

Luis Miguel Velarde Saffer<sup>(\*)</sup>

# Análisis de los regímenes de **responsabilidad civil** contractual y extracontractual, sus respectivas funciones y los **supuestos limítrofes**

## 1. Introducción

Este trabajo tiene como finalidad analizar diversos aspectos relacionados al sistema de responsabilidad civil en general y, además, del sistema de inejecución de obligaciones (en adelante, «sistema de responsabilidad contractual») y del sistema de responsabilidad extracontractual en particular. Por esta razón, en la primera parte efectuaremos una revisión general de las distintas funciones que han sido atribuidas al sistema de responsabilidad civil, deteniéndonos en el análisis específico y particular de la función de prevención (*deterrence*) y de la función compensatoria. Posteriormente, desde una óptica económica veremos la importante relación que existe entre dichas funciones y la adopción de un régimen de responsabilidad objetivo o subjetivo, para lo cual tomaremos como base la teoría de las capacidades de prevención esbozada por Shavell, la cual nos permitirá vislumbrar otra importante función -de nivel general- de la responsabilidad civil: la función de incentivación y desincentivación de actividades.

En la segunda parte, revisaremos los principales dispositivos sobre responsabilidad contractual y extracontractual contenidos en el Código Civil, evaluando el régimen de responsabilidad (objetivo o subjetivo) adoptado por el legislador nacional en cada uno de dichos sistemas y, consiguientemente, analizando si se ha priorizado alguna de las funciones de la responsabilidad civil antes tratadas (y, de ser el caso, cuál de ellas en cada campo).

Finalmente, en la tercera y última parte de este trabajo tomaremos posición sobre la forma como deben resolverse «los supuestos problemáticos de la responsabilidad civil», es decir, aquellos casos donde resulta complejo determinar -ante la verificación de un daño- en qué sistema de responsabilidad civil nos encontramos y, en

---

(\*) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## Análisis de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, sus respectivas funciones y los supuestos limítrofes

consecuencia, qué normas resultan de aplicación para la tutela de los derechos de la víctima.

### 2. Marco teórico

#### 2.1. Funciones de la responsabilidad civil

No existe consenso sobre cuáles son todas las funciones que un sistema de responsabilidad civil debe cumplir (aunque debemos admitir que, sobre las principales funciones, sí existe acuerdo), al mismo tiempo que existe un arduo debate acerca de cuál de dichas funciones debe priorizarse.

A continuación haremos un breve recuento sobre las opiniones vertidas en doctrina en torno a las distintas funciones que un sistema de responsabilidad civil está destinado a cumplir. Monateri concibe como las 3 funciones principales de la responsabilidad civil la función compensatoria, la función sancionadora y la función preventiva<sup>(1)</sup>; por su parte, Fernández ha clasificado las funciones de la responsabilidad civil desde una óptica diádica (o micro sistémica) y una óptica sistémica (o macro económica). Así, desde la perspectiva diádica señala que la responsabilidad civil cumple una función satisfactoria, de equivalencia y distributiva, mientras que desde la perspectiva sistémica cumpliría una función de incentivación o desincentivación de actividades y una función preventiva<sup>(2)</sup>. Por otro lado Calabresi, al formular su teoría sobre los accidentes y describir los costos derivados de aquellos sucesos, distingue los costos primarios (derivados directamente del accidente), los costos secundarios (sumas de dinero que deben pagarse a título de indemnización a quienes sufrieron los daños) y los costos terciarios (aquellos derivados de poner en marcha el aparato legal para que, entre otros, las víctimas puedan hacer valer sus derechos y obtener el resarcimiento debido)<sup>(3)</sup>, teniendo como finalidad -un sistema de responsabilidad civil- priorizar dichos costos e implementar medidas destinadas a su reducción. Desde

otra perspectiva, Alpa ha señalado como las cuatro funciones principales de la responsabilidad civil a la función de reaccionar contra el ilícito dañino, la de retornar a la víctima al estado en que se encontraba antes de sufrir el daño (compensación), la de reafirmar el poder punitivo del Estado (sanción) y la de disuadir al causante del daño (desincentivación), siendo subsidiarias a dichas funciones otras referidas a los efectos económicos de la responsabilidad civil, tales como la distribución de las pérdidas y la asignación de los costos<sup>(4)</sup>.

Como podrá apreciarse -y se han citado solo algunos ejemplos- existe abundante doctrina sobre las funciones que el sistema de responsabilidad civil está destinado a cumplir. No obstante, como señalamos en la introducción de este trabajo, aquí nos ceñiremos al análisis de la función preventiva (*deterrence*), de la función compensatoria y de la función de incentivación y desincentivación de actividades (esta última a raíz del estudio de la teoría de las capacidades de prevención esbozada por Shavell), a fin de conocer sus alcances y principales implicancias, sin perjuicio de lo cual haremos una eventual referencia (aunque de manera muy general) a la función de reducción de costos terciarios, es decir, a la función de reducir los costos que supone poner en marcha el sistema de administración de justicia en aras de hacer valer (tutelar) los derechos de las víctimas.

(1) MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. En: *Trattato di diritto civile*. Turín: Utet, 1998. pp. 19-27.

(2) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil. La óptica sistémica*. En: AUTORES VARIOS. *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*. Tomo IV. Milán: Giuffrè. pp. 393-445.

(3) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. p. 88.

(4) ALPA, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. 1era. edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2001. p. 69.

## Luis Miguel Velarde Saffer

### 2.1.1. Función preventiva (deterrence)

Siguiendo a Fernández, podemos decir que la función preventiva es aquella «destinada a inducir a los potenciales causantes de daños a adoptar los medios de seguridad necesarios para evitar la posible renovación de conductas dañosas»<sup>(5)</sup>. Desde una perspectiva económica, Calabresi tiene dicho que «las metas de desincentivación (...) buscan minimizar la suma de los costos de los daños y de los costos de las precauciones. Estas metas han de lograrse, no mitigando la carga de los costos que ya han ocurrido, sino creando incentivos de modo que la gente evite aquellos daños futuros que valga la pena evitar y, en consecuencia, que consiga un intercambio óptimo entre la precaución y el daño en un mundo donde la precaución no es un bien gratuito y, por lo tanto, el daño no es totalmente malo»<sup>(6)</sup>.

Como puede apreciarse, la función de prevención (o preventiva) busca que se tomen precauciones razonables a fin de evitar la ocurrencia de daños. No obstante, como se podrá entrever, resulta aconsejable y eficiente la existencia de cierto nivel de daños, por lo que la función preventiva - principalmente a través del Análisis Económico del Derecho - se vale de otros conceptos para definir en qué casos resulta exigible la toma de precauciones y, en esta misma línea, el nivel de costos en que resulta eficiente incurrir en la toma de las mismas. Para estos efectos, la función preventiva se ve complementada por la fórmula de Learned Hand y por el concepto del *cheapest cost avoider*.

En sus términos originales, la fórmula de Learned Hand fue elaborada por un juez estadounidense al resolver el caso de *United States v. Carroll Towing Co.* El caso se refería a la pérdida de un lanchón y su carga en la bahía de Nueva York. Varios lanchones se encontraban atados por una sola línea de amarre a un mismo punto. El demandado había contratado a un remolcador para que sacara de la bahía uno de los lanchones, luego de lo cual debería volver a amarrarlos. Al realizar dicha labor, el remolcador reajustó indebidamente la línea de amarre de los lanchones, razón por la que horas más tarde uno de ellos se soltó, chocó con

otro barco y se hundió junto con su carga. En estas circunstancias el dueño del lanchón perjudicado demandó a quien contrató al remolcador arguyendo que este último había sido negligente al amarrar los lanchones, a lo cual el demandado replicó que si el «lanchonero» del demandante (agente) se hubiese encontrado en su lanchón al momento en que el remolcador efectuó el amarre, se hubiese percatado del problema y, en consecuencia, hubiese podido realizar correctamente el amarre y evitar los daños que se produjeron. Al tomar posición en el caso, el juez Learned Hand formuló su famosa regla en los siguientes términos:

«De la revisión precedente se concluye que no existe ninguna regla general para determinar cuándo la ausencia de un lanchonero u otro asistente hará responsable al dueño de un lanchón por los daños causados a otros barcos si se suelta de sus amarres (...) Dado que hay ciertas ocasiones en las que cualquier barco se soltará de sus amarres y se convertirá en una amenaza para los barcos cercanos, la obligación del dueño, como en otras situaciones similares, de tomar precauciones contra los daños resultantes, es una función de tres variables: 1) la probabilidad de que el barco se suelte; 2) la gravedad del daño resultante en tal caso; 3) la carga de las precauciones adecuadas»<sup>(7)</sup>. Seguidamente y aplicando su fórmula al caso, el juez Hand concluyó que el demandante fue negligente en la medida que los costos de mantener a un «lanchonero» a bordo de su lanchón resultaban inferiores a la probabilidad de

(5) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*; p. 409.

(6) CALABRESI, Guido. *Acerca de la causalidad y la responsabilidad extracontractual. Un ensayo en homenaje a Harry Kalven, Jr.* En: *Themis*. Número 33. p. 197.

(7) ULEN, Thomas y Robert COOTER. *Teoría económica de los ilícitos culposos*. Derecho y Economía. pp. 400 y 401.

que el barco se soltase multiplicada por la magnitud del daño que, en dicho supuesto, se verificaría.

Como puede apreciarse, la fórmula de Learned Hand propone un medio para determinar cuál es el nivel de precauciones que resulta eficiente exigir que alguna de las partes tome, esto es, cuál es el costo razonable en que se debe incurrir tomando en consideración la probabilidad de que se verifique un daño y su magnitud. Schafer y Ott han expresado la fórmula matemática de Learned Hand de la siguiente manera:

«alguien actúa negligentemente cuando su gasto de previsión ( $V$ ) es menor que el daño previsto ( $S$ ), multiplicado por la probabilidad de que este ocurra ( $q$ ). La culpabilidad aparece cuando se cumple la condición de que  $V < Sq$  (...) siendo el gasto óptimo de prevención  $V = Sq$ »<sup>(8)</sup>.

Ahora bien, a pesar de las bondades de la fórmula desarrollada, ella se elabora en función de variables aritméticas, lo cual supone que quien tenga que decidir las precauciones que tomará debe contar con información suficiente para realizar dicho cálculo. En este mismo sentido se pronuncian Cooter y Ulen, quienes señalan que «el análisis costo-beneficio (de quién tomará las precauciones) exige mucha información de quien lo utilice» por lo que «el derecho de la responsabilidad debería tomar en cuenta quién se encuentra en la mejor posición para obtener información acerca de los accidentes»<sup>(9)</sup>. Es por esta razón que los partidarios de la fórmula de Learned Hand la complementan con el concepto del *cheapest cost avoider*.

Se denominada *cheapest cost avoider* a aquella parte que puede evitar un daño a un menor costo, es decir, a aquella parte que, dada su situación y la información con que cuenta,

puede evitar la ocurrencia de un daño a un menor costo. En términos de Calabresi, «el actor escogido para soportar las pérdidas debe tener un mejor conocimiento de los riesgos comprendidos y de las maneras de evitarlos que los que hubiesen soportado las pérdidas alternativamente; debe estar en una mejor posición para usar ese conocimiento eficientemente con el fin de escoger la alternativa más barata»<sup>(10)</sup>. En estos términos, el concepto del *cheapest cost avoider* resulta fundamental para determinar quién contó (o pudo contar) con mayor información y, por ende, para quién resultó menos costoso prever la ocurrencia de un daño, siendo este último quien debería asumirlo.

De lo expuesto se aprecia que, para el logro de sus fines, la función preventiva toma la fórmula de Learned Hand y el concepto del *cheapest cost avoider*. Ahora bien, puede verse como la función de prevención propone un análisis a seguir a fin de evaluar quien tomó las precauciones adecuadas y, en consecuencia, fue diligente, y quien no, liberándose de responsabilidad quien cumpla con el estándar de diligencia que en cada caso concreto se establezca. Esta situación nos permite compartir la opinión de Fernández en el sentido de que «el objetivo de 'deterrence' (prevención), puede actuarse y obtener mejores resultados a través de la culpa (régimen de 'negligente')»<sup>(11)(12)</sup>, sin perjuicio de lo cual, como explicaremos más adelante, la

(8) SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. *Manual de Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1986. p. 109.

(9) ULEN, Thomas y Robert COOTER. *Op. cit.*; p. 402.

(10) CALABRESI, Guido. *Op. cit.*; p. 201.

(11) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*; p. 411.

(12) En esta misma línea se ha pronunciado Alpa, quien ha señalado que «prevención del daño y efecto disuasivo de la responsabilidad civil, se encuentran, sin duda, íntimamente conectados a formas de responsabilidad subjetiva y, en definitiva, al presupuesto de la 'culpa'. La obligación de resarcir el daño, que debería inducir al agente a adoptar todas las medidas idóneas a prevenir perjuicios a terceros y a desalentarlo a producir actividades peligrosas o excesivamente riesgosas, puede devenir un fuerte instrumento de *deterrence* solo si se subordina a la confirmación de una 'culpa' del agente. Pero, cuantas veces la obligación surge independientemente de una culpa e independientemente de cualquier

## Luis Miguel Velarde Saffer

función preventiva también cumple un rol importante en un esquema objetivo de responsabilidad.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que la función de prevención se entiende tanto como un mecanismo que estimula la toma de precauciones razonables, como un mecanismo que logra la reducción de los daños que podrían ocasionarse. Como resulta obvio, en la medida en que se tomen mayores precauciones se reducirá la probabilidad de que se produzcan nuevos daños.

Sin perjuicio de lo señalado hasta el momento, no podemos dejar de mencionar que la función preventiva ha recibido ciertas críticas en cuanto al cumplimiento de sus fines, las cuales han sido brevemente reseñadas por Monateri en los siguientes términos: «(...) la capacidad de disuasión de la responsabilidad civil ha sido seriamente cuestionada. Se sostiene que tal capacidad no es efectiva en los crímenes donde está presente la violencia: quien mata a alguno, a sangre fría o en un rapto de cólera, no se detiene a pensar en los daños que deberá pagar a la viuda. Lo mismo puede afirmarse respecto de ciertos hechos ilícitos financieros: ¿acaso el que falsifica un cheque piensa, previamente, que tendrá que resarcir el daño? No cabe duda de que tiene en cuenta la posibilidad de restituir la cantidad de la que se está apropiando, pero todo dependerá, exclusivamente, de la probabilidad de que sea descubierto. En los supuestos de competencia desleal, o de operaciones comerciales ilícitas, la disuasión solo podrá tener efecto en la medida que el resarcimiento aplicado sea ejemplar. Otras veces, cuando es posible recurrir a los seguros, son los accionistas quienes pagan las primas, con el fin de cubrir los daños ocasionados por los administradores de la sociedad. Y por último, es evidente que quien no posea un patrimonio no será disuadido por el temor a resarcir el daño (...) En lo tocante a la gran mayoría de los accidentes que se producen en la realidad, es necesario recordar que estos son el resultado de errores que son siempre posibles de evitar a través del cumplimiento de diversas acciones sociales. En

relación con tales errores, es indiscutible que la responsabilidad civil puede cumplir una función compensatoria, pero difícilmente una función preventiva propiamente dicha»<sup>(13)</sup>.

Al comentario transcrito creemos pertinente añadir que, según ha sido demostrado, en nuestro país las indemnizaciones son subcompensatorias<sup>(14)</sup>, por lo que difícilmente se generarán incentivos adecuados para una toma de precauciones eficiente. El sistema de responsabilidad civil surge con la finalidad de que quienes realicen una actividad que puede ocasionar daños, de ser el caso, asuman los costos que se generen, esto es, que «internalicen» las externalidades negativas que su actividad pueda conllevar, de tal forma que, al evaluar si se llevará a cabo una determinada actividad, el sujeto no solo tome en cuenta los «costos privados» de dicha actividad (por ejemplo, los costos que representa utilizar un automóvil), sino también todas aquellas pérdidas que podrían darse por la realización de tal actividad («costos sociales»; por ejemplo, los daños derivados de un accidente de tránsito). En pocas palabras, se busca que se tomen en cuenta los «costos sociales» de realizar una actividad y no solo los «costos privados» (situación que conllevará incluso, como se explicará más adelante, la posibilidad -por parte del legislador- de incentivar o desincentivar la realización de una actividad). Debe resultar claro de lo expuesto que, en caso no se logre que el causante de un daño asuma los «costos

---

valoración de la diligencia del comportamiento y de la adopción de medidas necesarias para prevenir el efecto dañino, es claro que el agente sufre en grado menor el efecto disuasivo de la responsabilidad». ALPA, Guido. *Op. cit.*; p. 74.

(13) MONATERI, Pier Giuseppe. *Op. cit.*; p. 21.

(14) HARO SEIJAS, José Juan. *De tin marin de do pingüe... Un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú*. En: *Themis*. Número 44. pp. 83-101.

sociales» del mismo, aquel no tendrá los incentivos adecuados para tomar las precauciones necesarias y, eventualmente, realizará una actividad de forma excesiva. Siendo el resarcimiento concedido bastante limitado, los causantes del daño no interiorizarán el costo de los perjuicios que ocasionen, por lo que carecerán de incentivos para dejar de producirlos o, en todo caso, para tomar precauciones razonables.

Esta situación ha sido descrita por Falla y Pizarro, para quienes «se puede fácilmente deducir el importante rol que cumple el monto indemnizatorio al interior de nuestro sistema de responsabilidad civil. Por un lado, el monto representa para la víctima, la ‘liberación’ de la pérdida ocasionada por el daño; por otro, representa para el responsable (que es quien lo paga) una presión de tipo económico que pretende desincentivar futuras conductas generadoras de daños, tanto en él, como en aquellos que pudieran sentir la tentación de no adoptar las precauciones necesarias (‘intimidación indemnizatoria’)<sup>(15)</sup>.

#### 2.1.2. Función compensatoria

Siguiendo a Franzoni, podemos decir que la función compensatoria tiene como finalidad el «asegurar a las víctimas el resarcimiento por la lesión padecida»<sup>(16)</sup>, es decir, «restablecer el patrimonio del damnificado»<sup>(17)</sup>. No cabe ninguna duda de que la función compensatoria se manifiesta en todos los campos de la responsabilidad civil ya que, en cualquier caso, se tiene como finalidad resarcir a la víctima, a fin de que no se vea perjudicada por el daño que le ha irrogado, ilegítimamente, su contraparte o un tercero.

La función compensatoria parte de considerar a la víctima de un daño, los perjuicios que su esfera patrimonial ha sufrido, a fin de que sean reparados los daños que injustamente le han sido irrogados. Habida cuenta de dicha

finalidad, puede constatarse que la función compensatoria se verá mermada o acentuada, dependiendo del caso, por el sistema de responsabilidad civil que se adopte. Así, resulta claro que un sistema de responsabilidad objetiva tiene una finalidad más «compensatoria» que un sistema subjetivo, desde que en el primero las posibilidades de que el causante de un daño pueda quedar exento de responsabilidad resultan mucho más limitadas que en el último caso (por ejemplo, en el primer esquema el causante de un daño solo podría liberarse de responsabilidad si probase el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho determinante de un tercero, mas no si probase el haber actuado con una diligencia razonable, lo cual sería suficiente en un régimen subjetivo) y, por ende, las probabilidades de que el causante del daño deba indemnizar a la víctima son mayores. No obstante, esto no significa que la función compensatoria desaparezca o pierda importancia en un sistema subjetivo, ya que ello dependerá de diversos factores, tal como se explicará más adelante.

La función compensatoria resulta de primera importancia, al punto que se ha propuesto modificar la denominación «Responsabilidad Civil» por la de «Responsabilidad por Daños». En esta línea se ha pronunciado Iturraspe, para quien es preferible «denominar al tema como ‘responsabilidad por daños’;

(15) FALLA, Alejandro y Luis PIZARRO. *El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares y esperanzadores*. En: *Themis*. Número 20. p. 100.

(16) FRANZONI, Massimo. *La función del resarcimiento del daño no patrimonial*. Extracto del *Trattato di Diritto Commerciale e del Diritto Pubblico dell'Economia* dirigido por Francesco Galgano, tomo XIV, Massimo Franzoni *La Liquidazione del Danno a la Persona*. Papua: CEDAM, 1990. pp. 274-279. Traducción del italiano por los doctores Gastón Fernández Cruz y Leysser L. León Hilario.

(17) *Ibid.*

## Luis Miguel Velarde Saffer

expresión en la cual observamos las ventajas de poner en el centro el detrimento o perjuicio y no la culpa»<sup>(18)</sup>.

A pesar de la importancia de la función compensatoria, podemos ver que ella no podría considerarse -en ningún caso- como la única función del sistema de responsabilidad civil, ya que de ser así no se comprendería por qué la responsabilidad no se identifica con la mera causalidad. Esta situación nos demuestra que existen distintas funciones, las cuales -a su vez- coexisten en el ámbito de la responsabilidad civil, tal cual explicaremos más adelante.

### 2.2. Las capacidades de prevención

Hasta aquí hemos hecho referencia a las funciones de la responsabilidad civil en general, aunque, como se habrá apreciado, en muchas oportunidades hemos acentuado la intrínseca relación que existe entre dichas funciones y la adopción de un régimen objetivo o subjetivo de responsabilidad. En este acápite pretendemos, siguiendo a Shavell, dar una breve descripción de la incidencia que puede tener asumir una regla objetiva (*strict liability*) o subjetiva (*negligence*) de responsabilidad (o alguna de sus variantes) en el comportamiento del potencial causante de un daño (*injurer*) y de la víctima (*victim*). No obstante, del análisis que realizaremos se apreciará que la adopción de una u otra regla de responsabilidad no solo incidirá en la toma de precauciones adecuadas (eficientes) por parte de alguna de las partes involucradas (causante y/o víctima del daño), sino también en el nivel de realización óptimo de una actividad.

La conveniencia de adoptar una regla objetiva o subjetiva de responsabilidad partirá del análisis de las capacidades de prevención en cada caso concreto. Así, se distinguen aquellos casos donde las capacidades de prevención son unilaterales, es decir, donde solo quien realiza la actividad (*injurer*) puede tomar precauciones que incidan en la probabilidad de que se verifique el daño, de aquellos otros donde las capacidades de prevención son bilaterales, es decir, donde el potencial causante del daño y la víctima

pueden tomar precauciones que incidan en la probabilidad de que ocurra un daño.

Antes de ingresar al análisis de cada caso en particular es preciso indicar que nuestro razonamiento parte de distinguir, como antes lo hemos hecho, los «costos privados» de los «costos sociales» de realizar una actividad<sup>(19)</sup>. Las reglas que se señalarán como las más adecuadas en cada esquema tienen como finalidad lograr lo que Shavell denomina *the social welfare optimum*, es decir, aquella situación donde se logra reducir al máximo los costos de realizar determinada actividad.

Asimismo, y para evitar mayores complicaciones, partiremos de las siguientes tres premisas: (i) que la magnitud de un daño y la consiguiente responsabilidad que origina pueden ser calculadas de forma probabilística; (ii) que el potencial causante de un daño y las víctimas son neutrales al riesgo; y, (iii) que los jueces fijarán el nivel óptimo de precauciones (en términos de bienestar social) que debe ser tomado por los potenciales causantes de un daño y las víctimas, dependiendo del caso.

#### 2.2.1. Capacidades de prevención unilaterales

Los casos donde las capacidades de prevención son unilaterales son aquellos donde solo la toma de precauciones por parte del potencial causante de un daño puede afectar la verificación del mismo; la toma de precauciones por parte de la víctima resulta indiferente (no afecta la probabilidad

(18) ITURRASPE, Jorge Mosset. *Introducción a la Responsabilidad Civil. Las tres concepciones*. En: *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 30.

(19) La presencia de los «costos privados» y de los «costos sociales» puede apreciarse en la siguiente fórmula:  $\text{costos privados} + \text{costo que representa la probabilidad de que se verifique un daño} = \text{costos sociales}$  (donde los costos privados representan las precauciones asumidas).

de que se produzca un daño) y, por ende, socialmente indeseable (ineficiente). En términos de Shavell, «only 'injurers' exercise of care or precautions affects accident risks; 'victims' behavior does not»<sup>(20)</sup>. Analicemos ahora cómo afectaría la conducta del potencial causante de un daño el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva o subjetiva.

#### *2.2.1.1. Responsabilidad objetiva*

En un esquema de responsabilidad objetiva resulta que quien causa un daño a otro debe asumir todos los perjuicios ocasionados (salvo ciertas excepciones que, para efectos del análisis que venimos realizando, no resultan relevantes). En este sentido, el agente no solo considerará los costos que le suponga la toma de precauciones (costos privados), sino también aquellos costos que se vería obligado a asumir de producirse un daño. En consecuencia, la conducta del potencial causante del daño se ve alineada con el objetivo de lograr la reducción de los costos sociales<sup>(21)</sup>, por lo que aquel se verá incentivado a tomar el nivel de precauciones que resulte adecuado para evitar, dentro de lo razonable, la verificación de un daño. Como resulta obvio, una excesiva toma de precauciones no resultaría adecuada (ya que los mayores costos asumidos en precauciones podrían tornar excesivamente onerosa la realización de una actividad y, por ende, sobrepasar el nivel de costos sociales al que se busca llegar), por lo que solo deberá tomarse un nivel de precauciones razonable (*due care*).

#### *2.2.1.2. Responsabilidad subjetiva*

Por otro lado, en un esquema de responsabilidad subjetiva resulta que quien causa un daño a otro deberá asumir todos los perjuicios ocasionados en la medida que haya actuado negligentemente, es decir, cuando no haya tomado el nivel de precauciones adecuado. En este sentido, quien decida llevar a cabo una actividad adoptará un nivel de precauciones que acredite que actuó de forma diligente, en cuyo caso el costo social que podría resultar de la realización de tal actividad se verá reducido al máximo. Tomando en consideración lo mencionado, quien realice la actividad no

tendrá incentivos para tomar un nivel de precauciones menor al esperado (razonable), puesto que de ser así responderá por todos los perjuicios que se verifiquen; asimismo, no se verá incentivado a tomar un nivel de precauciones mayor al esperado, puesto que será consciente de que con tomar un nivel de precauciones adecuado quedará eximido del pago de cualquier daño que pudiera producirse. En otras palabras, en cualquier caso se llegará a la reducción máxima del costo social.

#### *2.2.1.3. Análisis*

De lo expuesto se aprecia que, en un supuesto donde las capacidades de prevención son unilaterales, tanto con una regla de responsabilidad objetiva como subjetiva se lograrán los resultados esperados, esto es, que el potencial causante de un daño tome un nivel de precauciones adecuado. No obstante ello, existen otros factores que deberán tomarse en consideración al analizar por qué alternativa optar.

En primer término, y desde la óptica del sistema de administración de justicia, resultará más onerosa la asunción de una regla subjetiva que objetiva. Ello debido a que, mientras en un sistema de responsabilidad objetiva únicamente deberá determinarse la magnitud de los daños ocasionados (a fin de que el causante del daño los pague), en un sistema subjetivo las cortes deberán establecer el nivel de precauciones adoptado por quien realizó la actividad en cuestión y, seguidamente, el nivel de precauciones que debió tomarse (*due*

(20) SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Belknap: Harvard University Press, 2004. p. 178.

(21) En términos de Shavell, «under the rule of strict liability (...) 'injurers' total costs will equal total social costs; and because injurers will seek to minimize their own total costs, 'injurers' goal will be identical to the social goal of minimizing total social costs». *Ibid.*; pp. 179 y 180.

## Luis Miguel Velarde Saffer

*care*), a fin de determinar si se actuó de forma diligente o negligente. De esta manera, la regla que se adopte tendrá directa incidencia en los costos terciarios a los que antes hicimos alusión.

Asimismo, adoptar una u otra regla de responsabilidad incidirá en el mayor o menor nivel en que una actividad pueda ejecutarse. Veamos el caso de la responsabilidad objetiva. Antes hemos señalado que una regla objetiva conllevará la adopción, por parte de quien realiza una actividad, de un nivel de precauciones adecuado. Ahora bien, como en este esquema quien realice la actividad no solo tomará en cuenta el costo de las precauciones adoptadas, sino también cualquier otro costo que pudiera ocasionar la actividad realizada, solo se llevará a cabo tal o cual actividad en la medida que los beneficios resultantes de su realización superen el costo de las precauciones que deberán asumirse más el costo adicional que representa la probabilidad de que se verifique un daño (pues en este esquema, salvo ciertas excepciones, el causante responderá por todos los daños que ocasione la realización de su actividad). En este sentido, el nivel en que se realizará una actividad (*level of activity*) será el eficiente (en términos sociales). Shavell explica esta misma idea en los siguientes términos: «injurers will choose the optimal level of care because doing so will minimize the expected costs they bear each time they engage in their activity. And they will choose the optimal level of activity because they will wish to engage in the activity only when the extra utility they derive exceeds their costs of care plus their added expected liability payments for accident losses caused»<sup>(22)</sup>.

Por el contrario, con una regla de responsabilidad subjetiva se logra el efecto contrario, es decir, se llega a la realización excesiva de una actividad. Como explicamos antes, en un esquema subjetivo quien realiza una actividad responderá

por los daños y perjuicios ocasionados solo cuando haya actuado de forma negligente, es decir, cuando no haya tomado un nivel de precauciones adecuado. En este sentido, el único costo que tomará en consideración quien realice una actividad será el relativo a las precauciones que deberá adoptar, mas no el costo relativo a la probabilidad de que verifique un daño ni, consiguientemente, los perjuicios mismos. En consecuencia, se realizará una actividad cuando el beneficio que ella conlleve sea superior al costo de las precauciones que deberán tomarse, y no cuando tal beneficio sea superior al costo de las precauciones sumado al costo que representa la probabilidad de que se verifique un daño (como sucede en el esquema objetivo). Por estas razones, en el esquema subjetivo existirá la tendencia a realizar una actividad de forma excesiva<sup>(23)</sup>.

### 2.2.2. Capacidades de prevención bilaterales

Los casos donde las capacidades de prevención son bilaterales son aquellos donde tanto los potenciales causantes de daños como las víctimas pueden tomar precauciones y, por ende, influir en la mayor o menor probabilidad de que se verifique un daño. En estos supuestos el comportamiento de las partes se ve influenciado recíprocamente, de tal modo que la conducta de una de las partes usualmente dependerá (y podrá variar) en función de la conducta de la otra<sup>(24)</sup>.

(22) *Ibid.*; p. 196.

(23) Debe considerarse que los efectos negativos de la realización excesiva de una actividad variarán dependiendo de la actividad de que se trate. Como es obvio, mientras más riesgosa y/o mayores sean los perjuicios que una actividad pueda causar, su excesiva realización será más perjudicial que en aquellos casos donde la actividad genere menores riesgos (lo cual sucede, principalmente, en aquellas actividades «ordinarias» -aquellas que realizamos a diario).

(24) Shavell explica esta interdependencia en los siguientes términos: «The possible interdependence of parties' actions means that if we want to show that some pattern behavior will hold true, we have to show that it will be equilibrium pattern in the sense that neither type of party would want to change what he is doing given the behavior of the other type of party». *Ibid.*; p. 183.

#### *2.2.2.1. Responsabilidad objetiva*

En un esquema de responsabilidad objetiva puro y simple resulta que los potenciales causantes de daños tendrán los incentivos necesarios para la toma de precauciones, aunque ello no se dará en el caso de las víctimas, quienes al verse completamente protegidas (resarcimiento integral) no tomarán precauciones. Claro está que ello parte de que la indemnización que sería abonada a la víctima resulte realmente compensatoria y, por ende, la restituye a la posición en que se encontraba antes de la producción del daño (situación que puede verse limitada por el problema de las indemnizaciones subcompensatorias y de los daños extrapatrimoniales).

#### *2.2.2.2. Responsabilidad objetiva con la defensa de la negligencia contributiva*

Un esquema de responsabilidad objetiva con la defensa de la negligencia contributiva supone que el causante del daño solo responderá si la víctima tomó el nivel de precauciones adecuado, es decir, si la víctima fue diligente. Así, a pesar de que se verifique un daño debido a la negligencia del causante, si la víctima no tomó las precauciones del caso ella asumirá los daños sufridos. En este esquema se presentan los incentivos necesarios para que ambas partes tomen un nivel de precauciones adecuado. De esta manera, se aprecia que el potencial causante de un daño tomará las precauciones del caso considerando que, al hacerlo la víctima, aquel responderá por todos los daños y perjuicios que ocasione su comportamiento negligente. Por su parte, la víctima tomará las precauciones necesarias a fin de no ser declarado negligente y, por ende, no tener que cargar con los perjuicios irrogados a su esfera patrimonial. En este caso se aprecia con claridad la interdependencia en el comportamiento de las partes.

#### *2.2.2.3. Responsabilidad subjetiva*

Bajo un esquema de responsabilidad subjetiva se logra el mismo efecto positivo en la toma de precauciones. Ello

debido a que el potencial causante del daño tomará el nivel de precauciones adecuado a fin de no responder por los daños y perjuicios que, eventualmente, pueda generar su actividad. Por su parte, la víctima tomará también el nivel de precauciones eficiente ya que, siendo que el causante del daño habrá sido diligente, cualquier daño que se verifique no podrá serle trasladado<sup>(25)</sup>.

#### *2.2.2.4. Análisis*

Como podrá apreciarse, el establecimiento de una regla objetiva (con la defensa de la negligencia contributiva) o subjetiva llevará a la toma de precauciones adecuada tanto por el potencial causante de los daños como por la víctima. Asimismo, en ambos casos los jueces deberán determinar el nivel de precauciones adoptado, el nivel de precauciones debido (*due care*) por quien realizó la actividad y la víctima, y la magnitud de los daños producidos. En realidad solo se aprecia -en cuanto a los costos terciarios se refiere- una ligera diferencia entre ambas reglas: mientras que con la regla subjetiva deberá establecerse, en todos los casos, el nivel de precauciones efectivamente tomado y el nivel de precauciones debido tanto por quien realizó la actividad como por la víctima, con la regla objetiva (sujeta a la defensa contributiva) solo deberá realizarse dicho análisis en relación con la víctima, puesto que no resulta relevante el nivel de precauciones adoptado por el causante del daño. En otras palabras, independientemente de si el causante del daño tomó o no precauciones,

(25) Bajo un esquema de responsabilidad subjetiva la inclusión de la regla de la defensa de la negligencia contributiva resulta superflua e innecesaria. Dicha regla supondría que, incluso habiendo actuado negligentemente el causante de un daño, él no será responsable si es que la víctima no actuó, a su vez, diligentemente (recordemos que estamos tratando los supuestos donde las capacidades de prevención son bilaterales). Hemos ya explicado que el esquema de responsabilidad subjetiva, por sí solo, genera los incentivos adecuados para que quien realiza una actividad y la potencial víctima tomen el nivel de precauciones adecuado. Por esta razón, la incorporación de la regla de la negligencia contributiva no aporta nada adicional a este esquema.

## Luis Miguel Velarde Saffer

lo fundamental será evaluar la diligencia o negligencia con que actuó la víctima, puesto que ello determinará si en esta última deben recaer los perjuicios sufridos o si, por el contrario, dichos costos pueden ser trasladados al causante.

Pasemos a analizar ahora cómo incide la adopción de una u otra regla de responsabilidad en el nivel de realización de una actividad. Tomando el esquema de la responsabilidad objetiva con la defensa de la negligencia contributiva, vemos que las víctimas pueden verse incentivadas a realizar una actividad de forma excesiva. Como hemos señalado antes, en este esquema el causante de un daño solo será responsable cuando la víctima haya sido negligente; en consecuencia, si la víctima toma un nivel de precauciones adecuado, el causante del daño asumirá todos los costos. En este orden de ideas, la víctima se verá incentivada a realizar una actividad siempre que el beneficio de realizarla sea superior al costo de las precauciones que deba asumir (para ser considerado diligente - *due care*), sin tomar en consideración el costo que representa la probabilidad de que se verifique un daño. Aquí puede apreciarse nuevamente la diferencia entre el «costo privado» y el «costo social» que representa llevar a cabo una determinada actividad, siendo que considerar solo el «costo privado», como en este caso, puede llevar al desarrollo excesivo de una actividad.

Por el contrario, de aplicarse una regla de responsabilidad subjetiva el potencial causante de un daño se verá incentivado a realizar una actividad excesivamente, mientras que las víctimas no. Bajo este esquema los causantes solo serán responsables en la medida que hayan sido negligentes, por lo que sus únicos costos serán aquellos derivados de la toma de precauciones (no considerarán el costo que representa la probabilidad de que se verifique el daño). Por el contrario, las víctimas -sabiendo que quien realice una actividad tomará las precauciones del caso (para no ser hecho responsable)- realizarán una actividad solo cuando el beneficio que ella les represente sea superior al costo de las precauciones más la probabilidad del daño (esta última se considera puesto que, siendo el causante diligente, el costo del daño no se traslada).

### 3. El caso peruano

Hasta el momento hemos explicado cuáles son las funciones que la responsabilidad civil persigue. Asimismo,

y a raíz del análisis de la teoría de las capacidades de prevención esbozada por Shavell, hemos constatado cómo la adopción de una regla objetiva o subjetiva de responsabilidad -dependiendo del caso- puede influir en la toma de precauciones por parte del causante de un daño, de la víctima o de ambos, así como en la mayor o menor realización de una actividad, quedando esto último expresado a través de la función de incentivación y desincentivación de actividades.

Ahora bien, en esta parte del trabajo pretendemos aterrizar los conceptos esbozados, por lo que analizaremos los distintos dispositivos contenidos en el Código Civil en torno a la responsabilidad contractual y extracontractual. A través del análisis que desarrollamos a continuación lograremos definir, en cuanto a cada uno de los ámbitos de la responsabilidad civil, (i) qué régimen de responsabilidad se ha adoptado (subjetivo, objetivo o mixto); (ii) si se ha priorizado alguna de las funciones antes delineadas (preventiva - compensatoria); y, (iii) cómo influyen en la mayor o menor realización de actividades.

Antes de pasar a analizar los dispositivos contenidos en el Código Civil, creemos pertinente señalar que la constatación de que las funciones de la responsabilidad civil son diversas es motivo suficiente para que la afirmación de que ellas coexisten sea cierta. En efecto, dichas funciones se ejercen una marcada y recíproca influencia, por lo que el intento de priorizar una sobre la otra, a través de los distintos mecanismos con que se cuenta para ello (normas legales, políticas de gobierno, etcétera), conllevará en algunos casos la pretendida priorización (aunque no por ello dejarán las demás funciones de coexistir con la función priorizada) y en otros casos determinará que las demás funciones también se vean

acentuadas. Este último efecto puede apreciarse también a la inversa dado que, por ejemplo, el otorgamiento de una indemnización subcompensatoria no generará los incentivos necesarios para que el potencial causante de un daño tome el nivel de precauciones adecuado o, en todo caso, no desincentivará la realización de una actividad que puede ser ineficiente en términos sociales. Es por esta razón que compartimos la opinión de Schäfer y Ott, para quienes «desde la perspectiva de la teoría del bienestar, este objetivo (resarcimiento) solo tiene sentido si la indemnización sirve para hacer ver al causante las consecuencias de su proceder y proporcionarle un estímulo material para que se abstenga de ocasionar perjuicios»<sup>(26)</sup>. Por estas razones, al analizar las funciones de la responsabilidad civil aplicadas al ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual, eventualmente podremos llegar a la conclusión de que en alguno de ellos se privilegia alguna de las mencionadas funciones (preventiva versus compensatoria), pero no podremos concluir que ellas no coexisten o, dicho en otros términos, que en alguno de dichos campos tal o cual función es única y absoluta.

En un interesante estudio, Schäfer y Ott han demostrado cómo cada sociedad, dependiendo de los intereses que busque tutelar y de sus fines concretos, tomará en consideración las distintas funciones de la responsabilidad civil y la organizará de una u otra manera. Así, tienen dicho que «cualquier sistema real del derecho de responsabilidad civil tiene que perseguir un compromiso respecto a los objetivos (funciones). Cualquier objetivo (función) particular tiene que ceder, si de ello puede derivarse algo óptimo para el conjunto. Este óptimo se consigue si la suma de los gastos aplicados a evitar los daños y los costes primarios, secundarios y terciarios resultan minimizados»<sup>(27)</sup>.

Así, las distintas funciones de la responsabilidad civil coexisten, quedando ellas organizadas de acuerdo con los intereses que una sociedad concreta persiga tutelar y los fines que busque lograr. En este sentido, la priorización absoluta de una u otra función resulta inviable. A modo de

ejemplo, valga decir que si quisiéramos dar prioridad absoluta a la función de reducción de costos terciarios (es decir, a la reducción de los costos que suponga poner en funcionamiento el sistema judicial ante la verificación de un daño) y, por ende, decidiésemos que todos los daños sean asumidos por las víctimas, la función preventiva, compensatoria y desincentivadora se verían severamente afectadas, ya que el causante no tendría ningún incentivo para tomar precauciones (en la medida que no interiorizaría costo alguno), la víctima vería perjudicada su situación patrimonial sin obtener tutela de ningún tipo (no sería resarcida) y, finalmente, la actividad sería desarrollada de manera excesiva (puesto que no representa ningún costo para quien la ejecuta). Esta situación, como es obvio, resulta injusta e inadecuada, aplicándose un razonamiento similar al caso en que se intente priorizar, de forma absoluta, la función preventiva y/o la compensatoria.

Sin perjuicio de lo expuesto, existen distintos autores que, reconociendo la existencia de diversas funciones, han intentado priorizar una u otra dentro de la responsabilidad civil. Por ejemplo, Bullard ha señalado que «de acuerdo a la normatividad peruana, lo que está privilegiado es claramente la función de desincentivación de accidentes. Contra lo que dice la mayoría de la doctrina, es decir que la función de nuestra responsabilidad civil es compensar a la víctima, creo que la función recogida es desincentivar daños»<sup>(28)</sup>. Por su parte, Taboada tiene dicho que «el objetivo de los sistemas de

(26) SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. *Op. cit.*; p. 105.

(27) *Ibid.*; pp. 106 y 107.

(28) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *El sistema de responsabilidad civil extracontractual*. En: *Derecho y Economía*. 2da. edición. Lima: Palestra, 2006. p. 709.

## Luis Miguel Velarde Saffer

responsabilidad civil no es el de sancionar las conductas antijurídicas, sino el que se indemnicen los daños causados (...) En los sistemas de responsabilidad civil lo fundamental es, pues, la reparación de los daños causados a las víctimas, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual»<sup>(29)</sup>. En esta misma línea, al responder a la segunda de las preguntas que le formulamos durante una entrevista, Escobar señaló que «en la familia romano-germánica la función compensatoria sigue siendo la más importante».

### 3.1. Análisis del sistema de responsabilidad civil

#### 3.3.1. Análisis del sistema de responsabilidad contractual

##### 3.3.1.1. Régimen de responsabilidad

Para efectos del presente trabajo, diremos que el sistema de inejecución de obligaciones contiene normas relativas a (i) el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación; y, (ii) la responsabilidad. A continuación efectuaremos un breve análisis sobre los principales dispositivos de dicho sistema.

En primer lugar, debemos señalar que una rápida lectura de los dispositivos del sistema de responsabilidad contractual permite apreciar con claridad el fuerte sesgo subjetivo que el legislador nacional ha instaurado en dicho ámbito, lo cual ha logrado a través de la incorporación de conceptos como la diligencia y culpa. Dicho sesgo se manifiesta, por obvias razones, tanto en el incumplimiento de la obligación (o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso) como en la responsabilidad derivada de cualquiera de dichas circunstancias. Precisar lo último resulta importante porque, a pesar de la fuerte relación que

las une, no podemos dejar de apreciar los dos momentos en toda relación jurídica: el primero relativo a la determinación del cumplimiento o incumplimiento de una obligación, y el segundo referido a la responsabilidad civil que pudiera derivar de alguna de dichas situaciones.

El artículo 1314 del Código Civil<sup>(30)</sup>, central en el ámbito de la inejecución de las obligaciones, fija como parámetro para determinar la imputabilidad o no del deudor el estándar de la diligencia. En este sentido, el deudor no será imputable por el incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación, cuando haya actuado con la «diligencia ordinaria requerida». Nótese que el mencionado dispositivo no señala que, al haber actuado diligentemente, el deudor ha cumplido con la obligación a su cargo, sino que, por el contrario, únicamente dispone que dicho deudor no será responsable.

Por otro lado, de la revisión de los artículos 1315<sup>(31)</sup> y 1316<sup>(32)</sup> del Código Civil se aprecia que el legislador ha establecido la exoneración de responsabilidad de aquel deudor que pruebe la verificación del caso fortuito o fuerza mayor. Ello debido a que si antes o durante la ejecución de la prestación a su cargo se da un supuesto que le impide cumplir totalmente o, en todo caso, que le impide hacerlo oportunamente,

(29) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Op. cit.; pp. 60 y 61.

(30) «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».

(31) «Artículo 1315  
Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

(32) «Artículo 1316  
La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure (...)».

completamente o correctamente, el deudor no podría ser hecho responsable, dado que la imposibilidad de cumplir o de hacerlo oportuna, completa o correctamente responde a una causa extraña a él. Estos supuestos de exoneración de responsabilidad son inherentes a un sistema objetivo de responsabilidad, donde el deudor quedará liberado de responsabilidad únicamente si prueba que su incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso responde a causas extrañas y no imputables a él.

De lo dicho hasta el momento, podríamos clasificar como supuestos de exoneración de responsabilidad del deudor tanto aquellos casos en que haya actuado con la «diligencia ordinaria requerida», como aquellos otros donde se haya presentado un caso fortuito o un supuesto de fuerza mayor, lo cual demuestra la existencia de un régimen de responsabilidad mixto en el ámbito de inejecución de las obligaciones. No obstante, y a pesar de que sus consecuencias sean parcialmente similares, nos encontramos ante supuestos distintos y cuya complejidad probatoria es diversa también. Apréciase que, mientras en la ausencia de culpa el deudor solo está obligado a probar que actuó diligentemente (probanza que, por lo demás, no debería resultar compleja por la posición del deudor en la relación obligatoria), en el caso del artículo 1316 el deudor deberá probar, independientemente de la diligencia o no con que hubiese actuado, la efectiva verificación del caso fortuito o del supuesto de fuerza mayor, probanza que resulta compleja desde que involucra un elemento extraño y ajeno a la esfera del deudor<sup>(33)</sup>. Esto fue reconocido por el ponente del Libro de Obligaciones, quien refiriéndose a las normas contenidas en los artículos 1314 y 1315 del Código Civil manifestó que «(...) en la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obligado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación. La ausencia de culpa se prueba acreditando la conducta diligente; a diferencia del evento fortuito, cuya prueba, a veces más severa, requiere identificar el acontecimiento y otorgarle las características señaladas de extraordinario, imprevisible e irresistible (...)»<sup>(34)</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de que creemos que el sistema de responsabilidad contractual contiene un régimen de responsabilidad mixto, no podemos negar que existe gran discusión en doctrina (nacional y extranjera) sobre esta materia. Por ejemplo, en los sistemas español e italiano se han esbozado distintas posiciones, cada cual coherente con el análisis de las normas comprendidas en su respectivo ordenamiento jurídico.

Por ejemplo Fraga, comentando la normativa contemplada en el Código Civil español, ha señalado que «como ya hemos advertido, el hecho exoneratorio previsto por el Código Civil (...) es un hecho exoneratorio-extintivo complejo, compuesto de dos elementos: imposibilidad sobrevenida de la prestación, y no imputabilidad al deudor de la causa que la origina. En este campo, el de la imputabilidad o no de la imposibilidad sobrevenida al deudor, se abre tradicionalmente un ulterior ámbito de relevancia para el criterio de la culpa-diligencia. Como ya advertimos en su momento, la inserción de la diligencia en este ámbito negativo de la exoneración-liberación, conlleva necesariamente (a causa de la perfecta simetría que debe mediar entre liberación y responsabilidad) consecuencias en el plano positivo de la afirmación de la responsabilidad. En concreto, el deudor que no cumple (incumplimiento en sentido material) a causa de la imposibilidad sobrevenida de la prestación originada en causa a él imputable, no se libera, no completa el hecho exoneratorio en sus dos elementos, y al no liberarse, responde. Es este mismo

(33) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 857.

(34) OSTERLING, Felipe. *Las Obligaciones*. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988. pp. 198-202.

## Luis Miguel Velarde Saffer

carácter complejo del hecho liberatorio el que explica que la prueba de la diligencia nunca baste a exonerar al deudor incumplidor; para que este se libere, para que la obligación se extinga, se requiere, además, la prueba de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. En otras palabras, la observancia de la diligencia a efectos de la liberación del deudor incumplidor es condición necesaria pero no suficiente»<sup>(35)</sup>.

Sin perjuicio de lo mencionado, como ya hemos señalado líneas arriba, en nuestra opinión el sistema de responsabilidad contractual contiene un régimen de responsabilidad mixto, razón por la que compartimos el criterio de Espinoza Espinoza, quien al describir el régimen de responsabilidad acogido en el campo de la responsabilidad contractual permite intuir que, en su opinión, aquel es mixto, siendo subjetivo básicamente por contemplar un parámetro de diligencia ordinaria, y siendo objetivo al reconocer supuestos de exoneración de responsabilidad basados en la verificación de un caso fortuito o un supuesto de fuerza mayor<sup>(36)</sup>.

Resulta pertinente ahora traer a colación la presunción de culpa leve establecida por el legislador en el artículo 1329 del Código Civil<sup>(37)</sup>. Alguien podría preguntarse lo siguiente: ¿si tenemos un sistema parcialmente subjetivo de responsabilidad donde el binomio culpa/diligencia resulta de especial importancia, es válido incluir una presunción de culpa leve? Creemos que sí. La opción por establecer la presunción de la culpa leve parte de la premisa de que el deudor es quien cuenta con mayor información y, por ende, para él resulta más sencillo y menos oneroso probar la diligencia en su actuar. Como es obvio, el razonamiento seguido no justificaría el establecimiento de una presunción de culpa inexcusable y, con mayor razón, de dolo (en este último caso, se produciría una contradicción por el propio contenido volitivo de la actuación dolosa).

Hasta aquí hemos puesto énfasis en el carácter mixto del régimen de responsabilidad imperante en el sistema de responsabilidad contractual. Ahora pasaremos a analizar la clasificación, muy tratada en la doctrina, de las obligaciones de medios y de resultados, a fin de analizar si dicha clasificación tiene acogida en nuestro ordenamiento jurídico.

Como es ampliamente sabido, las obligaciones de medios son aquellas donde el deudor se compromete a ejecutar una prestación de determinada manera, a realizar una actividad concreta, sin garantizar la satisfacción del interés primario del acreedor. Por el contrario, las obligaciones de resultado suponen que el deudor, además de comprometerse a ejecutar una determinada prestación, se obliga a conseguir también un resultado determinado, el cual producirá la satisfacción plena del interés del acreedor. Tratando la diferencia entre dichas obligaciones, Díez Picazo tiene dicho que «en definitiva, se trata de poner de relieve cómo el deudor puede quedar obligado únicamente a un determinado despliegue de energía o actividad, la observancia de un estándar o un modelo de conducta, mientras que, en otros casos, su compromiso y su obligación pueden consistir en la producción de una modificación en la realidad material o en la realidad jurídica»<sup>(38)</sup>.

La posibilidad de distinguir en qué casos nos encontramos ante una obligación de

(35) JORDANO FRAGA, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987. p. 197.

(36) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 1era. edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. p. 46.

(37) «Artículo 1329

Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

(38) DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ta. edición. Volumen II. Madrid: Civitas, 2002. p. 238.

**Análisis de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, sus respectivas funciones y los supuestos limítrofes**

medios y en qué casos ante una de resultados resulta fundamental, puesto que sus consecuencias son muy diversas. Así, mientras en la obligación de medios el deudor se libera de responsabilidad acreditando la ejecución diligente de la prestación comprometida, en la obligación de resultados la diligencia no resulta un elemento a considerar, sino únicamente la consecución o no del resultado comprometido. En este último caso, si dicho resultado no se lograra el deudor deberá demostrar, para liberarse de responsabilidad, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho determinante de tercero que no permitió la consecución de dicho resultado, no siendo relevante la actitud y/o conducta desplegada por el deudor. Como se ve, se distingue con gran claridad la diferente responsabilidad del deudor en cada tipo de obligación. Es por esta razón que Cabanillas señala que «la transformación de una obligación de resultado en una de actividad, viene a implicar una limitación de responsabilidad del deudor (...) La transformación negocial de una obligación de actividad, como la del médico o el mandatario, en una obligación de resultado, determina la agravación de la responsabilidad del deudor»<sup>(39)</sup>.

En línea con lo anterior, definir ante qué tipo de obligación nos encontramos permite también determinar si el deudor tendrá derecho a exigir el pago de la contraprestación acordada o no.

Adicionalmente, otra gran diferencia entre uno y otro tipo de obligación la constituye la carga de la prueba. Así, mientras en las obligaciones de resultado el acreedor solo debería acreditar la no obtención del resultado prometido, debiendo el deudor probar la verificación de una causa no imputable (hecho positivo), en las obligaciones de medios el acreedor deberá demostrar necesariamente la negligencia del deudor si pretende ser indemnizado<sup>(40)</sup>. De esta manera, para el acreedor la carga de la prueba resulta menor en una obligación de resultados que en una obligación de medios. A pesar de que consideramos acertado señalar que las

obligaciones de medios y de resultados se distinguen en cuanto a la carga probatoria, es necesario precisar que dicha distinción no resulta tan amplia en nuestro sistema legislativo, dado que el artículo 1329 del Código Civil presume que el incumplimiento de una obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor. En este sentido, mientras en la obligación de resultado el acreedor únicamente deberá alegar la no obtención del resultado y, por su parte, el deudor deberá probar la causa no imputable (hecho positivo) que impidió su obtención, en la obligación de medios el acreedor también deberá únicamente alegar el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, en cuyo caso el deudor deberá acreditar haber actuado diligentemente (para que no opere la presunción de culpa leve en su contra) o la verificación de un caso fortuito o de un supuesto de fuerza mayor. Sin perjuicio de lo mencionado, no podemos negar la mayor facilidad del acreedor para obtener el resarcimiento en las obligaciones de resultado<sup>(41)</sup>, y la mayor facilidad del deudor para liberarse de responsabilidad ante el incumplimiento de una obligación de medios, todo lo cual permite considerar a la carga probatoria como otra de las importantes diferencias entre las obligaciones de medios y de resultados.

Pueden identificarse muchas diferencias entre uno u otro tipo de obligaciones, razón por la que la doctrina ha delineado una serie de criterios para determinar en qué casos

(39) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: José María Bosch, 1993. p. 39.

(40) *Ibid.*; p. 154; véase también, LEÓN HILARIO, Leysser L. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Trujillo: Normas Legales, 2004. p. 633.

(41) Más aun si se considera que, en el ámbito contractual, el acreedor debe probar la culpa inexcusable o el dolo a fin de obtener el máximo nivel de resarcimiento posible.

## Luis Miguel Velarde Saffer

nos encontramos ante una obligación de medios y en qué casos ante una obligación de resultados. El criterio fundamental es la autonomía privada, por lo que si las partes han determinado el tipo de obligación, debe siempre respetarse su voluntad. Ahora bien, dejando de lado esta hipótesis (que no resulta problemática), Cabanillas ha descrito los diversos criterios que la doctrina ha delineado para determinar la naturaleza de la obligación involucrada. Debido a que no es motivo del presente trabajo realizar un análisis sobre la validez o no de los distintos criterios esbozados por la doctrina, únicamente los enunciaremos, siendo dichos criterios el de la situación de las partes, el carácter aleatorio del resultado, el papel activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento, la mayor o menor determinación de la prestación prometida, el sistema de imputación del riesgo y el recurso a la equidad<sup>(42)</sup>.

En nuestra opinión, el criterio fundamental para definir cuando nos encontramos ante uno u otro tipo de obligación es el de «la aleatoriedad del resultado». Como resulta obvio, y siempre que no medie pacto entre las partes, el deudor no podrá ser compelido a conseguir algo que se encuentra fuera de su esfera de dominio, algo que resulta aleatorio y que está «fuera de su alcance». Podría pensarse, a título de ejemplo, en la imposibilidad de un doctor de garantizar a su paciente que, con la operación que se le realizará, el

cáncer que sufre será sanado. Por el contrario, existen otros casos donde la consecución de un resultado no resulta aleatoria, como la construcción de un inmueble por parte del contratista o el transporte de una persona de un lugar hacia otro. En estos casos es claro que la consecución del resultado depende, casi en su integridad, del deudor, aunque siempre podrían presentarse sucesos (caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero) que le permitirán liberarse de responsabilidad, aunque su probanza puede resultar muchas veces compleja. En nuestra opinión, la importancia y aceptación de este criterio viene dada porque descubre «la voluntad no expresada de los contratantes» bajo un criterio de normalidad<sup>(43)</sup>.

¿Ha sido recogida por el legislador nacional la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados? No lo ha sido expresamente<sup>(44)</sup>. Ahora, ¿ello supone que no ha sido reconocida? Creemos que no. Hasta donde tenemos conocimiento,

(42) *Ibid.*; pp. 40-46.

(43) Sobre el particular, Cabanillas comentando este criterio ha dicho que «cuando la consecución del resultado es aleatoria, la obligación asumida es de actividad, porque el deudor, normalmente, no se compromete a obtener un resultado que sabe que es incierto. La naturaleza aleatoria del resultado permite descubrir la voluntad no expresada de los contratantes». *Ibid.*; p. 42.

(44) No es motivo del presente trabajo analizar a profundidad si la clasificación de las obligaciones de medios y de resultados ha sido recogida por el legislador nacional. No obstante ello, no queremos dejar de mencionar que podría eventualmente interpretarse que dicha distinción ha sido recogida -aunque de forma indirecta- por el artículo 1317 del Código Civil, según el cual «el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación». Tomando como base la última parte del dispositivo transcrito, alguien podría alegar que allí se reconoce la existencia de las obligaciones de resultado, pues en estas el deudor debe responder por los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso incluso por causas no imputables. Sin perjuicio de lo mencionado, creemos que el problema persiste puesto que el artículo materia de comentario contempla los casos en que dicho «pacto en contrario» haya sido expresamente incluido en el título de la obligación, no aplicándose la misma consecuencia para aquellos casos en que nos encontremos ante obligaciones de resultado «por naturaleza». Para comprender lo último, debe tomarse en consideración que el deudor puede obligarse a la obtención de un resultado porque así lo acuerda (expresamente) o porque la naturaleza misma de la obligación así lo impone (por ejemplo, porque la obtención del resultado no resulta aleatoria), habiendo sido (de aceptarse esta opinión) recogido solo el primero de los supuestos mencionados por el artículo 1317 del Código Civil.

ninguna legislación ha recogido expresamente la clasificación materia de análisis, lo cual no supone que ella carezca de vigencia. Por el contrario, resulta justo y correcto que, dependiendo de la naturaleza de la prestación involucrada, el deudor quede comprometido de una forma distinta. No resultaría válido concluir que, ante la celebración de un contrato atípico donde la obtención del resultado no resulta aleatoria para el deudor, este último pueda liberarse probando que actuó con la «diligencia ordinaria» requerida, ya que una interpretación de buena fe de los alcances de la prestación comprometida nos llevaría a la conclusión opuesta. Creemos que puede ser útil a la línea de razonamiento propuesta el artículo 168 del Código Civil, según el cual «el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».

Por todo lo expuesto, somos de la opinión de que el sistema de inexecución de obligaciones establecido por el legislador nacional recoge un régimen mixto de responsabilidad, donde tiene vigencia la clasificación de las obligaciones de medios y de resultados.

### 3.3.1.2. *Priorización de funciones*

Ahora corresponde evaluar si, en el campo de la responsabilidad contractual, el legislador nacional ha querido priorizar una u otra de las funciones de la responsabilidad civil desarrolladas en el primer capítulo de este trabajo, es decir, la función preventiva o la función compensatoria.

En primer lugar, hemos visto en el acápite precedente que el sistema de responsabilidad contractual ha acogido un régimen de responsabilidad mixto. Como se habrá apreciado de la revisión de la teoría de las capacidades de prevención esbozada por Shavell, el establecimiento de una regla de responsabilidad subjetiva y objetiva muchas veces puede generar incentivos similares, tanto a nivel de quien

desarrolla una actividad como de la víctima, así como generar incentivos o desincentivos para la realización de una actividad. No obstante ello, creemos que la incorporación de un régimen mixto de responsabilidad demuestra que, en el campo de la responsabilidad contractual, el legislador ha priorizado la función preventiva antes que compensatoria<sup>(45)</sup>.

La función preventiva tiene como finalidad que los individuos tomen las precauciones que, en términos económicos, resulten razonables, aquellas que resulte eficiente tomar. Por esta razón, al establecer un estándar de diligencia como uno de los dos requisitos para que el deudor no sea responsable, el legislador pretende que el deudor (quien lleva a cabo la actividad) tome precauciones razonables, independientemente de que la esfera patrimonial del acreedor se vea mermada o no. Nótese que no se toma en cuenta la producción de daños y la posibilidad de su resarcimiento, sino que el interés se traslada del acreedor (potencial víctima) al deudor, donde este último podrá definir su situación al tomar las precauciones que resulten razonables. Si el legislador hubiese querido priorizar la función compensatoria frente a la función preventiva de la responsabilidad civil, no se comprendería la existencia de una regla de causalidad bastante limitada, del criterio de la previsibilidad como límite de los daños resarcibles, etcétera. Es cierto que la racionalidad del sistema de la responsabilidad contractual justifica la

(45) Podría parecer extraño que, existiendo un régimen objetivo de responsabilidad, afirmemos que se ha priorizado la función preventiva y no la compensatoria (y parecer más extraño aun si se revisan las conclusiones a las que arribamos al tratar el sistema de responsabilidad extracontractual). Como se verá, el establecimiento del estándar de diligencia como uno de los requisitos para la exoneración de responsabilidad del deudor (en el campo de responsabilidad contractual) es el aspecto fundamental para afirmar que se ha priorizado la función preventiva, puesto que se generan los incentivos necesarios para que los deudores tomen precauciones.

## Luis Miguel Velarde Saffer

existencia de las reglas antes mencionadas (situación que resulta manifiestamente distinta en el ámbito extracontractual), pero ello no debe llevarnos a la conclusión de que, dentro de sus límites, el sistema de la responsabilidad contractual prioriza la función compensatoria. Como resulta obvio, todo sistema de responsabilidad civil toma en cuenta la función compensatoria (sino, ¿por qué existen los sistemas de responsabilidad civil?), pero ello no puede llevarnos a concluir que dicha función se privilegia en todos los campos. Esta misma línea de razonamiento se ve apoyada por lo dispuesto en el antes transcrito artículo 1321 del Código Civil. Como se podrá apreciar de la lectura de dicho dispositivo, la mayor o menor extensión del resarcimiento variará dependiendo del «grado de culpa» con que haya actuado el deudor. Así, habiéndose incumplido una obligación por dolo o culpa inexcusable, el resarcimiento será mayor que si dicho incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso se hubiese debido a culpa leve. A pesar de que la diferencia no resulta abismal, lo cierto es que con este dispositivo puede verse nuevamente la expresión de la función preventiva, puesto que el legislador mide el deber de reparar en función del «grado de culpabilidad» (o dolo) con que haya actuado el deudor. En un sistema que privilegie la función compensatoria, ¿resultaría lógica esta norma? Creemos que no, puesto que la visión no se centraría en el grado de culpabilidad (o dolo) con que haya actuado el deudor, sino más bien en la magnitud de los daños producidos y la obligación de resarcirlos íntegramente por su causante.

Sin perjuicio de lo mencionado, existe un pequeño sector de la doctrina que, partiendo de la necesidad de unificar los sistemas de la responsabilidad civil (posición que hemos criticado en el acápite 2 de este trabajo), concibe como la principal función de la responsabilidad, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, la compensación de las víctimas. Así, para Taboada «el objetivo de los sistemas de responsabilidad civil no es el sancionar las conductas antijurídicas, sino el que se indemnicen los daños causados (...) En los sistemas de responsabilidad civil lo fundamental es, pues, la reparación de los daños

causados a las víctimas, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual»<sup>(46)</sup>.

En nuestra opinión, la posición de Taboada es incorrecta porque parte de una serie de premisas, a su vez, equivocadas. Por ejemplo, aquel autor concibe como la diferencia fundamental entre el régimen contractual y el extracontractual la preexistencia de una obligación y de un deber jurídico, respectivamente, situación que justificaría solo la diferencia de matices (y regulación) entre dichos ámbitos. Al respecto, debemos indicar que Taboada deja de lado las consideraciones económicas que justifican la división de sistemas de la responsabilidad civil, así como la misma regulación establecida en el Código Civil, la cual claramente da cuenta de la intención del legislador de privilegiar la función preventiva.

Pensamos que el establecimiento del estándar de diligencia (como uno de los elementos necesarios para la exoneración de responsabilidad del deudor) y la incorporación de otras reglas legales (como la causalidad limitada, el «grado de culpabilidad» en la conducta, el criterio de la previsibilidad, etcétera) resultan suficientes para que pueda afirmarse que, en el sistema de inejecución de obligaciones, se ha privilegiado la función preventiva, sin perjuicio de lo cual mantiene su vigencia, aunque de forma limitada, la función compensatoria. Esta posición cobra sentido también, desde una perspectiva más general, dada la racionalidad misma del sistema contractual, donde no se pretende el resarcimiento integral de las víctimas (puesto que esto desincentivaría la

(46) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op. cit.*; pp. 60 y 61.

contratación) sino, por el contrario, el abaratamiento de los costos de transacción y la generación de incentivos para la contratación.

### 3.3.2. Análisis del sistema de responsabilidad extracontractual

#### 3.3.2.1. Régimen de responsabilidad

Al igual que como hicimos en el acápite anterior, a continuación realizaremos un breve análisis sobre las principales normas que regulan la responsabilidad en el área extracontractual.

Los artículos centrales en el área de la responsabilidad extracontractual son el 1969<sup>(47)</sup> y 1970<sup>(48)</sup> del Código Civil, los cuales recogen el régimen subjetivo y objetivo de responsabilidad, respectivamente. De su revisión puede apreciarse con claridad la intención del legislador nacional de implementar un régimen mixto de responsabilidad, donde el factor determinante para dilucidar el régimen de responsabilidad aplicable será si el daño ha sido ocasionado con un bien riesgoso o peligroso o por la realización de una actividad riesgosa o peligrosa. En cualquiera de estos casos, la responsabilidad será objetiva, pudiendo el causante del daño únicamente eximirse de responsabilidad probando la participación de alguno de los factores descritos en el artículo 1972 del Código Civil<sup>(49)</sup>. En los demás casos, la responsabilidad será subjetiva.

Ahora bien, el legislador ha invertido la carga de la prueba en el artículo 1969 del Código Civil, en cuya parte final se señala que «el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor». Así, a pesar de consagrar un

régimen subjetivo, el legislador ha buscado mediante la inversión de la carga de la prueba facilitar la compensación de los daños, dejando de lado el principio de que «quien alega un hecho debe probarlo» (recogido en el artículo 196 del Código Procesal Civil) y trasladando dicha obligación al causante del daño, para quien resulta menos costoso acreditar que actuó con la diligencia debida. La inversión de la carga de prueba manifiesta un acercamiento hacia el régimen objetivo de la responsabilidad civil.

Por otro lado, el artículo 1973 del Código Civil<sup>(50)</sup> establece una regla similar a la de la defensa de la negligencia contributiva. Como vimos en el capítulo anterior, dicha regla supone que, donde las capacidades de prevención sean bilaterales, el causante del daño solo responderá si la víctima tomó el nivel de precauciones adecuado, es decir, si la víctima fue diligente. Así, a pesar de que se verifique un daño debido a la negligencia del causante, si la víctima no tomó las precauciones del caso ella asumirá el costo de los daños sufridos. Siendo así, vemos que el artículo 1973 del Código Civil solo habría adoptado una regla similar a la descrita, puesto que la falta de diligencia de la víctima no la priva totalmente de la posibilidad de solicitar un resarcimiento, sino que permite al juez

(47) «Artículo 1969

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor».

(48) «Artículo 1970

Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo».

(49) «Artículo 1972

En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño».

(50) «Artículo 1973

Si la imprudencia solo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias».

## Luis Miguel Velarde Saffer

reducir la indemnización de acuerdo con las circunstancias. Nuestro legislador ha tomado así la regla de la defensa contributiva aunque parcialmente, buscando generar los incentivos adecuados (en la víctima) para la toma de un nivel de precauciones eficiente y razonable.

En esta misma línea, el artículo 1974 del Código Civil<sup>(51)</sup> dispone que, cuando una persona se halle en estado de pérdida de conciencia, sin culpa, no será responsable por los daños que cause. Esta norma tiene también una finalidad más preventiva que compensatoria. Así, si se quisiera compensar realmente a las víctimas no se vería el sentido de restringirles la posibilidad de resarcimiento porque quien le haya causado los daños haya carecido de discernimiento<sup>(52)</sup>. Como señala De Trazegnies, «es así como todo daño cometido por persona privada de discernimiento (...) se convierte para la víctima en un caso fortuito que evade toda idea de reparación»<sup>(53)</sup>.

No obstante lo expuesto, existen otros dispositivos que recogen un régimen de responsabilidad objetiva. A título de ejemplo revíse los artículos 1976, 1979, 1980 y 1981. Dichos artículos colocan el deber de resarcir los daños producidos en cabeza del representante legal, del propietario de un animal o de quien lo tiene a su cuidado, del dueño de un edificio y de aquel que tenga a otro bajo sus órdenes. En todos estos casos, dichos sujetos deberán asumir los costos derivados de los daños producidos por aquellas personas cuyo cuidado tenían a su cargo, o por aquellos bienes de su propiedad, etcétera, independientemente de que hayan actuado diligentemente o no.

En nuestra opinión, lo expuesto hasta aquí explica por qué creemos que el área de la responsabilidad extracontractual ha acogido un régimen mixto de responsabilidad, aunque con una proyección fuertemente objetivista. Así, a pesar de la existencia de diversos dispositivos que consagran tanto reglas de responsabilidad subjetivas como objetivas,

creemos que el aspecto medular lo constituye la inversión de la carga de la prueba consagrada por el legislador nacional en el artículo 1969 del Código Civil, lo cual facilita la compensación de los daños, acercándonos a un régimen objetivo de esta área de la responsabilidad civil.

### 3.3.2.2. Priorización de funciones

En nuestra opinión, en el área de responsabilidad extracontractual se ha priorizado la función compensatoria, lo cual queda suficientemente acreditado por la tendencia hacia una objetivización de la responsabilidad. Es cierto que existen ciertos dispositivos legales que aun contemplan un régimen subjetivo de responsabilidad, principalmente destinados a generar los incentivos adecuados para la toma de precauciones. No obstante, ello solo demuestra, como explicamos al inicio de este capítulo, que las distintas funciones de la responsabilidad civil coexisten, aunque ello no impide concluir la primacía de la función compensatoria sobre la preventiva.

A ello se agrega la racionalidad que inspira el sistema de la responsabilidad extracontractual. Como explicamos antes, en este sistema el legislador pretende que quien realiza una actividad no solo asuma los costos privados de ella, sino también los costos que su ejecución representa para la sociedad en su conjunto (es decir, costos privados + costos sociales), a fin de que una actividad sea realizada solo cuando ello resulte eficiente. De esta forma,

(51) «Artículo 1974

Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de conciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de la conciencia es por obra de otra persona, esta última es responsable por el daño que causa aquella».

(52) DE TRAZEGNIES, Fernando. *Op. cit.*; pp. 442 y 443.

(53) *Ibid.*; p. 443.

## Análisis de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, sus respectivas funciones y los supuestos limítrofes

la racionalidad del sistema también se manifiesta mediante la compensación de las víctimas<sup>(54)</sup>.

El análisis efectuado en este capítulo toma como base las reglas de responsabilidad que, en nuestra opinión, han sido priorizadas en cada uno de los sistemas de responsabilidad civil. Así, a pesar de que concluimos que tanto en el sistema de responsabilidad contractual como en el extracontractual impera un régimen mixto de responsabilidad, en el primero hemos puesto especial énfasis en el estándar de diligencia establecido por el legislador, mientras que en el segundo pusimos el énfasis en la tendencia a la objetivización de la responsabilidad (debido a la inversión de la carga de la prueba del artículo 1969 del Código Civil).

Creemos haber demostrado -con el análisis realizado- la fuerte relación existente entre el régimen de responsabilidad acogido (subjetivo, objetivo o mixto) y las funciones de la responsabilidad civil que han sido priorizadas por nuestro legislador (preventiva - compensatoria) en cada área de la responsabilidad civil. Asimismo, puede apreciarse cómo la decisión legislativa que en cada campo ha sido adoptada (en cuanto al régimen de responsabilidad y la función priorizada), tiene incidencia en la mayor o menor realización de una actividad (función de incentivación y desincentivación de actividades).

### 4. Los supuestos limítrofes de la responsabilidad civil

Partiendo de las consideraciones expuestas hasta el momento, en este capítulo pretendemos abordar una serie de supuestos concretos, considerados problemáticos por sus especiales características. Para estos efectos, en

primer lugar haremos una breve descripción sobre las principales diferencias normativas existentes entre el sistema de responsabilidad contractual y extracontractual, a fin de que se tome conciencia de la vital importancia que tiene definir, al analizar un caso concreto, qué sistema de la responsabilidad civil resulta factible utilizar. Describas las diferencias normativas aludidas analizaremos una serie de casos límites, donde justamente se evalúan los criterios y las distintas soluciones que han sido propuestas para determinar, en cada caso, el sistema de la responsabilidad civil que resulta aplicable.

#### 4.1. Diferencias normativas entre el sistema de responsabilidad contractual y el sistema de responsabilidad extracontractual

Diversos autores han delineado las principales diferencias existentes, desde el plano normativo, entre el sistema de responsabilidad contractual y el extracontractual. A continuación haremos una breve descripción de dichas diferencias, para lo cual seguiremos, principalmente, a León<sup>(55)</sup>.

De acuerdo con dicho autor, se identifican las principales diferencias:

a) Plazo de Prescripción: mientras que en el campo de la responsabilidad contractual

(54) En opinión contraria, Bullard opina que «El Código Civil privilegia la culpa, y la culpa solo tiene relación con la desincentivación de conductas dañinas, es decir, el establecer un estándar de conducta para que la gente se comporte de manera distinta. ¿Y para qué? Para reducir la cantidad de accidentes. Y la teoría de la causalidad adecuada, es una teoría centralmente dirigida a abordar el tema de la previsibilidad del daño, es decir, el hecho de poder visualizar antes de desarrollar la conducta, las posibles consecuencias de ella: el daño. Se considera causalidad adecuada aquel supuesto en el cual se da una condición en la actividad que tiene como consecuencia normal y de esperarse, determinado tipo de daño. Tiene que ver con previsibilidad y la previsibilidad no se relaciona con la compensación, sino con poder reducir la cantidad de accidentes. Por eso, nuestro Sistema de Responsabilidad hace que se pague cuando el daño es previsible. Bajo esa esfera nuestro sistema es básicamente un sistema de previsión de accidentes (...)». BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*

(55) LEÓN HILARIO, Leysser León. *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas perspectivas*. Trujillo: Normas Legales, 2004. pp. 17-23.

## Luis Miguel Velarde Saffer

es de diez (10) años, en el de la responsabilidad extracontractual es de solo dos (2) años.

b) Mora: como regla general, en el campo de la responsabilidad contractual la constitución en mora no es automática, mientras que en la responsabilidad extracontractual sí lo es, devengándose intereses desde la fecha en que se haya producido el daño.

c) Carga de la prueba: mientras que en el campo de la responsabilidad contractual existe la presunción de culpa leve del deudor, debiendo siempre probarse la culpa inexcusable o el dolo, en el campo de la responsabilidad extracontractual el descargo por la falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

d) Extensión del resarcimiento: mientras que en el campo de la responsabilidad contractual se resarcen solo los daños que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, agregándose el criterio de la previsibilidad de los daños en los casos de culpa leve del deudor, en la responsabilidad extracontractual la extensión de los daños resarcibles es mayor, debido al acogimiento del criterio de la causalidad adecuada.

e) Daño a la persona: en el campo de la responsabilidad contractual no se comprende, como parte del resarcimiento, el daño a la persona, mientras que en el campo extracontractual se le contempla expresamente.

No es motivo del presente trabajo tomar posición sobre si resulta correcta o no la existencia de las diferencias mencionadas, por lo que simplemente nos remitimos, para efectos de tener un mayor panorama sobre el particular, al comentario de León<sup>(56)</sup>. Tampoco es motivo del presente trabajo evaluar si el hecho de que ciertos conceptos no hayan sido señalados expresamente por el legislador en uno u otro sistema conlleva su inaplicación (por ejemplo, el daño a la persona no ha sido contemplado expresamente en el ámbito contractual; en relación con los convenios de

irresponsabilidad, mientras en el campo extracontractual solo se sancionan con nulidad los convenios anticipados de irresponsabilidad, en el campo contractual se sancionan con nulidad de forma genérica, sin distinción temporal alguna - es decir, sean ellos anteriores o posteriores al daño).

Por el contrario, hemos descrito las diferencias normativas para que se note la importancia de tomar posición sobre la aplicación de uno u otro sistema y, consiguientemente, de sus normas. En este sentido, como veremos más adelante, tomar posición sobre la doctrina de las «obligaciones de seguridad», los «deberes de protección» y los supuestos de cúmulo u opción de responsabilidades y, por ende, sobre la aplicación de uno u otro sistema de responsabilidad, tendrá una relevancia y repercusión fundamental en la persona cuya esfera patrimonial se haya visto perjudicada, puesto que ella contará con diversos mecanismos para tutelar sus intereses. Así, el solo contemplar las diferencias en cuanto al plazo prescriptorio, a la constitución en mora y a la extensión del resarcimiento nos eximen de mayor comentario.

### 4.2. Los supuestos problemáticos de la responsabilidad civil

En este segundo acápite trataremos el tema principal de este capítulo: los supuestos problemáticos de la responsabilidad civil. Básicamente, creemos que pueden clasificarse como supuestos problemáticos de la responsabilidad civil los siguientes: (i) los

(56) Para un desarrollo adicional sobre las diferencias de regulación entre ambos sistemas puede consultarse también la obra de: VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Lima: Ara, 2002. pp. 116-129. En dicha obra la autora, tomando como base la normativa italiana, describe las principales diferencias entre ambos sistemas, las cuales, por lo demás, son de aplicación también en el ordenamiento jurídico peruano.

daños producidos en la etapa precontractual o en la etapa de tratativas; (ii) los daños producidos en aquellos casos donde no existe certidumbre acerca de la existencia o no de un negocio jurídico; (iii) los daños producidos en el marco de un negocio jurídico, aunque no derivados del incumplimiento de alguna de las prestaciones a las que expresamente se comprometió el deudor; y, (iv) los daños producidos en el marco de un negocio jurídico que, habiendo derivado del incumplimiento de una de las prestaciones a las que expresamente se comprometió el deudor, afectan también otros bienes jurídicos, cuya tutela procede por la vía extracontractual. Estos últimos son propiamente los supuestos de cúmulo u opción de responsabilidades.

A continuación pasamos a analizar cada una de las hipótesis mencionadas en el párrafo anterior.

#### 4.2.1. Los daños producidos en la etapa precontractual o en la etapa de tratativas

Siguiendo a Diez Picazo, podemos decir que «los llamados tratos preliminares (*Vorverhandlungen, trattative*) son los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato»<sup>(57)</sup>. La doctrina ha discutido mucho en torno al fundamento normativo de la responsabilidad precontractual, a fin de dilucidar en qué sistema de la responsabilidad civil se enmarcan los daños producidos en la etapa de las tratativas (ya sea por el rompimiento injustificado de las tratativas, por el incumplimiento del deber de información, etcétera).

Así, siguiendo nuevamente a Diez Picazo<sup>(58)</sup>, vemos que se han esbozado diversas posiciones:

a) La posición que intentaba encuadrar los daños producidos en la etapa de tratativas en el ámbito de la responsabilidad contractual, para lo cual se creaba la ficción de que, a pesar de que un contrato fuese nulo o no se hubiese llegado a celebrar, el mismo habría existido como fuente de responsabilidad de las partes negociantes.

b) La posición que intentaba encuadrar los daños producidos en la etapa de tratativas en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, partiendo básicamente de la premisa de que se había violado el deber jurídico general de no causar daño a otro.

c) La posición que intentaba equiparar el rompimiento injustificado de las tratativas con el ejercicio abusivo de un derecho.

El análisis que a continuación desarrollamos evaluará si, de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano, la responsabilidad derivada de las tratativas es de tipo contractual o extracontractual. Ello debido a que la última de las posiciones mencionadas, es decir, aquella según la cual el rompimiento injustificado de las tratativas puede equipararse al ejercicio abusivo del derecho, no puede ser compartida. Por definición, el derecho subjetivo es una *facultas agendi*, es decir, es una facultad de obrar para satisfacer un interés propio<sup>(59)</sup>. Típicos ejemplos de derechos subjetivos son el derecho de propiedad y el derecho de uso, los cuales recaen, como puede apreciarse, sobre un objeto concreto. En esta línea, los derechos subjetivos se caracterizan por ser una facultad de obrar que recae sobre un objeto concreto. Por el contrario, el poder jurídico es una facultad de obrar que recae sobre generalidades y, por ende, que alude más a la sola posibilidad de actuar. Por ejemplo, la libertad de contratar es un claro ejemplo de un poder jurídico, puesto que alude a la posibilidad de contratar con quien se desee<sup>(60)</sup>. En este sentido, la libertad de

(57) DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Madrid: Civitas, 1996. p. 270.

(58) *Ibid.*; pp. 274-276.

(59) ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría General del Derecho Civil. 5 ensayos*. Lima: Ara, 2002. p. 148.

(60) Definiendo el poder jurídico, Barbero ha señalado que «el poder jurídico está para indicar la posibilidad de un sujeto de hacer actos relevantes para determinar una modificación (es decir, un efecto) jurídica. En dicha categoría se hacen

## Luis Miguel Velarde Saffer

contratar no puede ser catalogada como un derecho subjetivo, sino como un poder jurídico. Siendo ello así, y dado que una de las manifestaciones de la libertad de contratar es la posibilidad de apartarse de las tratativas, no es viable concluir que dicho apartamiento, justificado o no, constituye el abuso de un derecho subjetivo. Por el contrario, y sin perjuicio de las consecuencias que un apartamiento injustificado de las tratativas pueda conllevar, éste representa el ejercicio de un poder jurídico y, concretamente, de la libertad de contratar.

Dicho esto, pasamos a analizar la naturaleza contractual o extracontractual de los daños producidos en la etapa de tratativas. Existen autores que, desde su propia normativa, han propugnado la naturaleza contractual de los daños producidos en la etapa de tratativas. Así, por ejemplo Scognamiglio, tomando como base lo dispuesto en los artículos 1337 y 1375 del Código Civil italiano, ha afirmado la naturaleza contractual de los daños producidos en la etapa precontractual<sup>(61)</sup>. Desde ya manifestamos nuestra discrepancia con dicha conclusión, dado que las normas vigentes en el sistema italiano, en cuanto a esta materia, resultan similares a las fijadas por el legislador peruano.

Así, el artículo 1337 del Código Civil italiano<sup>(62)</sup> fija el deber de los negociantes de comportarse de buena fe durante las tratativas, y el artículo 1375 del mismo cuerpo normativo<sup>(63)</sup> establece el deber de ejecutar el contrato de buena fe. Los

preceptos comprendidos en dichas normas básicamente son subsumidos por el artículo 1362 del Código Civil peruano, según el cual las partes deben negociar, celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con las reglas de la buena fe<sup>(64)</sup>. Como puede apreciarse, las normas existentes en el sistema italiano y peruano son las mismas en cuanto al deber de las partes de negociar y ejecutar el contrato de acuerdo con la buena fe, por lo que la conclusión a la que arribemos debe ser también la misma para ambos sistemas.

Tratando esta materia, Scognamiglio ha afirmado que la existencia previa de un acuerdo no constituye elemento fundamental para tomar posición sobre la naturaleza contractual o extracontractual de los daños producidos en la etapa de las tratativas. Por el contrario, para el mencionado autor debe analizarse si, con el establecimiento del deber de buena fe, el legislador ha querido instaurar una relación obligatoria entre los negociantes y, de ser afirmativa la respuesta (como él efectivamente piensa), la responsabilidad será contractual<sup>(65)</sup>.

---

entrar así (...) el poder mismo, o la posibilidad, de obligarse, de negociar, de disponer, que nos parece tanto como decir el poder de actuar». BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado. Introducción*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. p. 182.

(61) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. En: **ius et veritas**. Número 22. pp. 54-70.

(62) «Artículo 1337

Las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo con la buena fe».

(63) «Artículo 1375

El contrato debe ser ejecutado de acuerdo con la buena fe».

(64) «Artículo 1362

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes».

(65) Scognamiglio, tratando la naturaleza de los daños precontractuales ha señalado que «en este punto convendría afirmar de inmediato, que según los principios, la destacada ausencia de un acuerdo anterior no debe mover a tomar partido, sin el menor reparo, hacia la configuración de una responsabilidad aquiliana; por el contrario y, como es costumbre, todo depende de si el Derecho regula el conflicto de intereses entre los tratantes a través de la constitución de una relación obligatoria o si interviene, únicamente, luego de la verificación del daño, para sancionar la responsabilidad respectiva. Ahora bien, para estos fines parece decisivo resaltar que el legislador, en hipótesis, ya en la norma del artículo 1337,

En nuestra opinión la posición de Scognamiglio es incorrecta. Efectivamente, tanto las normas del sistema italiano como del sistema peruano establecen el deber de las partes de negociar el contrato de acuerdo con las reglas de la buena fe, pero la preexistencia de dicho deber no permite concluir que la responsabilidad sea contractual. A diferencia de lo que piensa Scognamiglio, creemos que la existencia o no de un acuerdo previo sí resulta de especial importancia, más aun cuando el propio artículo 1362 del Código Civil peruano diferencia expresamente el deber de comportarse de buena fe durante la etapa de tratativas del contrato y durante la fase de ejecución del mismo, distinguiendo así ambos momentos.

A ello debe agregarse que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1359 del Código Civil peruano<sup>(66)</sup>, no hay contrato mientras las partes no estén de acuerdo sobre todos sus términos y condiciones. Dicho principio, denominado «principio de integración contractual», establece que solo habrá contrato y, por ende, que solo existirá vínculo jurídico entre las partes en la medida que estén de acuerdo sobre todas las estipulaciones de un contrato. Siendo ello así, y dada la rigidez de dicho principio, no resulta correcto afirmar que, por la existencia del deber de negociar de buena fe, la responsabilidad derivada de algún daño producido en la etapa de tratativas es contractual. Por el contrario, estando en la etapa de tratativas se presume que las partes aun no se encuentran conformes sobre todos los términos del contrato que eventualmente celebrarán, por lo que aun no hay contrato y, por ende, de producirse algún daño la responsabilidad será necesariamente extracontractual. No resulta factible crear la ficción de que el deber de buena fe, al estar relacionado con la negociación de un contrato,

genera responsabilidad contractual, ya que esta responsabilidad únicamente deriva del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones convenidas en el marco de un contrato. Así, al no haber contrato aun, la responsabilidad resulta extracontractual.

4.2.2. Los daños producidos en aquellos casos donde no existe certidumbre acerca de la existencia o no de un negocio jurídico. Estos casos son aquellos en donde no existe certidumbre sobre la existencia o no de un contrato y, por ende, no existe certeza sobre si corresponde la aplicación, ante la verificación de un daño, de las reglas de responsabilidad contractual o extracontractual.

El caso paradigmático que, en mi opinión, grafica la problemática que ahora evaluamos es el del «transporte de cortesía». Yo puedo estar pasando en mi carro por algún lugar y, al ver a otro amigo, conversar y percatarme de que ambos nos dirigimos al mismo lugar, le ofrezco, cortésmente, llevarlo. En este tipo de hipótesis pareciera que, por mi parte, no existe una intención de obligarme a llevar a mi amigo de un lugar a otro, por lo que a mitad de camino, si decido variar mi destino (por cualquier razón, sea justificada o no), podría cortésmente informarle que ya no

cuyo alcance es general, consagra un deber de comportamiento conforme con un determinado criterio (el de la buena fe). Es verdad que este deber parece referirse, en términos latos y genéricos, a un tipo «de comportamiento», concebido con el fin último de mantener indemnes a los tratantes; pero si se siguen las apariencias iniciales, se debe admitir que aquí se establece un vínculo entre sujetos determinados, en el marco de los intereses patrimoniales que constituyen la materia del contrato (eventual), y en relación con la prestación de un comportamiento relevante para la satisfacción de pretensiones ajenas. La existencia de una verdadera relación obligatoria en este caso, puede ser argumentada, además, si se tiene en cuenta que un efecto de igual contenido se produce en las demás fases de vida del contrato (...) Hay que convenir, en definitiva y también en este aspecto (del desenvolvimiento concreto del deber de buena fe), en que la culpa *in contrahendo* se configura, con carácter general, como una responsabilidad contractual». SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*; p. 62.

(66) «Artículo 1359

No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria».

## Luis Miguel Velarde Saffer

puedo «jalarlo» y que tome otro medio de transporte. En este caso parece claro que, al no querer vincularme, tampoco debo asumir responsabilidad por no llevar a mi amigo a su destino. Así, si por cualquier razón se hubiese verificado algún accidente en este lapso de tiempo, mi amigo solo tendría la vía de la responsabilidad extracontractual para accionar contra mí.

Ahora bien, nótese que la denominación de «transporte de cortesía» no es caprichosa. Nos explicamos. Existen casos en los que un contrato puede ser celebrado a título gratuito o a título oneroso. Tómese como ejemplo el contrato de depósito<sup>(67)</sup>. En estos casos, si alguien voluntariamente entrega a otra persona una cosa para que la custodie y luego se la devuelva, no podríamos dudar acerca de la existencia de un contrato de depósito, sin perjuicio de lo cual evaluaríamos si el mismo es gratuito u oneroso. Por esta razón, de verificarse cualquier daño, las reglas aplicables serían las de la responsabilidad contractual. Esto se debe a que nos encontramos ante un contrato típico que, a su vez, puede ser gratuito u oneroso. No obstante, cabe destacar que podríamos realizar un razonamiento similar si, verificado determinado acuerdo atípico (es decir, que no se identifica con un tipo contractual preexistente), concluimos que a él le resultan de aplicación analógica las reglas de algún otro contrato típico, en cuyo caso también deberíamos concluir que, ante la constatación de un daño, resultan de aplicación las reglas de la responsabilidad contractual. Nótese cómo en cualquiera de los casos mencionados en este párrafo la distinción entre un acto gratuito y un acto de cortesía, de existir, resulta meramente teórica<sup>(68)</sup>. Así, de existir un contrato típico cuyas normas resulten directamente aplicables o, en todo caso, de existir otros contratos típicos cuyas normas resulten aplicables por analogía, deberá presumirse que las partes quisieron remitirse a tales

normas y, en consecuencia, que entre ellas existe una relación contractual.

Sin perjuicio de lo mencionado, cabe precisar que en cualquier caso deberá analizarse la concurrencia de los elementos que configuran un contrato, como son el acuerdo de voluntades, las prestaciones involucradas, su carácter patrimonial, etcétera.

Ahora bien, en aquellos casos -distintos a los mencionados en los párrafos anteriores- donde se verifique un acto de cortesía, deberemos concluir que, ante la verificación de un daño, resultan de aplicación las normas sobre responsabilidad extracontractual<sup>(69)</sup>. Ello habida cuenta de que no existe un contrato típico cuyas normas resulten de aplicación y, adicionalmente, porque no existe una real voluntad de las partes de vincularse.

4.2.3. Los daños producidos en el marco de un negocio jurídico, aunque no derivados del incumplimiento de alguna de las prestaciones a las que expresamente se comprometió el deudor

### 4.2.3.1. Breve recuento histórico

En este acápite analizaremos los llamados deberes de protección y las obligaciones de seguridad, los cuales han sido propuestos por la doctrina como medio de solución para aquellos casos en que se

(67) «Artículo 1818

El depósito se presume gratuito, salvo que, por pacto distinto o por la calidad profesional, o por la actividad del depositario o por otras circunstancias, se deduzca que es remunerado. Si las partes no determinan el importe de la remuneración, ésta se regula según los usos del lugar de celebración del contrato».

(68) Sobre el particular, Scognamiglio ha señalado que «no sería inoportuno observar también que en otras hipótesis del mismo tipo, el problema propuesto parece destinado a desaparecer, frente a la imposibilidad práctica, o al menos frente a la gran dificultad, de detectar suficientes elementos objetivos de distinción entre acto gratuito y acto de mera cortesía». SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*; p. 66.

(69) *Ibid.*

producía un daño en el marco de una relación contractual, aunque dicho daño no derivaba del incumplimiento de alguna de las prestaciones a las que expresamente se había comprometido a cumplir el deudor, situación que generó incertidumbre sobre la vía de la responsabilidad civil por la que la víctima de dichos daños podía hacer valer sus derechos.

No es este el lugar ni el momento para hacer un recuento histórico sobre el surgimiento de los deberes de protección y las obligaciones de seguridad, por lo que nos limitaremos a hacer un breve comentario sobre el lugar donde surgen, sus principales alcances y la relación existente entre ellos, para lo cual seguiremos básicamente a Cabanillas<sup>(70)</sup> y De Trazegnies<sup>(71)</sup>.

Los deberes de protección nacen en Alemania. Dichos deberes surgen a raíz de la insuficiente regulación establecida por el BGB alemán, donde la responsabilidad por incumplimiento deriva básicamente de dos normas, a saber, de aquella que regula la imposibilidad imputable (de la prestación) y la mora del deudor. Es a raíz de esta insuficiente regulación que se descubren una serie de casos que, no habiendo sido expresamente regulados por el legislador, deberían dar lugar también a la responsabilidad y al resarcimiento vía contractual. Así, describiendo dicha problemática, Cabanillas ha señalado que «las lagunas resultan evidentes, cuestionándose ¿qué ocurre con el cumplimiento defectuoso o con los múltiples deberes accesorios que estrictamente no están previstos en el contrato, pero que se encuentran en estrecha vinculación con el mismo?»<sup>(72)</sup>.

Analizando esta cuestión, Staub propone su teoría de las lesiones contractuales positivas, según la cual existen una serie de deberes de protección durante la ejecución del contrato, por lo que el deudor que cause daños a través de la ejecución de su prestación deberá responder contractualmente, dado que el acreedor cuenta con un

interés a la integridad (de su persona y sus bienes). Cabanillas, explicando la teoría de las lesiones contractuales positivas de Staub, ha dicho que «introduce este autor en el marco de la protección contractual los daños que a través de una prestación no cuidadosa (*unsorgfältige Leistung*) se causen a bienes diversos de los que constituyen el objeto de la prestación, resultando así incluido el interés a la integridad (*Integritätsinteresse*) -física y en la propiedad- en el ámbito de la protección del contrato. Así, cuando alguien vende a otro manzanas con gusanos y por esta razón se pierden igualmente otras que eran del comprador y junto a las que se situaron las que estaban en mal estado»<sup>(73)</sup>. Es a raíz de este razonamiento, y los que le siguieron, que los tribunales alemanes comienzan a ampliar el ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual y a resarcir por dicha vía los daños a la integridad física y a la propiedad del acreedor.

Por su parte, las obligaciones de seguridad nacen en Francia. Dichas obligaciones surgen a raíz de la problemática presentada por los daños verificados durante el transporte de viajeros, donde el criterio jurisprudencial había sido el de calificar dichos daños como delictuales. Comentando esta situación, Cabanillas expresa que «durante todo este tiempo los Tribunales estimaron que la responsabilidad del transportista de personas (...) era una responsabilidad aquiliana, de tal manera que el viajero lesionado, o sus causahabientes en caso

(70) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*. Madrid: Civitas, 2000.

(71) DE TRAZEGNIES, Fernando. *Op. cit.*; Tomo II.

(72) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Op. cit.*; p. 147.

(73) *Ibid.*; pp. 148 y 149.

## Luis Miguel Velarde Saffer

de accidente mortal, estaban sujetos a la prueba de una imprudencia o negligencia del transportista»<sup>(74)</sup>. Así, básicamente las obligaciones de seguridad en Francia surgen por la misma razón que los deberes de protección en Alemania, es decir, por una incertidumbre acerca de la vía de responsabilidad procedente ante la verificación de daños a la integridad física y/o a los bienes del acreedor en el marco de la ejecución de un contrato.

Ahora bien, en Francia se percibe un elemento adicional. La responsabilidad extracontractual en dicho país no tenía -a principios de siglo- una regla de inversión de la carga de la prueba como existe en nuestro sistema actualmente, por lo que el acreedor perjudicado debía probar la culpa del causante de los daños, lo cual resultaba, por lo demás, sumamente complicado. Comentando esta situación, De Trazegnies menciona que «sin embargo, dentro del Derecho francés de principios de siglo, la víctima extracontractual tenía que probar la culpa de su causante, es decir, en los accidentes de transporte, la culpa del transportista; cosa que resultaba poco menos que imposible en muchos casos. Todavía la doctrina no había desarrollado la doctrina de la inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad extracontractual»<sup>(75)</sup>.

Así, en Francia y Alemania existe una base común para el surgimiento, respectivamente, de las obligaciones de seguridad y de los deberes de protección, aunque en Francia se nota también la problemática de la carga de la prueba a la que antes hicimos alusión. No obstante estas pequeñas diferencias, resulta claro que el contenido de las obligaciones de seguridad y de los deberes de protección resulta similar, puesto que a partir de dichas doctrinas se pretende ampliar el campo de aplicación de la responsabilidad contractual, a fin de que por medio de este sistema también se resarzan los daños a la integridad física y a la propiedad del acreedor generados como

consecuencia de la ejecución no cuidadosa de las prestaciones a cargo del deudor. Esta similitud ha sido notada por diversos autores<sup>(76)</sup>. Por esta razón, a continuación nos referiremos únicamente a las obligaciones de seguridad, aunque deberá entenderse que, para todos los efectos, los comentarios vertidos sobre aquellas resultan extensibles a los deberes de protección.

### 4.2.3.2. Algunos casos

Sin perjuicio de las razones que dieron lugar al surgimiento de las obligaciones de seguridad debe destacarse que, si antes era importante tomar posición sobre la responsabilidad derivada del incumplimiento de estos «deberes accesorios», ahora es más relevante aun, puesto que la realidad nos ha mostrado los diversos casos en que se producen situaciones limítrofes. Nótese que, al haber sido calificados como deberes accesorios, ellos se manifestarían en cualquier relación contractual, siendo su ámbito de aplicación amplísimo.

A continuación mencionamos algunos casos en que se analizó esta problemática, para lo cual seguimos básicamente a De Trazegnies y Visintini, quienes realizan, en las obras ya citadas, una exposición casuística sobre esta materia.

De Trazegnies describe diversas situaciones en las que esta problemática se ha verificado:

(74) *Ibid.*; pp. 168 y 169.

(75) DE TRAZEGNIES, Fernando. *Op. cit.*; p. 475.

(76) Cabanillas cita a diversos autores que han notado la similitud entre las obligaciones de seguridad y los deberes de protección. Así, señala que «con toda razón, la doctrina italiana, al referirse a los deberes de protección y las obligaciones de seguridad, subraya la similitud existente entre ellos. Mengoni señala que los deberes de seguridad (*obligations de sécurité*) se corresponden a los denominados, por los autores alemanes, deberes de protección. Carusi subraya que en la doctrina francesa el problema de los llamados por la doctrina alemana 'deberes de protección' es visto bajo el perfil de la integración del contrato con una obligación de seguridad». CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Op. cit.*; p. 168.

a) Derecho laboral: se comienza analizando los daños que ocurren en el contexto de una relación laboral, donde se han propuesto dos soluciones particularmente interesantes, a saber (i) aquella según la cual, por la naturaleza misma del Derecho Laboral y los principios que lo rigen, los daños que sufra el trabajador en el ejercicio de su trabajo deben ser resarcidos por el empleador por la vía contractual, dado que resulta inherente al contrato de trabajo que el empleador brinde a su empleado condiciones de seguridad apropiadas para el ejercicio de sus labores; y, (ii) aquella que, sin dejar de lado los fines propios del Derecho Laboral, le brinda la posibilidad al trabajador de solicitar por la vía extracontractual el resarcimiento de los daños sufridos, habida cuenta de que ellos no se originan en el incumplimiento de alguna de las prestaciones a las que expresamente se comprometió su empleador.

b) Profesión médica: los servicios médicos, por su propia naturaleza, suponen un mayor riesgo para la salud e integridad física de las personas, ya que en muchos casos involucran la realización de operaciones, tratamientos periódicos y constantes, etcétera. Esta especial situación ha llevado a la doctrina a discutir incesantemente sobre la naturaleza de los daños ocurridos durante la prestación de los servicios médicos, los cuales no sólo involucran la discusión sobre qué vía de la responsabilidad civil resulta apta para solicitar el resarcimiento correspondiente, sino también aquellos casos en que se duda sobre la existencia o no de un contrato (por ejemplo, la atención brindada en casos de emergencia).

c) Productos defectuosos: otros supuestos interesantes son aquellos donde el daño se produce por algún producto defectuoso. Nótese que, en el marco de la fabricación y comercialización de productos, existen muchos intermediarios, siendo distinto el fabricante, el distribuidor y el vendedor. Así, la determinación de si nos encontramos ante un caso de responsabilidad contractual o extracontractual resulta particularmente importante dado que, en el primer caso, la víctima solo tendría acción contra quien le vendió el producto, mientras que en el segundo caso podría iniciar la acción de responsabilidad extracontractual contra el fabricante del producto defectuoso.

Por su parte Visintini, en relación con estos especiales deberes accesorios, ha señalado que «el ámbito de aplicación más frecuente de tales deberes es el de los contratos de depósito y afines, hospedaje, arrendamientos urbanos, transporte, trabajo subordinado, servicios de asistencia personal, mandato, seguros; se trata, en otras palabras, de los contratos que implican una exigencia de protección de la persona y bienes de los contratantes (...) Me refiero también a hipótesis como la responsabilidad del enajenante frente al primer adquirente, en el caso de la doble transferencia de propiedad de un inmueble, cuando un segundo adquirente se adelanta al primero en la inscripción del acto de adquisición; o la responsabilidad del que otorga servidumbre sobre un predio a favor de alguien, y que luego transfiere el mismo predio, sin mencionar el gravamen, a un tercero, que termina inscribiendo en primer lugar su adquisición; o la responsabilidad del que vende un predio con el conocimiento de que el mismo está a punto de ser objeto de una medida cautelar»<sup>(77)</sup>.

#### 4.2.3.3. Nuestra posición

De la revisión de los casos descritos, no puede dudarse acerca de la importancia de tomar posición sobre la naturaleza contractual o extracontractual de los daños producidos a la vida, salud, integridad física y/o propiedad de cualquiera de las partes contratantes, por lo que es preciso tomar posición sobre su procedencia.

En primer lugar, debemos indicar que una de las justificaciones dadas por el Derecho francés para la creación de la doctrina de las obligaciones de seguridad, como es la gran dificultad para que la víctima pruebe

(77) VISINTINI, Giovanna. *Op. cit.*; pp. 112 y 113.

## Luis Miguel Velarde Saffer

la culpa de quien le causa un daño (debido a la inicial inexistencia de la inversión de la carga de la prueba), no es admisible. En efecto, no pueden ampliarse y/o reducirse, discrecionalmente, las obligaciones de las partes, dejando de lado principios que informan el Derecho Contractual, por un «fin correcto». Por el contrario, es sobre la base de las instituciones y de los principios existentes que se buscan lograr determinados fines. Si hay algo que está mal, hay que reformarlo, pero no podemos modificar determinadas instituciones, o dejar de lado ciertos principios, por «buscar un fin correcto». Ello, por lo demás, genera gran inseguridad jurídica, pudiendo el costo ser mayor al beneficio.

En segundo lugar, debemos considerar que la autonomía privada es el poder que tienen los particulares de regular sus intereses dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Una de las manifestaciones de dicha autonomía es la libertad contractual, según la cual las partes son libres para fijar el contenido de los negocios por los cuales quedarán vinculadas<sup>(78)</sup>. A ello se agrega lo dispuesto en los artículos 1361<sup>(79)</sup> y 168<sup>(80)</sup> del Código Civil, según los cuales los contratos son obligatorios y se interpretan de acuerdo con lo que se haya expresado en ellos. Los comentarios aquí vertidos dan cuenta de la relevancia del consentimiento y del acuerdo expreso en el ámbito contractual, siendo ello una primera limitación a la interpretación extensiva y/o amplia de lo acordado por las partes.

Ahora bien, lo expuesto en el párrafo anterior no supone desconocer la existencia del principio de buena fe, ni mucho menos su vigencia y aplicación en el ámbito contractual. Por el contrario, dicho principio se encuentra reconocido doctrinaria y legislativamente, aunque debe ser aplicado con cautela. Uno de los límites del principio de la buena fe,

en mi opinión, es la posibilidad de crear nuevas obligaciones a cargo de las partes contratantes. Ello debido a que el principio de buena fe convive en el ámbito contractual con las normas mencionadas en el párrafo anterior, por lo que sus alcances deben interpretarse de conformidad con dichos dispositivos, es decir, otorgándole la relevancia que se merece al consentimiento y al acuerdo expreso. Asimismo, el principio de la buena fe<sup>(81)</sup> supone que los contratantes deberán ejecutar sus prestaciones siguiendo dicho estándar, es decir, considerando las prestaciones que se comprometió a cumplir y el interés de su contraparte. En este sentido, la buena fe nos permitirá interpretar los alcances de las prestaciones que expresamente se comprometieron a ejecutar las partes.

Considerando lo expuesto, creemos que el principio de la buena fe permite interpretar los alcances de las prestaciones a las que expresamente se comprometieron las partes contratantes, pero no permite ir más allá y, por ende, no permite crear nuevas obligaciones. Lo contrario supondría desconocer el consentimiento y la libertad contractual a las que antes hicimos mención, quedando así de lado instituciones fundamentales del Derecho Contractual. Es por estas razones que no compartimos la doctrina de las obligaciones de seguridad. Ellas van más

(78) La libertad contractual se encuentra recogida en la Constitución Política del Perú y en el artículo 1354 del Código Civil, según el cual «las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

(79) «Artículo 1361  
Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (...)».

(80) «Artículo 168  
El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él (...)».

(81) «Artículo 1362  
Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

allá de lo acordado por las partes, puesto que involucran la protección de la vida, salud, integridad física y propiedad de las partes contratantes, bienes jurídicos que, por lo demás, cuentan con otros medios de tutela (por ejemplo, responsabilidad extracontractual).

Por estas razones compartimos la siguiente reflexión de De Trazegnies en cuanto a las obligaciones de seguridad: «Pero el hecho era muy grave porque el contrato obliga en cuanto las partes consciente y manifiestamente han querido obligarse; y no se puede andar por ahí suponiendo cosas en las mentes de los contratantes para cargarles obligaciones a una u otra parte que no estaban contenidas en el acuerdo entre ellas. Las partes pueden haber tenido razones no explicitadas para no crear tal o cual obligación: nadie se las puede imponer desde fuera (salvo los casos de limitación de la autonomía de la voluntad por razones de interés social) (...) Es importante advertir la gravedad de ello pues se corre el riesgo de distorsionar la voluntad de las partes y su común intención (...)»<sup>(82)</sup>.

Nótese que la reflexión de De Trazegnies se refiere, principalmente, a la autonomía privada y a la finalidad de preservarla y protegerla de doctrinas como aquella de las obligaciones de seguridad. Nosotros, como se habrá apreciado de lo antes expuesto, compartimos dicha opinión, aunque creemos que se ve reforzada por el hecho de que el principio de la buena fe permite interpretar los alcances de las prestaciones que expresamente se comprometieron a ejecutar las partes contratantes, más no admite la creación de nuevas obligaciones, más aun cuando existe un campo distinto, como el de la responsabilidad extracontractual, que resulta idóneo para albergar las pretensiones indemnizatorias por los daños generados a la vida, salud, integridad física y propiedad en el marco de la ejecución de un contrato.

Lo expuesto en cuanto al principio de buena fe y sus alcances podría intentar ser rebatido en base a la doctrina de los deberes accesorios. Así, podría argumentarse que los deberes accesorios surgen en el marco de una relación contractual y que, a pesar de no haber sido expresamente

acordados por las partes, tienen vigencia y resultan de aplicación, viéndose así limitados los «acuerdos expresos» a los que antes hicimos alusión.

Sobre el particular, debemos señalar que, en efecto, los deberes accesorios pueden no ser expresamente fijados por las partes y, a pesar de ello, tienen vigencia y las comprometen ¿A qué se debe ello? Los deberes accesorios tienen vigencia y obligan a las partes dado que a través de ellos (i) se permite la ejecución de la prestación; y/o, (ii) se produce el resultado útil de la prestación. En realidad, dependiendo del tipo de deber accesorio involucrado puede apreciarse que se persigue el fin descrito, por lo que podemos señalar que ambos fines, en líneas generales, son los que han dado lugar a la creación de la doctrina de los deberes accesorios.

Diez Picazo, comentando una de las razones que dio lugar a la creación de la doctrina de los deberes accesorios, ha señalado que «como quiera que el deudor tiene que actuar de acuerdo con las exigencias de buena fe y con referencia a unos determinados usos del tráfico, está obligado a hacer todo aquello que sea necesario para permitir que el acreedor consiga plenamente la prestación debida y obtenga con ella el resultado esperado. Esser señala que son deberes que no se concretan de manera inmediata en la prestación misma, sino que le sirven de apoyo y además la hacen idónea para el logro del fin a que se dirige. Por otra parte, no debe olvidarse que la función de la relación obligatoria consiste en proporcionar al acreedor un bien

(82) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*; p. 476.

## Luis Miguel Velarde Saffer

económicamente valioso para que satisfaga de esta manera un concreto interés»<sup>(83)</sup>.

Como puede apreciarse, los deberes accesorios existen debido a la intensa relación que mantienen con la posibilidad de que la prestación resulte útil para el acreedor. También responden, como señalamos líneas arriba, a la posibilidad de que la prestación sea ejecutada. Tómese como ejemplo de este último caso el deber de colaboración, en virtud del cual el acreedor debe realizar las gestiones que sean necesarias para que su deudor pueda ejecutar la prestación a su cargo<sup>(84)</sup>.

Estas y no otras son las razones de la existencia de los deberes accesorios, y puede notarse con claridad la íntima relación que guardan con la ejecución de la prestación y el cumplimiento de sus fines (utilidad para el acreedor). Como es obvio, las obligaciones de seguridad tienen una finalidad distinta, cual es la de tutelar los intereses de un acreedor perjudicado por la «poco cuidadosa» ejecución de la prestación a cargo de su deudor. En estos casos, definitivamente debe brindarse una vía de tutela a la víctima, aunque ella, por lo expuesto, no puede ser la contractual.

Por todo lo expuesto, discrepamos de la tajante opinión de Visintini, quien afirma que «Ahora, un comportamiento que infringe estos deberes ‘secundarios’ de buena fe, a pesar de poder presentar afinidad con los hechos ilícitos, constituye, sin lugar a dudas, una fuente de responsabilidad contractual, porque el sentido de la cláusula general no puede consistir sino en un papel complementario de la autonomía contractual, mediante la ampliación de las obligaciones *ex lege*»<sup>(85)</sup>.

### 4.2.4. Supuestos de cúmulo de responsabilidades

Como señalamos en la parte inicial de este capítulo, nos encontramos ante un supuesto de cúmulo de

responsabilidades cuando se producen daños en el marco de un negocio jurídico que, habiendo derivado del incumplimiento de una de las prestaciones a las que expresamente se comprometió el deudor, afectan también otros bienes jurídicos, cuya tutela procede por la vía extracontractual. La controversia surge en estos casos porque se cumplen los presupuestos para la aplicación de las normas de la responsabilidad contractual y extracontractual. En el primer caso, ellas resultan de aplicación puesto que se ha incumplido o cumplido defectuosa, tardía o parcialmente alguna de las prestaciones que expresamente se comprometió a cumplir el deudor; en el segundo caso, porque se han generado daños a bienes jurídicos cuya tutela procede por la vía extracontractual. En este orden de ideas, y habida cuenta de la distinta regulación de dichos sistemas, resulta de gran importancia tomar posición sobre esta cuestión.

En primer lugar, usualmente estos supuestos se conocen como «cúmulo o acumulación de responsabilidades», denominación que resulta errada. Ello debido a que, como es obvio, no procede la acumulación de ambas responsabilidades, lo cual conllevaría un enriquecimiento indebido por parte de la víctima respecto del causante de los daños. Por el contrario, de aceptarse la procedencia del cúmulo, la víctima se encontrará facultada para elegir por cuál

(83) DIEZ PICAZO, Luis. *Op. cit.*; p. 118.

(84) El caso típico que se señala, como manifestación del deber de colaboración, es aquel donde el deudor debe ejecutar una prestación de hacer (por ejemplo, realizar una obra dentro de un inmueble) y el acreedor, propietario del inmueble, debe prestar su colaboración al deudor a fin de que este último pueda ingresar a dicho inmueble y ejecutar su prestación. Como es obvio, si el acreedor no abre las puertas de su hogar al deudor, este no podrá cumplir con la prestación de hacer a su cargo.

(85) VISINTINI, Giovanna. *Op. cit.*; pp. 112 y 113.

de dichos sistemas de responsabilidad civil optará, lo cual dependerá de las circunstancias del caso concreto y de lo que resulte más conveniente a sus intereses<sup>(86)</sup>. Por esta razón es que, en nuestra opinión, la nomenclatura correcta es la de «opción de responsabilidades». En esta misma línea, resulta incorrecto relacionar el cúmulo de responsabilidades con la posibilidad de que un juez, considerando que se verifican los presupuestos de ambos sistemas de responsabilidad civil, pretenda aplicar, indiscriminadamente, las normas de ambos sistemas (concurso de normas)<sup>(87)</sup>.

Para tomar partido por la procedencia o no de la «opción de responsabilidades», creemos que resulta pertinente evaluar las funciones de cada uno de los sistemas de responsabilidad civil. Al analizar dichas funciones en los capítulos anteriores llegamos a la conclusión de que el sistema de responsabilidad contractual privilegia la función preventiva, habida cuenta de que se busca generar una toma de precauciones adecuadas por cada uno de los contratantes (estándar de diligencia) y, adicionalmente, porque este sistema -desde una perspectiva económica-pretende incentivar la contratación, lo cual justifica la existencia de una causalidad y un resarcimiento limitados. Por el contrario, al analizar las funciones del sistema de responsabilidad extracontractual concluimos que se privilegiaba la función compensatoria, dado que no se desea que se trasladen externalidades a terceros y, además, porque se pretende disminuir el número y cantidad de daños que se produzcan, todo lo cual justifica la existencia del criterio de la causalidad adecuada y de un nivel de resarcimiento mayor.

Nótese que, en los supuestos que ahora analizamos, se parte de la premisa de que existe un contrato y que, ante el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de alguna de las prestaciones expresamente asumidas por el deudor, se generan distintos tipos de daños. En nuestra opinión, en la medida que dichos daños se producen en el marco de un contrato y por alguna de las circunstancias mencionadas, son las normas de la responsabilidad contractual las que resultan de aplicación,

no procediendo la «opción de responsabilidades», es decir, no quedando a criterio de la víctima optar por una u otra vía de la responsabilidad. Ello habida cuenta de la función preventiva privilegiada en el campo contractual.

La función preventiva tiene como finalidad que, en la ejecución de las prestaciones asumidas, el deudor actúe con una diligencia ordinaria, de tal forma que aquel adopte precauciones razonables para evitar que se produzcan daños en la esfera de su contraparte. Así, en la medida que los daños verificados derivan del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de alguna prestación, si queremos que dicho deudor tome un nivel de precauciones que resulte razonable, debemos aplicar las normas relativas a la responsabilidad contractual. Nótese la importancia de que (i) dichos daños se verifiquen en el marco de un contrato y no entre terceros; y, (ii) que dichos daños deriven del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de alguna prestación. Si no llegáramos a esta conclusión y, por ende, asumiéramos una posición favorable a la «opción de responsabilidades», el deudor se vería obligado, en el marco de un contrato, a tomar un nivel de precauciones superior al ordinario, lo cual conllevaría un incremento de los costos de transacción, sea porque el riesgo de que se produzcan dichos daños tornaría más oneroso el contrato (porque la víctima, en base a la «opción de responsabilidades», podría recurrir a la vía extracontractual, donde la extensión del resarcimiento es superior), o porque el deudor se vería obligado a introducir diversas estipulaciones en el

(86) *Ibid.*; p. 108.

(87) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*; p. 69.

## Luis Miguel Velarde Saffer

contrato a fin de limitar su responsabilidad ante la eventual materialización de dichos daños.

Los daños que se verifican ocurren en el marco de un contrato y durante la ejecución de las prestaciones asumidas por el deudor, lo cual, en nuestra opinión, conlleva

la inaplicación de las normas generales sobre responsabilidad extracontractual, las cuales suponen que no existe vínculo previo entre las partes. Por lo demás, la línea de razonamiento que venimos desarrollando se ve reforzada por la interpretación económica del sistema de la responsabilidad contractual, el cual pretende incentivar la contratación y, en la medida de lo posible, reducir los costos de transacción.