Juan. “De tin marín de do pingüé... Un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú”. En: THEMIS-Revista de Derecho 44. Segunda Época. 2002. pp. 92-95.

⁵¹ De acuerdo con la Sección 2-314 del *Uniform Commercial Code* (Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos), salvo que se haya excluido o modificado expresamente, todo contrato de compraventa contiene una garantía implícita de comerciabilidad de los bienes (*implied warranty of merchantability*), con arreglo a la cual se presume, entre otras cosas, lo siguiente: (i) el bien debe ser admisible sin objeciones en el comercio bajo las descripciones contenidas en el contrato; (ii) en el caso de bienes fungibles, el bien debe ser de calidad media; y (iii) el bien debe adecuarse a los propósitos ordinarios para los que bienes similares son usados. Como indican Kessler, Gilmore y Kronman, la noción jurídica de la garantía implícita apareció en el *common law* en fecha más bien reciente, con el advenimiento de la producción masiva. Hasta el surgimiento de este fenómeno económico, la regla acogida por las cortes anglosajonas –que había dado en conocerse como *caveat emptor* (cuidate comprador)– disponía que el vendedor no era responsable por los defectos de la cosa vendida, salvo en caso de fraude o cuando hubiera otorgado una garantía expresa de calidad. Ver, al respecto: KESSLER, Friedrich, GLIMORE, Grant y Anthony KRONMAN. “Contracts. Cases and Materials”. Tercera edición. New York Aspen: 1986, p. 95.

sostener que la duración de sus productos dependía del uso que se les diera, sin que eso significara una menor calidad. Al fallar a favor del denunciante, la Sala de Defensa de la Competencia consideró que el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor contenía el “principio de garantía implícita, esto es, la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso éste no resultara idóneo para satisfacer las expectativas de los consumidores razonables”. La Sala indicó, de un modo consistente con la racionalidad económica que hemos defendido previamente, que “la garantía implícita no implica que el proveedor deba responder cuando el producto no ofrece la mejor calidad posible” sino cuando éste no es idóneo “para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan [bienes o servicios] en el mercado, debiendo considerarse para ello las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados”.

Pienso que el mismo resultado al que arribó la Sala en el caso de Humberto Tori Fernández con Kouros E.I.R.L. podría haber sido alcanzado recurriendo a la institución de las obligaciones de saneamiento a que nos hemos referido previamente en este mismo artículo, sin necesidad de importar ideas que no necesariamente han sido contempladas en nuestra legislación. Como el lector podrá advertir en este punto, en nuestro país no era imprescindible que el tribunal administrativo implicara una garantía (cosa que, de suyo, puede resultar bastante peligrosa) ya que, por virtud de la regla contenida en el artículo 1486 del Código Civil, es perfectamente posible presumir –al menos en la venta de bienes– que, salvo pacto en contrario, la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.

Dos diferencias de relevancia deben anotarse entre el concepto de “garantía implícita”, tal cual éste ha sido desarrollado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, y el tratamiento que las obligaciones de saneamiento reciben en nuestro Código Civil. La primera de ellas tiene que ver con el ámbito de aplicación: mientras la responsabilidad objetiva en el campo de la protección al consumidor se extiende, por mandato del artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, tanto al caso de la comercialización de bienes como al de contratación de servicios (lo cual hace de ella un instrumento mucho más poderoso), el saneamiento civil sólo está presente

en los contratos relacionados con la transferencia de posesión, uso o propiedad sobre bienes (y en estos, por un tiempo bastante limitado contado a partir de la entrega).

La segunda diferencia parece estar relacionada con la extensión de la responsabilidad objetiva. Hemos visto previamente que no existe defensa posible ante la pretensión de saneamiento, de modo que los remedios se conceden a pesar de que el vicio oculto o la evicción se hubieran originado por circunstancias ajenas por completo al control del transferente. A diferencia de cuanto ocurre en materia de saneamiento, el principio de “garantía implícita” fue delineado en el caso de Kouros como un supuesto de responsabilidad objetiva que admite típicas defensas de fractura de nexo causal: “El hecho de que exista una garantía implícita no implica que el proveedor sea siempre responsable”, dijo la Sala. “Podría ser que el deterioro haya sido causado por un factor diferente como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las cuales obviamente no podría hacerse responsable al denunciado de lo ocurrido”.

Cuando se revisa a profundidad la resolución emitida por la Sala, sin embargo, puede postularse que la segunda diferencia es sólo aparente. La responsabilidad objetiva del proveedor implica que éste debe responder por los defectos de sus productos aun cuando éstos no hubieran podido ser eliminados mediante medidas de cuidado razonables. El productor de la bebida gaseosa en el caso del ratón no podría alegar, por ejemplo, que el animal fue introducido en la botella por un tercero o que la imposibilidad de detectar su presencia se debió a caso fortuito o fuerza mayor. Cualquier evento ocurrido en el curso del proceso de producción se asume sujeto a su control y no existe posibilidad alguna de demostrar lo contrario. Una vez que el producto es introducido en el mercado, en cambio, las cosas se alteran por completo. A partir de la adquisición, es el consumidor quien se encuentra en mejor posición para adoptar medidas de prevención destinadas a asegurar un adecuado consumo. Que se admita que el proveedor no puede ser responsable por el mal uso del producto, como hace la Sala con buen criterio, poco tiene que ver con las circunstancias internas de la empresa⁵² y es por ello que parecería un sinsentido extender la responsabilidad objetiva incluso a este tipo de casos. Pero esto es lo mismo que ocurre en el caso

⁵² Como ha señalado Visintini, la verdadera causa no imputable debe ser entendida, en un régimen objetivo, no como “causa no atribuible a la culpa del obligado”, sino como “evento extraño a la esfera de control del obligado”. En esta línea de desarrollo, el proveedor sólo puede ser responsable por los defectos del producto y no por el mal uso del consumidor, que –desde esa perspectiva– se considera una circunstancia externa a la empresa. Cfr. VISINTINI. Op. cit., pp. 67 y 75.

del saneamiento por vicios ocultos, el cual –como podría intuirse del simple nombre de la institución– no puede originarse cuando el “vicio” hubiera sido generado por el adquirente⁵³.

Cuando las defensas admitidas por la Sala de Defensa de la Competencia son interpretadas bajo el prisma de este razonamiento, se descubre en realidad que la responsabilidad por productos defectuosos bajo nuestra Ley de Protección al Consumidor no admite ninguna defensa relacionada con las circunstancias internas del proveedor. Cualquier defecto en el producto origina la obligación de repararlo, sustituirlo o, en todo caso, pagar una indemnización⁵⁴. El proveedor puede exonerar su responsabilidad demostrando simple y sencillamente que el producto no era defectuoso, lo que exigiría evidenciar –entre varias otras posibilidades– que el perjuicio sufrido por el consumidor se debió al mal uso de la mercadería o era atribuible a otras circunstancias externas al proveedor suscitadas después de que el bien fue colocado en el mercado.

2.4. Garantías explícitas ofrecidas al consumidor

En un clásico artículo escrito en los Estados Unidos⁵⁵, George Priest sugirió por primera vez que las garantías explícitas ofrecidas por los proveedores en el mercado (como las otorgadas por los fabricantes de automóviles o electrodomésticos) no constituían dispositivos utilizados para explotar a los consumidores mediante la limitación unilateral de las obligaciones legales (como proponía la llamada “teoría de la explotación”) ni debían interpretarse como mensajes destinados a revelar los atributos mecánicos de los bienes (tal como postulaba la “teoría de la señal”). De acuerdo con

Priest, la realidad económica demuestra que –con el fin de maximizar los ingresos provenientes de las ventas– los proveedores diseñan las garantías tratando de distribuir del modo más eficiente posible los riesgos asociados al producto entre el proveedor y el consumidor: “una garantía es [sostiene Priest] el instrumento que expresa las preferencias del consumidor por las inversiones preventivas o de seguro. Es un contrato que divide responsabilidad (...) entre el consumidor y el fabricante. El contenido del contrato está determinado por los costos correspondientes a las dos partes (...) De acuerdo con este enfoque, el fabricante lleva a cabo inversiones preventivas para prolongar la vida del producto hasta el punto en que el costo marginal de tales inversiones iguala el beneficio marginal. Un fabricante, entonces, ofrece seguro de mercado para aquellas pérdidas o elementos del servicio para los cuales el mercado de seguros es menos costoso que las inversiones preventivas o de seguro por parte del consumidor mismo”.

La evidencia empírica que contiene el trabajo de Priest ratifica nuestra tesis sobre la naturaleza recíproca del problema del riesgo⁵⁶. La mayor parte de garantías ofrecidas en el mercado, por ejemplo, limitan la cobertura de partes o repuestos a un cierto período de tiempo y excluyen explícitamente ciertos componentes. Los fabricantes de refrigeradores usualmente no garantizan las bombillas o el acabado exterior. Cosa similar ocurre con los fabricantes de cocinas, que no garantizan los adornos. La explicación que aporta Priest es que los proveedores tienden a excluir aquellos componentes más vulnerables a las intensidades de uso por parte de los consumidores. Puesto en otros términos: los proveedores están dispuestos a asumir responsabilidad por elementos internos de los

⁵³ Otras diferencias en el tratamiento de las garantías implícitas bajo la Ley de Protección al Consumidor y la regulación de las obligaciones de saneamiento en el Código Civil pueden destacarse: (i) en primer lugar, el plazo durante el cual pueden ejercerse las pretensiones, que es bastante limitado en el ordenamiento civil, mientras que no existe límite explícito en el caso de las normas de protección al consumidor; (ii) en segundo término, el modo en que han sido dispuestos los remedios admisibles, que sigue un orden secuencial de acuerdo con el artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor de modo que la devolución del dinero sólo puede solicitarse si la reposición del producto no es posible y ésta sólo puede exigirse si no es factible la reparación, mientras que el Código Civil autoriza –al menos en lo relativo a los vicios ocultos– a ejercer indistintamente y casi sin ninguna limitación, los remedios conferidos por el ordenamiento.

Las diferencias que hemos puntualizado en el cuerpo de este escrito y las que detallamos en esta nota parecen no tener justificación. No llegamos a comprender las razones por las que la responsabilidad objetiva debe tener una extensión mucho más amplia en el ámbito de las relaciones de consumo ni podemos explicar –con algún nivel de razonabilidad– el distinto modo en que han sido configurados los remedios en ambos regímenes. Pensamos, por ello, que bien podría acometerse en nuestro país la tarea de discutir sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad contractual.

⁵⁴ Ley de Protección al Consumidor. Artículo 31.- Los consumidores tendrán derecho a la reparación gratuita del producto; y, cuando ello no sea posible a su reposición; o, de no ser ello posible, a la devolución de la cantidad pagada, en los casos siguientes:

1. Cuando los que ostenten una certificación de calidad no cumplan con las especificaciones correspondientes.
2. Cuando los materiales, elementos, substancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones que ostenten;
3. Cuando la ley de los metales de los artículos de joyería u orfebrería sea inferior a la que en ellos se indique.
4. Cuando el producto se hubiese adquirido con determinada garantía y dentro de la vigencia de la misma, se pusiera de manifiesto la deficiencia de la cualidad o propiedad garantizada.
5. Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado; y,
6. Cuando el producto o servicio no se adecua a los términos de la oferta, promoción o publicidad.

⁵⁵ El trabajo, publicado originalmente en el volumen 90 del Yale Law Journal cuenta con una excelente traducción en castellano, que es la que hemos consultado para este artículo: PRIEST, George. “Una teoría de la garantía del producto para el consumidor”. En: THEMIS-Revista de Derecho 35. Segunda Época. 1997. p. 285.

⁵⁶ Ver: PRIEST, George. Op. cit., pp. 301-321.

productos, que no se encuentran normalmente expuestos a mal uso por el consumidor, pero renuncian a extender la garantía a aquellos elementos sobre los que el consumidor tiene mejor control una vez que el producto ha sido adquirido. Esta distribución de los riesgos alinea eficientemente los incentivos a los que se ven sometidas las partes: el consumidor es consciente, de este modo, que está en la obligación de revisar el producto al momento de la adquisición (para asegurar que éste no tiene ningún vicio externo) porque en caso contrario no podrá reclamar por defectos tales como raspaduras, abolladuras, etc.; el proveedor, que ha otorgado la garantía sobre los componentes internos con la esperanza de reducir la desconfianza del consumidor a adquirir el producto, se ve inducido a realizar inversiones en su proceso productivo de modo que se minimice el número de productos defectuosos colocados en el mercado.

Las garantías explícitas –cuyo uso se ha generalizado en el mercado al punto que los comercializadores han empezado a ofrecer garantías adicionales a las comprometidas por el fabricante (también llamadas “garantías extendidas”⁵⁷)– constituyen también uno más de los mecanismos mediante los cuales los privados manifiestan sus preferencias respecto del riesgo. Cuando el proveedor se obliga a asumir responsabilidad objetiva mediante el otorgamiento de una garantía, al menos sobre aspectos respecto de los cuales el consumidor no tiene mayor control, lo hace en su propio beneficio. Piénsese, por ejemplo, en las nuevas tecnologías: es altamente probable que, de no ser por las garantías, los consumidores adversos al riesgo podrían verse tentados a posponer la adquisición de nuevos productos hasta que exista sobre ellos abundante experiencia de mercado. Sin importar el nivel de aversión al riesgo, empero, es poco probable que un consumidor requiera garantías sobre contingencias que él puede controlar a más bajo costo que el proveedor.

3. LA ESTRUCTURA CONTRACTUAL Y LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS

Que el cumplimiento de la prestación sea normalmente controlable por el deudor justifica que se haga recaer en éste el riesgo de incumplimiento. De ello no se sigue, como hemos visto, que todos los riesgos relacionados con un contrato deban hacerse reposar sobre el deudor. Los contratos se encuentran sujetos a una serie de eventos inciertos: riesgos de mercado (fluctuaciones en el nivel general de los precios, por ejemplo), riesgos comerciales, riesgo de insolvencia, etc. Dependiendo

de la información que maneje cada parte y de su actitud frente al riesgo, es posible que la distribución del peso económico correlativo varíe de contrato en contrato. Como quiera que no puede formularse una regla de carácter general (salvo para el caso del incumplimiento), parece justificado que los jueces realicen una indagación, caso por caso, sobre las características particulares de la operación contractual antes de definir cuál de las partes debe soportar el riesgo. En ausencia de provisiones específicas en el contrato, parece razonable que –como ocurre en Alemania⁵⁸– se infiera el modo en que cierto riesgo debe asignarse del contenido de la obligación o, más precisamente, tomando en cuenta la forma en que las partes han diseñado la transacción.

3.1. Estructuras básicas

En cuanto refiere a los contratos de construcción, por ejemplo, la industria ha desarrollado –en lo fundamental– dos tipos de estructuras contractuales. En el primer tipo de estructuras –que se identifican con el “contrato de obra a ajuste alzado” o “a suma alzada” a que se refiere el artículo 1776 del Código Civil– el contratista negocia con el comitente una contraprestación por toda la obra y queda cubierto contra el incremento de precios en los insumos. El segundo tipo de estructuras –al que pertenece el “contrato por precios unitarios”, o las distintas modalidades de *cost-plus*– define la contraprestación del constructor como una comisión porcentual sobre el costo de cada elemento de la obra y de esta forma atribuye el riesgo de incremento de los precios al comitente. En la zona intermedia, las empresas involucradas en la industria han sido capaces de diseñar complicadas fórmulas que admiten ajustes en la contraprestación en ciertos casos y que no admiten ajustes en otros.

Es indudable que las diferencias en las estructuras contractuales tienen que ver con el riesgo. Es probable que un comitente inexperto (una persona que no conoce sobre construcción y no tiene tiempo para involucrarse en tareas de supervisión) opte por un esquema contractual a ajuste alzado: en este contexto, el contratista se encuentra en mejor aptitud para asegurar el riesgo, ya que –sobre la base de su experiencia pasada– puede estimar con mayor certeza la posibilidad de que los precios se incrementen y, de esa forma, inducir al comitente a encargar una obra que probablemente no habría encargado bajo otro esquema contractual. Parecería irracional que el ordenamiento legal impusiera cortapisas a lo que las partes consideran una adecuada

⁵⁷ Ver, por ejemplo: <http://www.falabella.com/html/garantia/garantia.html>.

⁵⁸ Ver nota 4 *supra*.

distribución del riesgo, pero eso es efectivamente lo que ocurre en nuestro país como puede advertirse de lo establecido en el inciso 2 del artículo 1441 del Código Civil. La norma en cuestión autoriza a solicitar el reajuste de las prestaciones (precisamente lo que querría evitar el comitente en una operación a suma alzada), incluso en el caso de contratos aleatorios, “cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”. Lo que el Código no precisa, por supuesto, es qué es lo que se considera una “causa extraña”. Así las cosas, una regla simple –limitarse a ejecutar lo previsto por las partes– se transforma en una regla compleja susceptible de generar litigios oportunistas e incrementar el costo de la administración de justicia.

Una serie de figuras reguladas en nuestro Código Civil ratifican la idea de que los riesgos se distribuyen de modo distinto en cada situación. Piénsese, por ejemplo, en las negociaciones preliminares a las que me he referido en otro trabajo⁵⁹. Cuando los potenciales contratantes se involucran en tratativas deciden unilateralmente realizar ciertas inversiones y asumen el riesgo de que éstas se pierdan en el caso que no llegue a celebrarse un contrato. Considerando esta posibilidad, quien se encuentre interesado en vender un inmueble puede verse inducido a explorar varias alternativas de modo paralelo. El problema es que la existencia de posturas competitivas reduce al mismo tiempo la probabilidad de que cualquiera de los compradores interesados termine adquiriendo el inmueble. Para enfrentar esta situación, el interesado que haya tomado una decisión definitiva puede ofrecer al vendedor la celebración de un contrato de opción. El derecho de opción reduce el riesgo de que el contrato definitivo no se celebre y permite que el potencial comprador lleve a cabo todas las gestiones que requiere para celebrar el contrato definitivo (por ejemplo, obtener un crédito bancario). En el otro lado de la relación, sin embargo, el vendedor ve incrementado su riesgo porque el otorgamiento de la opción implica para él (salvo que quiera actuar de mala fe) la imposibilidad de explorar posibilidades alternativas y

puede terminar alejando por completo a los otros interesados. La entrega de arras de retractación puede servir para balancear los riesgos comprometidos, de modo que el concedente reciba una indemnización por el perjuicio causado en el caso que el optante no ejercite el derecho de opción⁶⁰.

Nótese, una vez más, cómo la distribución de los riesgos sirve perfectamente a los intereses de las partes y responde a la teoría que hemos enunciado anteriormente: con la entrega de las arras el potencial comprador otorga credibilidad a su intención de cerrar la compraventa y asume efectivamente el riesgo de que el contrato no pueda concretarse; el vendedor – por su parte– queda libre de la incertidumbre, en la medida que el tiempo en que su inmueble permanezca fuera del mercado será compensando en caso de no cerrarse la compraventa. Si se observa bien, es natural que el potencial comprador sea quien asuma el riesgo de que el contrato llegue a concretarse: él conoce mejor que el vendedor cuáles son las reales posibilidades de que obtenga un crédito bancario o tiene mejor control de los problemas que podrían conspirar contra la suscripción del contrato definitivo.

Por más tentado que pudiera encontrarse un juez a ordenar al concedente la devolución de la suma recibida como arras en el caso que el contrato definitivo no llegara a celebrarse por un causa externa al optante (por ejemplo, si el crédito bancario le es denegado sin razón aparente), lo más recomendable es renunciar a tales tentaciones. Como regla general parece inadecuado que el Derecho intervenga para alterar las condiciones expresamente negociadas por las partes⁶¹. Si se quiere promover una adecuada distribución de los recursos productivos en nuestra sociedad, el papel de los jueces debe estar dirigido a ejecutar lo previsto por las partes o a establecer, en defecto de pacto, qué es lo que hubieran previsto ellas en caso de haber podido negociar sobre la cuestión en debate. Las cortes deben evitar alterar el equilibrio contractual prefigurado por los participantes en un negocio⁶².

⁵⁹ HARO SEIJAS, José Juan. Op. cit., p. 122.

⁶⁰ Es fácil advertir que la definición contenida en el artículo 1480 del Código Civil encierra algún problema porque allí se indica que la entrega de arras de retractación “concede a las partes [en un contrato preparatorio] el derecho de retractarse”. Fuera de que el optante no está nunca obligado a ejercitar la opción, sin embargo, nada impide que convenga en que el concedente conserve las arras entregadas en caso el derecho no se ejercite.

⁶¹ Excepción hecha, por supuesto, de las prohibiciones establecidas *ex-ante* por el sistema legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 1355 del Código Civil.

⁶² El modo en que las partes se distribuyen los riesgos vinculados a una transacción ha sido desarrollado por Eric Posner sobre la base del modelo de agencia en un muy interesante trabajo que bien vale la pena revisar para caer en la cuenta de lo nociva que podría resultar la intervención en el modo en que los privados organizan sus transacciones. POSNER, Eric. “Agency Models in Law and Economics”. En: POSNER, Eric (Editor). “Chicago Lectures in Law and Economics”. New York: Foundation Press. 2000. p. 225. A dicho trabajo, del cual existe una traducción disponible coordinada por quien esto escribe para la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), pertenece el siguiente ejemplo, que –como un lector aguzado podrá advertir– guarda innegable relación con el caso de las arras: “El propietario es el principal y el inquilino es el agente. El propietario quiere que el agente cuide las instalaciones: que las mantenga limpias y que no las someta a mayor desgaste por uso. Pero el propietario no puede observar directamente al inquilino, así que no queda claro si la lavadora de ropa se malogró porque el inquilino metió demasiada ropa o porque estaba funcionando mal. Un depósito de garantía minimiza los costos de agencia. El inquilino sabe que si maltrata el departamento, el propietario se quedará con el depósito de garantía, por lo tanto, tiene un incentivo para tener cuidado. Al mismo tiempo, el inquilino no será responsable si, por ejemplo, todo el edificio se incendia, o en todo caso habría que probar judicialmente su responsabilidad. Así, el inquilino no asume todo el riesgo de un resultado negativo”.

3.2 Repensando la “teoría del riesgo”: ¿*periculum est dubitabilis*?

El tratamiento que los juristas peruanos han concedido a la “teoría del riesgo” pone en evidencia el desinterés de nuestra doctrina por los aspectos económicos de la institución. En noviembre de 1984, tan pronto como entró en vigencia el vigente Código Civil, el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica editó el primer volumen de la Biblioteca “Para Leer el Código Civil”. El libro contenía artículos escritos por insignes profesores de nuestra casa de estudios sobre distintos aspectos regulados en el nuevo código e incluía un trabajo del profesor Manuel De la Puente y Lavalle sobre la teoría del riesgo⁶³. En su ensayo, el maestro de tantas generaciones reconocía que era perfectamente posible que el ordenamiento jurídico asignara el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación al acreedor (bajo la regla *periculum est creditoris*) o al deudor (según la regla *periculum est debitoris*): en el primer caso, explicaba, ello debería significar que el acreedor de la prestación que se hiciera imposible quedara de cualquier modo obligado a desembolsar la contraprestación; en el segundo, en cambio, el deudor perdía el derecho a recibir lo prometido por el acreedor. No obstante la aparente validez de ambas alternativas, De la Puente juzgaba necesario determinar cuál de las dos posibilidades estaba más de acuerdo con la naturaleza del contrato con prestaciones recíprocas. Sus ideas al respecto se citan a continuación:

“La nota característica del contrato con prestaciones recíprocas es, como su nombre lo indica, la reciprocidad entre la prestación a cargo del deudor y la contraprestación a cargo del acreedor (...), a diferencia del contrato con prestaciones autónomas, donde no obstante haber prestación y contraprestación tal reciprocidad no existe, y del contrato con prestación unilateral, en el cual sólo hay la prestación a cargo del deudor.

En estas condiciones, como la imposibilidad de la prestación determina que ésta no pueda cumplirse, la única manera racional de respetar la naturaleza del contrato de prestaciones recíprocas es que la contraprestación tampoco se cumpla, con lo cual la liberación del deudor está recíprocamente acompañada por la liberación del acreedor. Es injusto, como dice JOSSERAND, que existiendo reciprocidad uno de los contratantes obtuviese satisfacción y el otro no (...)

De no ocurrir así, se estaría transformando el contrato de prestaciones recíprocas, sin justificación alguna, en

un contrato con prestación unilateral, donde sólo existiría la contraprestación a cargo del acreedor.

En virtud de estas razones, resulta justificado opinar en el sentido que el único principio adecuado para la solución del problema del riesgo en los contratos con prestaciones recíprocas es el *periculum est debitoris*, según el cual cuando la prestación a cargo del deudor se convierte en imposible por causa no imputable a éste, con la consiguiente extinción de la obligación del deudor, el acreedor queda recíprocamente liberado de la contraprestación a su cargo. Sólo así se respeta el equilibrio entre prestación y contraprestación, que caracteriza el contrato con prestaciones recíprocas”⁶⁴.

Sin perjuicio de que la tesis del profesor De la Puente – repetida en otros trabajos de su autoría– resulta sugerente y fue expuesta con la claridad que caracteriza todo lo que él ha escrito, no puedo compartir el razonamiento que encierra el texto transcrito. Como he intentado explicar en las líneas precedentes, el modo en que las partes se distribuyen los riesgos (y esto incluye, por supuesto, el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación) poco o nada tiene que ver con la naturaleza jurídica del contrato sino que atiende fundamentalmente a las preferencias de las partes y a la capacidad que pueda tener la una o la otra para estimar mejor la magnitud del riesgo y –de ser el caso– diluir su peso económico en el mercado. De la misma manera que no se altera la naturaleza recíproca de un contrato de obra cuando el riesgo del incremento del precio de los materiales se hace recaer en el comitente o en el contratista (con el consiguiente ajuste de la contraprestación), nada hace suponer que la esencia de un contrato de prestaciones recíprocas pudiera verse afectada porque el peso económico de la imposibilidad no sea soportado por el deudor. Si, como sostiene el profesor De la Puente, el único principio adecuado para la solución del problema del riesgo en los contratos con prestaciones recíprocas es el *periculum est debitoris*, ¿cómo así podría explicarse que el artículo 1431 de nuestro Código Civil establezca expresamente que “las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor”?

Es notorio, por lo demás, cómo –probablemente influido por lo establecido en el artículo 1316 del Código Civil⁶⁵– el profesor De la Puente parece considerar inobjetable que en todo caso de imposibilidad sobrevinida, la responsabilidad del deudor debe quedar exonerada. Como el lector podrá suponer en este estado de la discusión, tal

⁶³ Nos referimos, concretamente, a DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984”. En: “Para Leer el Código Civil”. Vol. 1. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 159.

⁶⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Ibid.*, pp. 167-168.

⁶⁵ Código Civil. Artículo 1316.- “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor (...)”.

consideración es inexacta: si el deudor ha otorgado una garantía exigible aun en caso de imposibilidad sobreviniente (como puede ocurrir respecto del servicio especial prestado por un *courier* o en el ejemplo del médico propuesto por Forno o en cualquier otro caso de la misma especie), tal imposibilidad no puede determinar en modo alguno la liberación del deudor dado que ello supondría vaciar de contenido a la garantía. Lo que se impone más bien en tales circunstancias es la estricta asunción del riesgo y el correlativo pago de la indemnización comprometida a favor del acreedor, el que –habiendo recibido el beneficio esperado bajo el contrato– mal podría, por su parte, exigir la devolución de la contraprestación.

Como señala Posner, la simple constatación de que una prestación se ha hecho imposible no puede llevarnos a concluir que el deudor debe quedar liberado de toda responsabilidad. “Mi consentimiento podría haber incluido [explícita o] implícitamente la promesa de asegurar [al acreedor] en el evento en que fuera incapaz de entregar los bienes a tiempo. Y si tal contrato de seguro estuviera implícito en la transacción, debería ser cumplido”⁶⁶. La lección que puede extraerse de este análisis es que la imposibilidad sólo origina la liberación del deudor cuando una conclusión distinta no pudiera ser derivada directamente o por implicación de los términos contractuales. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la *emptio spei* (venta de la esperanza) a que se refiere el artículo 1536 del Código Civil, respecto del cual nuestro codificador ha sido capaz de admitir que se pague el íntegro de la contraprestación aun cuando el bien materia del contrato nunca llegue a existir. La norma señala explícitamente, en efecto, que “si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien [más concretamente, de su inexistencia], el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir”. No encontramos justificación alguna para que un razonamiento similar no pueda extenderse al riesgo de imposibilidad de la prestación⁶⁷.

En todas las hipótesis que hemos utilizado para describir cómo el riesgo puede ser asignado totalmente o parcialmente a cualquiera de las partes, hemos demostrado cómo la naturaleza recíproca del problema

se mantiene. No parece, por tanto, que pueda admitirse la tesis con arreglo a la cual la regla *periculum est debitoris* se justifica en la naturaleza especial de los contratos de prestaciones recíprocas. Por definición, cualquier otra regla que eligieran las partes en un contrato de prestaciones recíprocas respetaría la reciprocidad porque originaría ajustes correlativos en las condiciones económicas del contrato: cuanto mayor riesgo asuma una parte, mayor será el pago que a título de “prima implícita” exigirá a la contraparte. La prima implícita bien podría manifestarse en una reducción de la prestación a cargo de la parte que asume el riesgo o en un incremento de la contraprestación que aquella tiene derecho a recibir.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Muchas de las teorías que a diario se enseñan en nuestras aulas universitarias están vacías de contenido práctico. Nuestra doctrina –esperanzada en la búsqueda de conceptos generales y abstractos que pudieran brindar coherencia interna al problema– ha centrado su atención en derivaciones lógicas, antes que dedicarse a reflexionar sobre cuestiones que están presentes en todos los contratos y que, por tanto, requieren urgente análisis. Este es, precisamente, el caso del riesgo.

El simple análisis de cualquier contrato permite descubrir cuáles son los riesgos a los que las partes han prestado atención y cómo los han distribuido entre ellas. Permite también constatar que nuestro Código no impide, sino que reconoce, la posibilidad de que tales pactos asignen totalmente el peso económico relacionado con una cierta contingencia a una de las partes (por eso existen las obligaciones de saneamiento, la promesa del hecho ajeno y las arras).

Aunque es necesario extender el análisis empírico para identificar el modo en que nuestro Código debería enfrentar el problema, me atrevería a postular que en ese camino vale la pena tratar de entender el modo en que los privados atribuyen los riesgos al momento de contratar. Pienso que las decisiones que se adoptan en este campo (y que el sistema legal debería estar en capacidad de reproducir en ausencia de pacto) suponen al menos las siguientes consideraciones:

1. ¿Quién conoce de la existencia del riesgo? Los riesgos conocidos por una sola de las partes –esto es,

⁶⁶ POSNER, Richard. Op. cit., p. 115.

⁶⁷ Conviene anotar, por lo demás, que es inexacto que la regla *periculum est debitoris* haga recaer en el acreedor todo el riesgo de imposibilidad sobreviniente de la prestación. Si se observa con atención, se descubrirá que lo que el precepto hace en realidad es distribuir los riesgos entre las partes: el deudor pierde el valor que la prestación tenía para él, pero el acreedor no llega a realizar su expectativa de ganancia. Un ejemplo permite observar más claramente el efecto que aquí describimos. Supongamos que A vende a B un producto en \$/ 100. Imaginemos, además, que A piensa que fabricar el producto le costará \$/ 80 y que, en consecuencia, el contrato le permitirá ganar \$/ 20. Asumamos, finalmente, que B estima que – una vez adquirido el producto – podrá venderlo en el exterior a un precio de \$/ 130, obteniendo una ganancia de \$/ 30. Si el bien se perdiera después de haber sido fabricado, pero antes de su entrega y se aplicara la regla *periculum est debitoris*, A (el deudor) perdería \$/ 100 (los \$/ 80 correspondientes al costo de fabricación más los \$/ 20 que esperaba ganar con el contrato), pero B también sufriría una pérdida económica equivalente a los \$/ 30 que podría haber realizado en el caso que el bien no se hubiera perdido.

aquellos que no hayan sido motivo de revelación— deben ser asumidos por ella⁶⁸.

2. ¿Quién puede adoptar precauciones para minimizar el riesgo a menor costo? La parte que pueda tomar medidas de cuidado con la menor inversión, debe asumir el riesgo.
3. En el caso que las precauciones no puedan eliminar el riesgo parcial o totalmente ¿quién puede calcular mejor el riesgo no evitable? La parte que pueda hacerlo debe asumir al menos esa porción del riesgo, salvo que pueda trasladar la información requerida a la contraparte para que ésta difunda o diversifique el riesgo, si ello es posible.
4. ¿Quién puede “difundir” mejor el riesgo? El que pueda diversificar mejor el riesgo, debe asumirlo.

De conformidad con los artículos 1314 y 1320 de nuestro Código Civil, la responsabilidad contractual

tiene su fundamento en la culpa. Esto significa, en otros términos, que —salvo pacto en contrario— el peso económico del daño sólo es asumido por el deudor cuando hubiera estado en posibilidad de evitarlo mediante la adopción de precauciones. Como esperamos haber demostrado, este es un enfoque insuficiente del problema. Más allá de lo que el Código Civil señala, un simple análisis de los contratos que suscribimos todos los días nos permite constatar que los privados atribuimos “responsabilidad” (la obligación de cubrir a la contraparte ante el caso de una contingencia) incluso en ocasiones en las que el evento dañoso no hubiera podido evitarse en modo alguno. Si el desarrollo mismo de la autonomía privada ha conducido a esta evolución en nuestra forma de contratar, parece irracional que nuestro Código continúe centrando su atención en la culpa como factor de atribución de responsabilidad.