

DE TIN MARÍN DE DO PINGÜÉ... UN ANÁLISIS ECONÓMICO SOBRE EL CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES CONTRACTUALES EN EL PERÚ*

José Juan Haro Seijas* *

“Enseguida empezó de nuevo ‘¡A lo mejor atravieso toda la tierra! ¡Qué gracioso será aparecer entre la gente que camina boca abajo! Las Antipáticas, creo’ (esta vez le producía gusto que nadie estuviera oyéndola, porque no parecía tratarse de la palabra correcta), ‘pero tendré que preguntarles cuál es el nombre del país, usted sabe. Por favor, Señora, ¿es esta Nueva Zelandia o Australia?’.”

Lewis Carroll, Alicia en el País de las Maravillas.

Sin lugar a dudas, una de las cuestiones más complejas y trascendentes que suscita el incumplimiento contractual y que, además, es el aspecto de mayor relevancia para los litigantes, es el referido al cálculo de las indemnizaciones por las cortes, tema que posee una gran importancia económica y un incuestionable valor jurídico.

Lamentablemente, en el Perú no se han desarrollado criterios jurisprudenciales que determinen un método para fijar las indemnizaciones contractuales, lo que ha traído como consecuencia una reparación inadecuada de los afectados por el incumplimiento, que ha llegado a cuestionar la utilidad misma del Derecho Contractual.

El que la Corte Suprema fije un sistema mediante el cual se calculen los montos indemnizatorios es una labor urgente y necesaria. Como sugiere el autor, si ello no ocurre, tendremos la sensación de que, si Alicia hubiera partido del Perú, pensaría sin duda que en el otro lado del mundo la gente camina de pie.

1. INTRODUCCIÓN

Para quien no ha estudiado Derecho y no se ha visto envuelto jamás en una disputa judicial, el método para resolver un problema de incumplimiento contractual debería ser más o menos simple: bastaría con establecer si el incumplimiento se produjo y, una vez que esto fuera resuelto en sentido positivo, determinar de un modo más o menos razonable la forma en que tal incumplimiento debería ser remediado. Es verdad que en el análisis de una demanda podrían presentarse mil complicaciones, pero ninguna persona común debería esperar que un proceso judicial sobre inexecución de obligaciones pudiera tener una finalidad distinta que la de resolver esas dos simples cuestiones.

Lamentablemente, eso no pasa en nuestro país.

Quien ha litigado en el Perú (y además ha leído Alicia en el País de las Maravillas) sabe que iniciar un proceso judicial es como empezar a desplomarse por el hoyo del conejo: puede parecer que la caída es extremadamente larga y a veces, cuando ésta está a

* Al doctor Hugo Forno, de quien aprendí lo que significa ser abogado y de quien cada día tengo más que aprender.

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

punto de terminar, se tiene la curiosa sensación de que muy probablemente llegaremos a un lugar en el que las cosas funcionan exactamente al revés de como deberían funcionar. ¿Qué pensaría Alicia de un mundo en el que los juicios sobre incumplimiento contractual parecen encontrarse dirigidos a proteger al incumplidor, antes que al afectado? ¿Cómo reaccionaría si supiera que, en ocasiones, los asuntos más discutidos en un proceso son los que menos importan a las partes? ¿Resultaría gracioso para ella conocer de causas sobre incumplimiento en las que el cálculo de la indemnización – que puede ser lo que más preocupa a la parte afectada – parece ser el asunto menos relevante del mundo y en la mayor parte de los casos se deja por completo a la suerte?

Una mente infantil como la de Alicia podría divertirse muchísimo jugando a los juegos de azar que los abogados peruanos hemos inventado para resolver problemas contractuales. Después de todo, a los niños les encanta jugar al “*de tin marín*”. Pero echar suertes no parece ser el método más conveniente para resolver disputas de carácter legal. El riesgo, precisamente aquello que hace más atractivos a los juegos, puede ser tremendamente peligroso en el Derecho. La incertidumbre impide que los agentes económicos puedan predecir con exactitud las consecuencias jurídicas de sus actos y fomenta en ocasiones la adopción de decisiones ineficientes desde un punto de vista social.

* * * * *

Una sistematización imperfecta impide leer organizadamente las casaciones expedidas por las distintas salas de nuestra Corte Suprema y seguir con facilidad los criterios jurisprudenciales. En una situación como ésta, es difícil realizar un análisis serio de los pronunciamientos de nuestra administración de justicia. A pesar de estas limitaciones, el profesor Gorki Gonzáles y un equipo de investigadores de la Universidad Católica – que vienen realizando un trabajo para el Banco Mundial, próximo a completarse – parecen haber encontrado evidencia estadísticamente relevante de que el Perú es un país de pírricas victorias contractuales: los “vencedores” no sólo reciben indemnizaciones que sistemáticamente subestiman sus pérdidas, sino que además no cuentan con mecanismos adecuados para que – una vez que el juicio ha sido “ganado” – la sentencia recaída en el proceso pueda hacerse efectiva¹.

En este contexto, el presente artículo intenta demostrar en primer lugar que, entre las diversas cuestiones que plantea el incumplimiento contractual, el cálculo de indemnizaciones es quizá la que mayor relevancia tenga para los litigantes: nadie demandaría por incumplimiento si es que no esperara obtener una recompensa al final del litigio (sea que tal recompensa venga establecida como una indemnización o como la ejecución forzada de la prestación). Este artículo pretende, además, explicar las razones por las que el problema del cálculo de las indemnizaciones es, a pesar de su naturaleza económica, una materia de irrefutable valor jurídico que debería despertar mayor interés entre los operadores del Derecho. El trabajo propone, finalmente, una metodología para estimar el monto en que deben ser fijadas las indemnizaciones y ofrece criterios para aproximar el valor que debe otorgarse a la parte afectada para inducir comportamientos eficientes en el mercado.

Quisiéramos empezar nuestra reflexión teniendo una idea un poco más clara de lo que ocurre en nuestros tribunales. Quizá ello contribuya a subrayar la importancia práctica del problema.

2. UN VISTAZO A LA JURISPRUDENCIA PERUANA

Corporación Ganadera adquirió 5,000 toneladas métricas de maíz amarillo de origen americano por la suma de US\$ 742,500.00. Posteriormente, la empresa contrató con una compañía naviera para que transportara el maíz desde Louisiana, Estados Unidos, hasta el Callao. Al producirse la descarga en el puerto de destino se detectó un faltante de 193.15 toneladas métricas, por lo que Corporación Ganadera efectuó el reclamo del caso con su compañía de seguros. Atendiendo a la solicitud efectuada, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros cumplió con pagar una indemnización ascendente a US\$ 13,669.82. Valorando en más que dicha suma su propia pérdida, a finales de los años noventa Corporación Ganadera inició un proceso contra la compañía naviera solicitando que ésta cumpliera con indemnizar el monto no cubierto por el seguro. Tanto el Juzgado Especializado en lo Civil como la Sala de la Corte Superior de Lima que estuvieron a cargo del proceso desestimaron, aparentemente por las mismas razones, la pretensión de la empresa

¹ Evidencias como ésta, halladas en el plano contractual, deben complementarse necesariamente con la profunda investigación que en su oportunidad realizó Alejandro Falla Jara sobre los montos de las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual en el Perú y que se vieron reflejados en su tesis para optar el título de abogado. Para una aproximación a este asunto puede verse: FALLA JARA, Alejandro y PIZARRO ARANGUREN, Luis. “El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares”. En: THEMIS – Revista de Derecho. Segunda Epoca, Nº 20.

demandante: de acuerdo con su punto de vista, el pago de la indemnización por la compañía de seguros supuso el resarcimiento del daño y subrogó a Rímac Internacional en los derechos de Corporación Ganadera, por lo que esta última empresa no tendría – en opinión de los magistrados – derecho a exigir nada más. El 9 de abril de 2001, luego de lo que aparenta haber sido un largo proceso judicial, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República emitió la Casación N° 114-2001-Callao², por la que revocó los fallos emitidos por las dos primeras instancias. En aquella ocasión, la Sala hizo explícito que, al resolver, “las instancias inferiores consideraron que se habría producido un faltante (...) no obstante lo cual no se cuantificó el menoscabo producido, esto es, el monto al que ascendería el daño”.

Como la Sala parece reconocer en su razonamiento, resulta evidente que las dos primeras instancias centraron su atención en un asunto claramente irrelevante. Las dos pusieron especial cuidado en establecer que sólo la compañía de seguros tenía el derecho de recuperar contra la compañía naviera aquello que había pagado a título de indemnización a favor de Corporación Ganadera. A nadie pareció interesarle, sin embargo, la cuestión planteada por la demandante: esto es, si existía algún monto que – no habiendo sido cubierto por la compañía de seguros – aquélla podía recuperar contra la compañía naviera.

Para cualquier persona común y corriente, la historia que acabamos de relatar debe resultar decepcionante. No es necesario ser abogado para descubrir que lo realmente importante en el caso era determinar si Corporación Ganadera había sido indemnizada suficientemente. Para ponerlo en otras palabras, era necesario indagar en primer lugar si el monto pagado por el seguro coincidía con el monto que – de acuerdo con el criterio de los jueces – debiera haberse abonado en compensación por el perjuicio causado.

El uso de matemáticas básicas es suficiente para descubrir que en la conclusión de las dos primeras instancias – aquélla según la cual Corporación Ganadera no tenía derecho a cobrar nada más – definitivamente hay algo malo: si Corporación Ganadera había desembolsado US\$ 742,500.00 por las 5,000 toneladas métricas de maíz, el costo de 193.15 toneladas métricas en el puerto de origen ascendía cuando menos a US\$ 28,682.78³. Como quiera que la compañía de seguros pagó a la demandante únicamente US\$ 13,669.82, por lo menos US\$ 15,012.95 de pérdida directa no habían sido indemnizados⁴.

Afortunadamente, el fallo de las dos primeras instancias fue revocado en casación. Al revocarlo, la Sala Transitoria de la Corte Suprema puso en evidencia, aunque probablemente de modo inadvertido, un mal endémico de nuestra judicatura: la tendencia a discutir sobre principios, ideas y doctrinas, antes que el ánimo de prestar atención a la realidad. La Sala destacó, como correspondía, el grave error de no haber evaluado siquiera la entidad del daño. Lamentablemente, al resolver la cuestión, la Sala se limitó a sostener que “en nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido éste como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales: al daño emergente y lucro cesante, y daños extrapatrimoniales: al daño moral y al daño a la persona”.

La casación no contiene una sola directriz sobre el modo en que las instancias inferiores deberían haber calculado el adecuado monto de la indemnización contractual. No se aprecia, por ejemplo, si en opinión de la Corte Suprema era necesario que se indemnizara a Corporación Ganadera con un monto equivalente a la diferencia entre lo pagado por el seguro y el precio de compra en el puerto de origen (diferencia que hemos estimado en US\$ 15,012.95) o si, en lugar de tal mecanismo de cálculo, debería recurrirse a otro

² El fallo puede ser consultado en: Diálogo con la Jurisprudencia. Año 7. Número 36. Setiembre 2001. p. 296.

³ La cifra resulta de la aplicación de la regla de tres simple: si 5,000 toneladas cuestan US\$ 742,500.00, 193.15 toneladas (3.863% de 5,000) costarían US\$ 742,500.00 x 0.03863 = US\$ 28,682.78. El resultado obtenido corresponde a la suma que hubiera tenido que pagarse para comprar 193.15 toneladas de maíz en la misma fecha en que Corporación Ganadera compró el producto y no necesariamente equivale al daño total que la merma impuso a la empresa demandante. La discrepancia se debe a varias razones. Para comenzar, sería posible que el precio pagado por las 5,000 toneladas hubiera incluido un descuento por volumen, al cual podría no tenerse derecho si se compraran sólo 193.15 toneladas; en otras palabras, podría ocurrir que Corporación Ganadera tuviera que pagar una suma mayor por tonelada métrica si quisiera comprar sólo 193.15 toneladas. Por lo demás, para calcular con mayor exactitud el daño sufrido, debería sumarse al precio de las 193.15 toneladas perdidas – entre otros conceptos – la proporción correspondiente de los gastos de transporte local, viáticos y demás costos incurridos por Corporación Ganadera para negociar y concretar la compra del maíz, que aquí ignoramos.

⁴ Al indicar que “por lo menos” dicho monto no había sido indemnizado, queremos significar — como veremos más adelante — que pueden existir fundadas razones para que la indemnización comprenda otros conceptos además del precio.

método para estimar la indemnización. La Sala perdió así una oportunidad para cumplir con la finalidad que en nuestro ordenamiento deben tener las resoluciones emitidas en casación⁵.

II

La historia que acabamos de relatar es moneda común en nuestro medio. No hemos podido ubicar un solo fallo en el que la Corte Suprema se pronuncie sobre la forma en que deben ser calculadas las indemnizaciones en el Perú. Como quiera que el Código Civil tampoco contiene disposiciones sobre la materia⁶, este cálculo es, el día de hoy, un asunto sujeto al criterio subjetivo del juez.

La razón por la que la Corte Suprema de la República no se pronuncia normalmente sobre el monto que debería otorgarse como indemnización radica en una particular comprensión de la casación como instituto procesal. Con arreglo a tal comprensión, la Corte Suprema debe alejarse por completo de cualquier análisis que suponga – directa o indirectamente – la evaluación de la prueba actuada ante las instancias de mérito. La determinación del monto indemnizatorio, concebida normalmente como una cuestión de hecho, queda así alejada por completo del debate casatorio.

Siguiendo el criterio de analizar únicamente cuestiones “de derecho”, en nuestro país se ha afirmado que, además de la materia indemnizatoria, otros aspectos del Derecho Contractual se encuentran fuera de la competencia de la Corte Suprema. Así, por ejemplo, se ha dicho que “determinar si el deudor actuó con la diligencia ordinaria requerida, solamente puede ser establecido luego de valorar los medios probatorios”, por lo que “dicha denuncia constituye una cuestión de hecho que no es recurrible en casación”⁷.

No obstante que opiniones como la antes citada parecen definir el criterio de que la determinación de la existencia o inexistencia de culpa configura una

cuestión “de hecho” librada al análisis de las instancias inferiores, es notorio que la Corte Suprema – actuando con cierta flexibilidad – se ha apartado ocasionalmente de una doctrina tan estricta. En esa línea, por ejemplo, puede observarse un conjunto de resoluciones emitidas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año 1997, de las que la Casación N° 949-95⁸ es un buen ejemplo. En tal resolución, afirmando un punto de vista que después se ratificaría en repetidas oportunidades, los magistrados supremos reconocen la necesidad de establecer criterios que permitan reducir la incertidumbre en materia de responsabilidad contractual y, más específicamente, en aspectos relativos a la determinación de la culpa. La parte considerativa de la Casación N° 949-95 declaraba de hecho que la Corte “(estaba) conociendo de un número considerable de causas en las que se ventila(ba) la pretensión de un derecho indemnizatorio derivado de la responsabilidad de la empresa demandada por haber incorporado a los demandantes al régimen pensionario de la Ley veinte mil quinientos treinta” y sostenía que “habiéndose verificado que a nivel de Corte Superior existe diversidad de criterios en la calificación del acto de incorporación como culposo o ausente de culpa se hace necesario a fines de la unidad de la jurisprudencia nacional emitir una definición que evite así que se esté dictando jurisprudencia contradictoria sobre la materia”. Apoyándose en tal razonamiento, los magistrados procedieron a sostener que “el acto por el que una empresa, a partir de un ofrecimiento que parte de ella, incorpora a sus trabajadores al régimen pensionario (...), del que luego los debe excluir, es un acto culposo susceptible de ser indemnizado (...)”.

Al establecer que la incorporación a un determinado régimen pensionario puede constituir un acto culposo cuando se origina en un ofrecimiento de la empresa, la Corte Suprema definió en los hechos, para una serie de casos similares, cómo debían evaluarse las pruebas para resolver si existía culpa o no. Al hacerlo, sin embargo, no se resolvió más que la mitad del problema.

⁵ De conformidad con el artículo 384 del Código Procesal Civil, el recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y – lo que parece más importante – la unificación de la jurisprudencia nacional. Si se analiza con detenimiento la norma, se descubre indubitablemente que la intención del codificador era que, mediante la casación, los criterios

⁶ El artículo 1321 del Código Civil, que las instancias de mérito usan normalmente para fijar el monto indemnizatorio, carece por completo de criterios claros para estimar el monto de la pérdida indemnizable. La norma se limita a señalar que “el resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución”. No existe en esta frase un solo criterio que indique cómo es que se calcula el daño emergente o cómo debe estimarse el lucro cesante.

⁷ Casación N° 281-98 del 21 de octubre de 1998, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. En: Asociación No Hay Derecho. El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria. Lima, Ediciones Legales, 2000. p. 119.

⁸ El fallo puede ser consultado en: Asociación No Hay Derecho. El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria. Lima, Ediciones Legales, 2000. p. 147. jurisprudenciales pudieran unificarse para reducir la incertidumbre en la solución de conflictos. La teoría económica sostiene, de un modo coherente con esta tesis, que la predictibilidad de las resoluciones reduce el nivel de litigio en una sociedad.

El procedimiento objeto de casación trataba en realidad de una pretensión de indemnización por daño moral. La sección de “Fundamentos del Recurso” declaraba, en efecto, que la casación había sido admitida por la causal de interpretación errónea del artículo 1322 del Código Civil⁹, “al estimarse en la recurrida que el daño moral no es susceptible de ser cuantificado económicamente”. El problema central que debía resolver la Corte, una vez más, era el de la estimación del daño.

Lamentablemente, a este respecto la Corte sólo se limitó a precisar que el artículo 1322 del Código Civil optó por admitir la reparación de los daños morales y que, por tanto, la Corte Superior había errado al sostener que “el daño moral expresado en términos económicos deja de ser tal”. La Casación, siguiendo estrictamente – esta vez sí – el criterio jurisprudencial vigente (de no pronunciarse sobre lo que se considera un asunto “de hecho”), no contiene una sola directriz que permita definir cómo es que, a criterio de los magistrados supremos, debe estimarse el daño moral en el Perú¹⁰. La unificación de criterios jurisprudenciales, objetivo que con tanta vehemencia se había defendido en los considerandos de la resolución, aparece así como prescindible en cuanto toca a la definición del *quantum* indemnizatorio. Probablemente por eso es que el considerando décimo tercero de la resolución bajo análisis ratifica la idea de que “al no actuar la Corte como instancia de mérito es menester estar al monto indemnizatorio fijado en la instancia correspondiente”.

Es curioso que en la misma casación se observen dos tendencias contradictorias entre sí. No parece coherente que se sostenga que la definición de criterios para cuantificar indemnizaciones es materia probatoria y se admita al mismo tiempo que la definición de criterios para decidir si un acto es culpable o no constituye un asunto de derecho.

III

Que la Corte Suprema no debe actuar como instancia de mérito es un asunto indiscutible en un régimen que, como el peruano, atribuye al máximo órgano jurisdiccional exclusivas facultades como instancia de casación¹¹. De ello no puede seguirse, sin embargo, que la Corte Suprema no tenga nada que decir respecto de los criterios que deben usar los jueces de las instancias inferiores para evaluar las pruebas que se someten a su consideración.

Un ejemplo permite ilustrar el punto con mayor facilidad.

Supongamos que Juan y Pedro celebraron un contrato de locación de servicios por medio del cual Juan se obligó a desarrollar ciertas labores por un plazo de seis meses. Imaginemos además que, vigente el plazo del contrato, Pedro recibió una carta notarial en la que se le informaba que Juan era menor de edad y que, por tanto, no podía haber suscrito válidamente ningún contrato con él. Supongamos, finalmente, que – con la intención de evitar cualquier problema futuro – Pedro solicita la declaración judicial de nulidad del acto jurídico.

En nuestra hipótesis resulta evidente que – al declarar nulo el contrato – el juez debería disponer además que las partes se restituyeran recíprocamente las prestaciones previamente ejecutadas¹². Como la restitución de un servicio *in natura* es materialmente imposible, el juez también debería definir si Juan tiene derecho a recibir alguna compensación dineraria por el trabajo efectivamente realizado, de modo que Pedro no se viera beneficiado de un modo injustificado. ¿Cuáles criterios podrían emplearse para resolver esta cuestión? En abstracto, existen cuando menos cuatro alternativas: (i) Una primera alternativa consistiría en soste-

⁹ Código Civil. Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

¹⁰ La única referencia que puede encontrarse en el fallo sobre este particular es una frase en la que los magistrados afirman que, en el daño moral, el “quantum indemnizatorio (...) se mide siempre, atendiendo a las pruebas que (generan...) convicción, por el daño en sí mismo tomando en cuenta los parámetros que se evidencien por la gravedad objetiva del menoscabo causado”. En nuestra opinión, esta afirmación no contiene en sí misma ningún lineamiento que pueda orientar el criterio subjetivo del juez al momento de estimar la indemnización y, en esa medida, no puede otorgar predictibilidad a las decisiones judiciales o reducir la incertidumbre jurídica.

¹¹ Las facultades de la Corte Suprema – cuando actúa como órgano de casación – aparecen claramente descritas en el artículo 386 del Código Civil. Allí se precisa que el recurso de casación sólo resulta procedente por las siguientes causales: (i) aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial; (ii) inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o (iii) contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para al eficacia y validez de los actos procesales. Como quiera que la casación autoriza a los magistrados supremos a pronunciarse únicamente sobre aspectos jurídicos, el artículo 394 del Código Civil prohíbe la presentación de pruebas adicionales ante la Corte, a menos que éstas se encuentren destinadas a acreditar la existencia de doctrina jurisprudencial o de una ley extranjera.

¹² En nuestro sistema, la consecuencia de la nulidad es que el negocio se tiene por ineficaz perpetuamente y desde el inicio. En tal sentido, las partes no pueden pretender cosa alguna de la otra basándose en el acto inválido, por lo que – si el negocio ha sido parcial o talmente cumplido – las cosas debe reponerse a su estado anterior, como si el acto no se hubiese realizado. Ver, al respecto, STOLFI, Giuseppe. Teoría del negocio jurídico. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 88-89.

ner que Juan tiene derecho – en cualquier caso – a una indemnización proporcional, calculada en función del tiempo trabajado y sobre la base de la retribución originalmente convenida en el contrato; (ii) Bajo una segunda línea de pensamiento podría estimarse que, como el contrato ha sido anulado, el monto estipulado por las partes sólo puede tomarse en cuenta a título referencial y, en consecuencia, la compensación debería resultar equivalente en todo supuesto a la suma que se pagaría normalmente en el mercado por servicios similares a los realizados por Juan; (iii) Si Juan nunca hubiera revelado a Pedro que era menor de edad, una tercera corriente podría todavía estimar que Juan no debería tener derecho a compensación alguna y justificar tal postura en la necesidad de generar incentivos para que los menores de edad transmitan información valiosa a sus contrapartes¹³; (iv) En el caso en que Pedro pudiera haberse dado cuenta de la edad de Juan (o éste hubiera revelado que era menor de edad), podría considerarse finalmente que al monto indemnizatorio calculado con arreglo a cualquiera de los criterios establecidos en los numerales (i) o (ii) precedentes debería sumarse todavía un monto adicional destinado a penalizar a quien contrata a sabiendas con un menor.

Imaginemos, para simplificar nuestro ejemplo, que el juez especializado a cargo del proceso – luego de actuar las pruebas ofrecidas por las partes – ha llegado a las siguientes conclusiones de hecho: (i) Juan prestó servicios en favor de Pedro por un período efectivo de dos meses; (ii) la retribución convenida por seis meses de trabajo fue de US\$ 1,200, pagaderos a la culminación de las labores; (iii) dos meses de labores similares a las prestadas por Juan se retribuyen normalmente en el mercado en US\$ 300; (iv) Juan nunca reveló a Pedro que era menor de edad; y (v) Pedro podía darse cuenta, usando una diligencia normal, de que Juan tenía menos de 18 años.

¿Cuál es, en este contexto, la indemnización que debería otorgar el juez? Depende. Si nuestra ley (o los criterios jurisprudenciales) establecieran que la indemnización debe otorgarse con prescindencia de que el menor de edad hubiera o no revelado su edad, tendríamos parte del problema resuelto. Para resolverlo completamente sería además necesario que la ley (o los criterios jurisprudenciales) definieran en tal caso si la indemnización debe calcularse sobre la base de lo pactado en el contrato o, en lugar de tal medida, debe recurrirse al mercado. Si, por el contrario, nuestra ley (o los criterios jurisprudenciales) dispusieran que debe hacerse una distinción sobre la base del comportamiento del menor, Juan no tendría derecho alguno a indemnización bajo una línea de pensamiento, pero podría tenerlo bajo otra (aún si no hubiera revelado información a Pedro) en el caso que éste pudiera haber reparado en su minoridad.

El ejemplo revela bien el problema que el juez civil confronta en cada caso: no es suficiente con el análisis factual que realiza para que pueda formarse una opinión objetiva sobre el monto que debe otorgar como indemnización. En nuestra hipótesis, los datos obtenidos en virtud de la actuación de las pruebas no resultan suficientes para establecer de un modo claro cuánto debe recibir Juan. De hecho, antes de emplear tales datos en la solución del caso, es imprescindible que el juez defina en primer lugar cuál debe ser la regla de derecho aplicable. Porque si acogiera el criterio del monto proporcional sobre la base de la retribución convenida, Juan debería recibir US\$ 400 (la tercera parte de la contraprestación pactada). Si atendiera al criterio del “valor de mercado”, el monto a otorgar a Juan sería de sólo US\$ 300. Si estimara como relevante el hecho de que Pedro pudiera haber conocido de la minoridad de Juan, el monto indemnizatorio ascendería a más de US\$ 400¹⁴. Y si, finalmente, optara por penalizar a Juan por no haber revelado su edad, tocaría declarar que Pedro no debe indemnizar a aquél en modo alguno.

¹³ De hecho, esta preocupación parece estar presente en nuestro ordenamiento civil. Véase al respecto el artículo 229 del Código de la materia, según el cual “Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad”.

¹⁴ En este caso, además, sería necesario definir un criterio para establecer la suma indemnizatoria que se impondría a Pedro como “sanción” por su conducta. En el Derecho anglosajón este tipo de sanciones se conoce como “indemnización punitiva o ejemplificadora”. Las indemnizaciones punitivas son indemnizaciones en una escala incrementada, que se otorgan al demandante por sobre el monto de la indemnización compensatoria, cuando el daño se ha producido por circunstancias agravantes, tales como violencia, opresión, malicia, fraude o conducta indebida. La existencia de indemnizaciones punitivas se justifica típicamente sobre la base de dos argumentos: (i) de acuerdo con el primero, las indemnizaciones punitivas estarían destinadas a resarcir al demandado por la angustia mental, la afectación de sus sentimientos, la vergüenza u otros daños del mismo tipo (y en tal sentido, resultan equiparables a las indemnizaciones que en nuestro sistema se conceden para resarcir el “daño moral” o el “daño a la persona”); (ii) de acuerdo con el segundo, las indemnizaciones punitivas deberían desincentivar todavía más la realización de conductas que con seguridad deseamos evitar. Sobre este último extremo puede verse, aunque en el contexto de la responsabilidad extracontractual, LANDES, William y POSNER, Richard. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge, Harvard, 1987. p. 161-162.

Es evidente que la tarea de valorar las pruebas es asunto reservado a las instancias de mérito. Sólo a ellas puede corresponder, en el ejemplo que acabamos de describir, definir si Pedro pudo haber conocido que Juan era menor de edad o si tal dato era imperceptible incluso para una persona diligente. En el caso que el criterio jurisprudencial establecido fuera que la indemnización es procedente y debe calcularse con arreglo al mercado, la indagación sobre el monto que se paga en el mercado por servicios similares correspondería también a los jueces especializados y a las cortes superiores. ¿Quién define, sin embargo, cuál debe ser el criterio aplicable? ¿No es acaso ésta una verdadera cuestión “de derecho” que debe determinarse incluso antes de realizar el análisis probatorio? En nuestra opinión, así es. Que Pedro pudiera haber descubierto o no que Juan era menor de edad sólo resulta relevante cuando las normas o la doctrina jurisprudencial establecen que tales extremos deben tomarse en cuenta para definir el derecho a otorgar indemnizaciones. La necesidad de indagar por el valor de mercado de una prestación sólo aparece si es que las normas o la doctrina jurisprudencial descartan como referente la retribución establecida en un contrato anulado.

Al sostener que ningún extremo de la cuestión indemnizatoria se encuentra sujeto a la revisión de la Corte Suprema – aun cuando no tenga en realidad nada que ver con el análisis de las pruebas – los magistrados de la máxima instancia jurisdiccional privan a los jueces de menor jerarquía de líneas directrices necesarias para realizar su trabajo a cabalidad. Si acaso existe una regla en nuestro país el día de hoy es aquella en función de la cual el juez debe estimar la indemnización “a su leal saber y entender”. Una regla legal que formaliza la carencia de reglas legales incrementa el nivel de incertidumbre en el mercado, promueve el litigio y dificulta que el sistema contractual pueda alcanzar los objetivos que se supone persigue.

3. ¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO CONTRACTUAL?

Si las personas cumplieran siempre las promesas que hacen, el Derecho Contractual no tendría mayor objeto. Todos sabemos, sin embargo, que nadie cumple todas sus promesas: algunas veces la gente incumple intencionalmente; en otros casos no puede cumplir aunque quiera. El Derecho Contractual puede tener

algo que decir cuando la gente incumple: sus instituciones constituyen un cuerpo sistemático capaz de inducir el cumplimiento de cierto tipo de promesas.

No todas las promesas que formulamos, sin embargo, suscitan el mismo interés del Derecho: la promesa que hacemos a un hijo para salir de paseo el fin de semana es probablemente una que intentaremos cumplir de cualquiera forma, aunque sería muy difícil que un hijo nuestro pudiera demandarnos con éxito por incumplirla. El incumplimiento de la promesa de pago hecha a un proveedor es, por su parte, una de aquellas que típicamente puede originar un proceso judicial.

¿Cuál es la razón por la que el Derecho Contractual tiene que ver sólo con un tipo de promesas y no con otras? ¿Cuáles son los criterios que habilitan que un determinado asunto, pero no otro, pueda ser discutido en los tribunales?

En el Derecho anglosajón, la noción de “*consideration*” sirve para distinguir entre las promesas que pueden discutirse judicialmente y aquéllas que no alcanzan relevancia bastante para motivar un proceso. Las Cortes inglesas y estadounidenses se niegan por regla general a discutir sobre el incumplimiento de promesas que no estuvieran soportadas por *consideration* y admiten la discusión judicial sobre promesas que sí tuvieran tal soporte. Por *consideration* se alude al acto o promesa recíproco que la contraparte ha formulado o ejecutado en intercambio por una promesa¹⁵. Así, por ejemplo, la promesa que María hace para limpiar la casa de Julio es exigible legalmente sólo si Julio (o un tercero) hace algo a favor de María u ofrece algo a cambio de tal promesa.

Un primer asunto a notar es que la visión sobre la exigibilidad legal que tiene el Derecho anglosajón focaliza la atención en cada promesa, antes que en la estructura compleja que forman las promesas correspectivas (estructura que, tanto los anglosajones como nosotros, solemos llamar “contrato”). Un segundo punto a destacar es el hecho de que – a juzgar por el concepto de *consideration* que acabamos de esbozar – los contratos que típicamente merecen tutela jurisdiccional en los Estados Unidos son los que en nuestra doctrina calificaríamos como “contratos de prestaciones recíprocas”¹⁶. Así las cosas, el derecho común anglosajón otorga relevancia jurídica al contrato en cuanto expresión de “intercambio”.

¹⁵ Tal como Chirelstein indica: “en su forma más simple [*consideration*] denota la recepción por el promitente de “algo de valor” desde el promisorio”. CHIRELSTEIN, Marvin. *Concepts and Cases in the Law of Contracts*. New York, Foundation Press, 1998. p. 12.

¹⁶ Es menester destacar, sin embargo, que esta regla admite una serie de excepciones.

Por esa razón, no suele admitirse en esa tradición el debate judicial sobre el incumplimiento de promesas unilaterales¹⁷, aun cuando tales promesas pudieran haber sido efectuadas en consideración a un beneficio previamente recibido (como por ejemplo ocurriría si, quien ha sido servido durante treinta años por un empleado, ofrece entregar a éste un bono extraordinario y después no honra tal ofrecimiento), ya que en este último supuesto no existiría una “transacción” propiamente dicha. Es por esa razón precisamente que la Sección 71 del *Restatement (Second) of Contracts* declara meridianamente que “para constituir *consideration*, el acto o promesa recíproco debe haber sido previamente negociado” y anota seguidamente que “un acto o promesa recíproco es negociado previamente en el caso que el promitente lo exija en contraprestación por su promesa y siempre que sea efectuado por el promisorio en contraprestación de tal promesa”¹⁸.

Nociones tan restrictivas no son admitidas por el Derecho romano-germánico, en el que – por citar un ejemplo bastante conocido – se admite sin ambages la obligatoriedad del contrato de donación¹⁹. A pesar de ello, es verdad que entre nosotros también se reconoce la necesidad de distinguir entre promesas legalmente exigibles y promesas que no pueden ser exigidas legalmente. Aunque no es este el espacio para efectuar un análisis profundo sobre la materia, se suele afirmar en nuestra doctrina que – para merecer tutela jurisdiccional – es menester que la obligación cuyo incumplimiento se somete a la consideración de

los jueces se halle revestida de los requisitos de “juridicidad” y “patrimonialidad”²⁰. En cuanto toca a este último requisito, se ha afirmado especialmente que la patrimonialidad debe exigirse respecto de la prestación en sí misma considerada, con prescindencia de que el interés que le da sustento no sea patrimonial²¹.

Mientras el Derecho anglosajón parece prestar atención a una noción relacionada con el “intercambio”, el Derecho romano-germánico recurre al concepto de “patrimonialidad”. Aunque diversas, las dos ideas anuncian – en nuestra opinión – un mismo interés en el Derecho Contractual: éste se encuentra dirigido a la satisfacción de necesidades de carácter económico y, por tanto, es a dichas necesidades que debe prestarse especial atención. Cualquier discusión sobre promesas efectuadas en el ámbito familiar o en contextos claramente desprovistos de connotaciones “patrimoniales” escapa al interés de nuestra materia y, en gran parte de los casos, carece por completo de relevancia jurídica.

¿Por qué son tan importantes las promesas de contenido económico? ¿Qué resulta relevante en las transacciones patrimoniales celebradas libremente entre privados?

Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, los contratos mejoran la eficiencia social²² ya que permiten que los recursos circulen libremente en el mercado mediante transacciones voluntarias. El punto ha sido formulado ya en otro lugar entre

¹⁷ Sin perjuicio de ello, el Derecho anglosajón admite casos en los que una promesa puede resultar legalmente exigible aunque carezca de “*consideration*”. Por ejemplo, algunas promesas unilaterales pueden resultar vinculantes (bajo la teoría conocida como “*promissory estoppel*”) si el promisorio, confiando en la promesa, efectuó ciertos gastos o asumió determinados perjuicios que no hubiera soportado de otro modo. Las cortes han admitido también (bajo la teoría conocida como *quantum meruit*) que se exija el cumplimiento de promesas unilaterales realizadas con ocasión de un rescate previo, aun cuando en tal supuesto el rescate no se hubiera efectuado como consecuencia de un hecho o una promesa anteriores. Chirelstein explica, sin embargo, que “para guardar la perspectiva (...) debemos recordar que esas situaciones “*excepcionales*” son sólo eso y que en el curso común de los contratos empresariales y de consumo, el elemento de *consideration* se encuentra presente virtualmente por definición”. CHIRELSTEIN, Marvin. *Op. cit.*, p. 13-14.

¹⁸ Ver al respecto, BURTON, Steven y EISENBERG, Melvin. *Contract Law: Selected source materials*. St. Paul, West Group, 1999. p. 244.

¹⁹ La naturaleza contractual de la donación se deriva indubitadamente de los artículos 1621 y siguientes del Código Civil.

²⁰ Para una explicación detallada de la cuestión puede revisarse: FORNO FLOREZ, Hugo. Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación. En: *Advocatus* N° 1, p. 21-27. En su trabajo, el doctor Forno deriva el requisito de patrimonialidad de la interpretación concordada de los artículos 1351 y 1402 del Código Civil.

²¹ FORNO, *Op. cit.* p. 26-27.

²² El concepto de eficiencia que empleamos en este artículo fue formulado por primera vez por Willfredo Pareto. Pareto, un eminente economista italiano, sostuvo que una transacción mejoraba necesariamente la eficiencia social si es que generaba beneficios para cuando menos uno de los miembros de la sociedad, sin perjudicar a ningún otro. El criterio de eficiencia de Pareto, que puede funcionar perfectamente en el ámbito contractual, resulta estrecho cuando se busca identificar si – desde un punto de vista social – resulta eficiente permitir ciertas actividades dañosas. Imagínese típicamente el caso de las fábricas que contaminan el ambiente: es posible que los beneficios asociados a la existencia de la fábrica (producción de bienes de consumo, generación de empleo, etc) sean superiores a los perjuicios derivados de la contaminación. Si se aplicara estrictamente el criterio de Pareto, una situación como la descrita no resultaría eficiente. Pero sí lo sería si se recurriera a una idea un poco más elaborada, formulada por Kaldor y Hicks, de conformidad con la cual una situación es más eficiente que otra si es que los beneficios agregados que se vinculan a ella son superiores a los perjuicios agregados que ésta produce. Como explica Posner, “el concepto de Kaldor-Hicks es también sugestivamente llamado superioridad potencial de Pareto: Los ganadores pueden compensar a los perdedores, ya sea que lo efectivamente lo hagan o no”. POSNER, Richard. *Economic Análisis of Law*. Aspen, 1998. p. 14

nosotros²³ y puede explicarse con mayor facilidad con un ejemplo: A vende una casa de playa a B en S/ 100,000. Suponiendo que A y B manejan información adecuada sobre las condiciones de la casa y las circunstancias de la transacción²⁴, es razonable concluir que los S/ 100,000 recibidos por A representan un bien que éste valúa más que la casa, puesto que si hubiera ocurrido lo contrario, A hubiera preferido conservar la propiedad en lugar de desprenderse de ella a cambio de S/ 100,000. Bajo las mismas condiciones, también puede inferirse que los S/ 100,000 pagados por B representan un valor menor que el que B asigna al inmueble, dado que si B valuara el inmueble en menos que dicha suma, jamás hubiera estado dispuesto a pagar por el bien el monto antes indicado. De lo anterior se sigue que A y B sólo podrían haber celebrado el contrato si cada uno considerara, individualmente, que la transacción resulta beneficiosa para sus propios intereses. Para simplificar más el asunto, asignemos un monto al “precio de reserva”²⁵ de cada una de las partes. Imaginemos entonces que A estaba dispuesto a vender la casa de playa hasta en S/ 80,000 y B estaba dispuesto a pagar por ella hasta S/ 130,000²⁶. Cuando se tienen esos números, se puede calcular con relativa facilidad el beneficio social: como quiera que A ha ganado con la transacción S/ 20,000 (la diferencia entre el precio recibido de S/ 100,000 y su propio “precio de reserva” de S/ 80,000) y B ha ganado S/ 30,000 (la diferencia entre el precio pagado de S/ 100,000 y su propio “precio de reserva” de S/ 130,000), la sociedad en su conjunto se ha beneficiado con S/ 50,000²⁷ y, por tanto, la transferencia del recurso producida por efecto del contrato es eficiente desde un punto de vista social.

Nótese que el contrato sólo se celebrará si las partes se encuentran de acuerdo sobre todos sus términos y condiciones. De esta forma, el consentimiento es evidencia bastante de que – cuando menos en el momento mismo de la formación del contrato – las partes consideran que el negocio es beneficioso para ellas. Y si éste es el caso, ¿cómo se explica económicamente el fenómeno del incumplimiento?

Es notorio que el incumplimiento adquiere relevancia jurídica únicamente en aquellos contratos en que las partes convienen en diferir el cumplimiento de una prestación o de ambas. Porque si todos los convenios de carácter patrimonial entre privados se ejecutaran automáticamente, sin que mediara solución de continuidad entre el momento del pacto y el momento de la ejecución²⁸, probablemente sería innecesaria la existencia de un cuerpo jurídico destinado a inducir el cumplimiento. En tales casos, sería poco probable que alguien se “arrepintiera” porque, en primer lugar, las prestaciones deberían cumplirse en el momento mismo de la adopción de la decisión económica y porque, en segundo término, cada parte podría suspender la ejecución de su prestación hasta que la contraparte cumpliera con la suya.

Cuando las partes configuran el negocio de modo que una cumpla primero con su prestación y la otra deba ejecutar la suya en un momento posterior (como ocurre típicamente en el caso de los contratos financieros, en los que el prestamista desembolsa una suma que el prestatario debe restituir en el futuro), los incentivos que enfrenta aquél que recibió el beneficio buscado en primer lugar son ciertamente diferentes. Una vez que

²³ Ver: BULLARD, Alfredo. ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?. En: Ratio Juris. N° 1, pp. 19 – 35.

²⁴ La conclusión que aquí se formula se produce típicamente cuando se asume que no existen problemas de información o de voluntad. En el caso que hubiera concurrido un vicio (error, dolo o violencia) en la celebración del contrato, es posible que el resultado alcanzado por el negocio jurídico no resulte eficiente. Cuando alguien actúa bajo error y posteriormente solicita la anulación del acto, en realidad sostiene que si hubiera conocido cierta información nunca hubiera celebrado el contrato.

²⁵ El concepto de “precio de reserva” alude a la valuación subjetiva no revelada de cada una de las partes del contrato. El adecuado funcionamiento de la negociación contractual exige que los privados tengan el derecho de conservar para sí este dato.

²⁶ Es importante tomar en consideración que el valor que cada individuo asigna a los bienes se deriva de una apreciación subjetiva y, por ello, no guarda necesaria relación con los valores que otros individuos podrían asignar a los mismos bienes. En nuestro ejemplo, las diferentes valuaciones (o preferencias) de A y B podrían deberse a diversas razones: A podría necesitar liquidez inmediata para un negocio, mientras que B podría estar interesado en invertir en inmuebles; A podría ser una persona mayor que no suele acudir a la playa y que por tanto no tiene oportunidad de usar la casa cotidianamente, mientras que B podría ser una persona joven, deseosa de encontrar un lugar privado donde descansar fuera de la ciudad. Las razones no resultan relevantes por el momento. Lo que resulta capital es reconocer que en cada contrato son precisamente esas diferentes circunstancias las que explican que, mientras unos están dispuestos a deshacerse de un recurso por dinero (u otro bien), otros están dispuestos a obtener el mismo recurso, pagando por él una suma que claramente es superior al valor que su original propietario le asignaba.

²⁷ El beneficio social resulta de la suma de los beneficios individuales de cada una de las partes, dado que por hipótesis se asume que los contratos no generan efectos en terceras partes. En el mundo real, sin embargo, es posible que un contrato genere efectos externos (o externalidades) sobre quienes no hubieran intervenido en el contrato. En el caso de externalidades positivas, el beneficio social del contrato será mayor al simple agregado de los beneficios de las partes. En el caso de externalidades negativas, el contrato produce menores beneficios sociales que tal suma y – en casos extremos – podría producir una pérdida social neta.

²⁸ Este es el caso de los negocios que, en nuestra doctrina, son conocidos como “contratos manuales”. Las compras realizadas en establecimientos públicos corresponden normalmente a esta categoría de transacciones.

alguien obtiene el valor que el contrato le proporciona (por ejemplo, si recibe el dinero que ha solicitado al Banco) puede verse tentado a actuar de modo estratégico posteriormente, negándose a ejecutar su prestación en tiempo oportuno (por ejemplo, retrasando la restitución del monto prestado) e impidiendo que la sociedad se beneficie con la transacción originalmente configurada. El Derecho Contractual interviene en supuestos como éstos, calificando el comportamiento estratégico como “incumplimiento” y estableciendo las medidas necesarias para compeler la ejecución en los términos originalmente estipulados. Si los mecanismos desarrollados por el Derecho, sumados a los mecanismos que las partes pudieran haber estipulado para inducir el cumplimiento²⁹, no resultaran suficientes para motivar la ejecución de prestaciones diferidas en el tiempo, los agentes económicos podrían tener un poderoso incentivo para negarse a celebrar contratos de esta naturaleza, con lo que se perdería el enorme valor que los contratos con prestaciones de ejecución diferida pueden generar en la sociedad³⁰.

Puede ocurrir, de otro lado, que la renuencia al cumplimiento se deba no al comportamiento estratégico de una parte (beneficiada por la ejecución en primer término de una prestación en su favor), sino a la modificación de las condiciones existentes entre el momento de la celebración del contrato y el momento de su cumplimiento. Imaginemos, por ejemplo, que A se obligó a fabricar una silla a favor de B por la suma de S/ 200. Supongamos además que A concluyó dicha transacción porque estimaba al momento de celebrar el contrato que los insumos necesarios para la elaboración de la silla, sumados a los otros costos relevantes en que tendría que incurrir para su fabricación (costos fijos, mano de obra, etc), no deberían ser mayores a S/ 150, con lo que

anticipaba una ganancia de S/ 50. Imaginemos, finalmente, que antes de que A construya la silla, el costo estimado se eleva hasta S/ 210. En tales casos, ¿debe el Derecho exigir que A cumpla de cualquier manera con su obligación considerando el beneficio esperado para B o debe excusar el cumplimiento, aceptando que no tiene sentido que se promueva una transacción que no es susceptible de producir beneficios para A?

La respuesta no es tan evidente como parece.

Una primera línea de desarrollo podría argumentar que el cumplimiento debe ser siempre exigido, de modo tal que las partes sean inducidas a ponderar adecuadamente los riesgos de la transacción antes de celebrar el contrato. Una regla de este tipo podría haber inducido a A a informarse adecuadamente sobre los costos *reales* de fabricación de la silla, antes de aceptar el negocio³¹. El mérito de esta postura es que reconoce que un mero incremento en los costos para el deudor no necesariamente convierte la transacción en socialmente ineficiente³². El problema, sin embargo, es que – en los hechos – podría exigir que se intervenga para inducir el cumplimiento de un contrato ineficiente (un negocio en el que la sociedad termina perdiendo)³³.

Consciente de este efecto, una segunda línea de desarrollo podría considerar especialmente la necesidad de exonerar el cumplimiento cuando éste pudiera ser ineficiente desde un punto de vista social. Aun cuando nunca se haya formulado en esos términos en la tradición romano-germánica, es evidente que entre nosotros se acepta pacíficamente esta idea cuando la alteración de las circunstancias originalmente previstas resulta de tal naturaleza que modifica por completo la base del contrato concluido por los particulares³⁴.

²⁹ Por ejemplo: garantías reales o personales, penalidades convencionales, etc.

³⁰ Los contratos financieros serían afectados inmediatamente, puesto que la esencia misma de la financiación exige el diferimiento.

³¹ Aun cuando en muchos casos, tal indagación pueda no reducir sustancialmente los riesgos de variaciones en los costos de los insumos.

³² En nuestra hipótesis, bien podría ocurrir que B valorara la silla en S/ 250. De esta suerte, en el momento de la celebración del contrato A habría esperado ganar S/ 50 (la diferencia entre el precio de S/ 200 y los costos esperados de S/ 150) y B otros S/ 50 (la diferencia entre su propia valuación de S/ 250 y el precio pactado de S/ 200). Si los costos no se hubieran incrementado, el contrato hubiera mejorado la eficiencia social en S/ 100 (la suma de los beneficios de A y B). El incremento de los costos no implica, sin embargo, que el cumplimiento del contrato resulte ineficiente, dado que si bien ocasionará que A pierda S/ 10 (la diferencia entre sus costos y el precio), asegurará a B la ganancia originalmente esperada de S/ 50. De esta forma, la sociedad seguirá ganando con la transacción, aunque la ganancia sea tan sólo de S/ 40 y no de S/ 100 y aunque, en el camino, la obtención de tal ganancia exija que se infiera una pérdida a A. Es evidente, por cierto, que cuando hablamos de eficiencia en este contexto no recurrimos al clásico concepto de “Pareto”, sino al de “Kaldor-Hicks”: el contrato es eficiente porque genera beneficios netos para la sociedad, a pesar de que tales beneficios se obtengan a expensas de los perjuicios que el contrato causa a una de las partes.

³³ En nuestra hipótesis, el cumplimiento sería ineficiente si es que B hubiera valuado la silla sólo en S/ 205. Como quiera que los costos de fabricar la silla superarían claramente dicho valor, si se exigiera que el contrato se ejecutara, la sociedad perdería S/ 5. Es verdad que B seguiría ganando S/ 5 (la diferencia entre el precio de S/ 200 y su valuación de S/ 205), pero tal ganancia se obtendría a expensas de una pérdida mayor – de S/ 10 – para A. Nótese, al comparar la situación descrita en esta nota y en la anterior, que el cumplimiento es ineficiente cuando los costos de la ejecución (en nuestra hipótesis, la construcción de la silla) son menores al valor que el acreedor (B) asigna a la prestación materia del contrato. Es eficiente cuando ocurre lo inverso.

³⁴ De hecho, en nuestro ordenamiento se permite el incumplimiento (más precisamente, la resolución del contrato) en casos de excesiva onerosidad de la prestación, frustración del fin del contrato e imposibilidad sobreviniente. Estrechamente relacionados con ellos, aparecen también supuestos como el caso fortuito o la fuerza mayor, que nuestro Código Civil regula como fracturas del nexo causal en la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Pero, más allá de supuestos extremos como los antes referidos, una regla que otorgue a los jueces la capacidad de ordenar medidas destinadas a inducir el cumplimiento en el caso de “contratos eficientes”³⁵ y les autorice a exonerar la ejecución en el supuesto de “contratos ineficientes” resultaría, sin embargo, tremendamente arbitraria. En primer lugar, las cortes no cuentan con los instrumentos necesarios para medir las valuaciones subjetivas de las partes y por ello, normalmente no están en capacidad de distinguir entre contratos “ganadores” y “perdedores”³⁶. En segundo término, una vez que se hubiera producido un incumplimiento, las partes tendrían incentivos para falsear sus valuaciones o costos reales, tratando de hacer aparecer el contrato como “eficiente” o “ineficiente” según sus propios intereses. Finalmente, si las cortes intentaran indagar por las valuaciones “reales” de las partes, el costo administrativo sería tan alto, que la “lavada” saldría mucho más cara que la “camisa”.

El reto para el Derecho Contractual consiste, precisamente, en identificar mecanismos que permitan inducir el cumplimiento de contratos “eficientes” (aquellos realmente valiosos desde un punto de vista social) y autoricen el incumplimiento – o la resolución – de contratos “ineficientes” (aquellos que no son susceptibles de mejorar la eficiencia social).

Curiosamente, el objetivo de promover el cumplimiento de “contratos eficientes” y admitir el incumplimiento de “contratos ineficientes” podría lograrse si se dispusiera que las cortes deben siempre ordenar el cumplimiento de la prestación, en los términos originalmente convenidos por las partes³⁷. Volvamos al ejemplo de la silla. Si A descubre que el costo de la silla se ha incrementado hasta S/210 y conoce además que – salvo que llegue a un acuerdo con B – podría ser judicialmente compelido a fabricar el mueble de cualquier modo, tendrá incentivos más que suficien-

tes para ofrecer a B el pago de un suma menor a S/210 por la resolución del contrato. Si B valuara la silla en S/205, aceptaría cualquier suma que ofreciera A por encima de dicho valor (ya que de esa forma ganaría más que en el negocio originalmente proyectado), con lo que el resultado eficiente sería alcanzado: la silla no se construiría si el valor para B fuera inferior al costo de producirla para A. Y si B valuara la silla en S/250, rechazaría la propuesta de A, ya que ni siquiera S/210 serían suficientes para compensar su pérdida en este caso, con lo que aquí también se lograría un resultado eficiente: la silla sería construida cuando el valor para B fuera todavía mayor que el costo de producir la silla.

El problema de un argumento como el esbozado en el párrafo precedente es que presupone que – por regla general – las partes de un contrato estarán en capacidad de “negociar” el pago de una suma por la resolución del contrato. En esa línea de desarrollo se ha afirmado que en un contexto en el que las partes se conocen previamente, los costos de transacción son bajos y en consecuencia no deberían existir mayores inconvenientes para llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio³⁸. Quienes respaldan esta idea pasan por alto sustancial evidencia empírica que parece indicar precisamente lo contrario³⁹. Cuando una de las partes ofrece a la contraria el pago de una indemnización por la resolución del contrato, ésta tiene incentivos para exigir sumas mayores a su real valuación, lo que origina que en muchas ocasiones no sea posible llegar a un acuerdo. Curiosamente, la teoría económica describe situaciones en las que, no obstante que las partes se conocen previamente y no son numerosas, los costos de transacción pueden ser altos⁴⁰. Por lo demás, si la negociación se plantea luego de haberse iniciado un litigio o después de que la corte ha ordenado la ejecución forzada de la prestación, es posible incluso que las relaciones entre las partes se hayan deteriorado hasta tal punto que el acreedor no

³⁵ En adelante, la expresión “contrato ineficiente” se utiliza para referirse a lo que debería llamarse con mayor propiedad “contrato que ha devenido en ineficiente”. La ineficiencia de la transacción en este contexto no resulta originaria, sino que se manifiesta por la alteración de circunstancias ocurrida con posterioridad a la celebración del contrato. Salvo supuesto excepcionales, un contrato voluntariamente convenido es por regla general eficiente en el momento de su celebración.

³⁶ Recuerdese por lo demás, que los valores que las partes asignan al objeto del contrato responden a apreciaciones subjetivas y, por ello, son distintos en cada caso.

³⁷ Esta parece ser precisamente la posición que Alfredo Bullard respalda. Ver al respecto: BULLARD, Alfredo. Op. Cit. loc. cit.

³⁸ Bullard, Alfredo. Op. cit. p. 31.

³⁹ Ver al respecto: KOROBKIN, Russell. Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law. En SUNSTEIN, Cass. Behavioral Law & Economics. Cambridge, Cambridge University Press. p. 116 – 143. El punto aparece más claramente formulado también, aunque en el contexto de los daños extracontractuales, por Ward FARNSWORTH. Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgement? A Glimpse Inside the Cathedral. En SUNSTEIN, Cass. Op. cit. p. 302 - 323.

⁴⁰ El problema se describe típicamente como un caso de monopolio bilateral. Como Posner lo explica: “Que las partes sean pocas no garantiza que los costos de transacción sean bajos. Si existen significativos elementos de monopolio bilateral en una transacción de dos partes, esto es, si ninguna parte tiene buenas alternativas a la negociación con la otra, los costos de transacción pueden ser bastante altos. Las negociaciones para llegar a una transacción en un proceso son un ejemplo”. POSNER, Richard. Op. cit. p. 68.

sólo esté deseoso de exigir un pago mayor que los costos de fabricación para el deudor, sino que se niegue por completo a negociar por una “cuestión de principios”.

Una forma de evitar que el acreedor exija en compensación por la resolución más de lo que la prestación materia del contrato vale para él es negarle el derecho a la ejecución forzada. Esto es precisamente lo que ocurre en el Derecho anglosajón, en el que el remedio general ante el incumplimiento es el otorgamiento de indemnizaciones⁴¹. El problema de una regla que concede a las víctimas del incumplimiento el limitado derecho a solicitar una indemnización es que presupone que las cortes se encuentran en capacidad de estimar adecuadamente el valor que el acreedor afectado asigna a la prestación. Una pretensión como esa será válida, sin duda alguna, en el caso en que exista un mercado líquido⁴² para la prestación incumplida – ya que bastará en este supuesto con ordenar al deudor el pago de una suma equivalente al valor de mercado la prestación para asegurar que el acreedor obtendrá cuando menos el valor que espera – pero no tiene asidero alguno si no existe un mercado líquido o el mercado funciona sólo de un modo imperfecto. La regla del Derecho anglosajón – que muchos teóricos del Análisis Económico del Derecho han defendido abiertamente – presenta cuando menos dos inconvenientes adicionales: (i) exige que las cortes incurran en altos costos administrativos, en la medida que las fuerza a indagar por la valuación subjetiva del acreedor, y (ii) fuerza al acreedor a revelar información que, de otro modo, pudiera haber deseado guardar como un secreto⁴³.

En un sistema como el anglosajón – en el que las indemnizaciones son la regla general – la forma en que las cortes establecen los daños indemnizables repercute probablemente más que ningún otro factor en la efectividad del Derecho Contractual. Porque si las indemnizaciones que las cortes otorgan son por regla general menores al valor que los acreedores asignan a las prestaciones incumplidas, es posible que los privados se vean inducidos a incumplir incluso aquellos contratos que hubiera sido eficiente ejecutar desde un punto de vista social⁴⁴. Y si las indemnizaciones se fijan normalmente por encima del valor que los acreedores atribuyen al cumplimiento, es posible que se induzca la ejecución de la prestación incluso en casos en que resultaría indeseable el cumplimiento.

A simple vista, podría pensarse que el problema de las indemnizaciones no resulta particularmente importante en un sistema que, como el peruano, otorga a los acreedores el derecho de solicitar la ejecución forzada de la prestación sin necesidad de mayor justificación⁴⁵. Lo que se olvida, sin embargo, es que dicho remedio es – al igual como ocurre con las indemnizaciones en el derecho anglosajón – una regla de carácter general que, en los hechos, admite una serie de excepciones. La primera excepción en nuestro medio corresponde a las prestaciones de hacer y se deriva de lo establecido en el inciso 1 del artículo 1150 del Código Civil, con arreglo al cual es posible exigir la ejecución forzada del hecho prometido “a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor”. La segunda tiene naturaleza práctica y se produce en aquellos

⁴¹ El derecho anglosajón admite la ejecución forzada en supuestos excepcionales. La principal excepción se produce en el caso de los llamados “bienes únicos”, donde se admite que una indemnización monetaria podría no resultar un adecuado sustituto del bien y donde, de otro lado, podría resultar particularmente complicado estimar el valor que el acreedor asigna al cumplimiento. Para una detallada explicación del asunto puede revisarse BULLARD, Alfredo. Op.cit.

⁴² El calificativo de “mercado líquido” hace referencia a un mercado en el que el bien o servicio en particular es transado cotidianamente, de modo que existe un referente más o menos objetivo sobre el “valor de mercado” del bien o servicio.

⁴³ Ver, al respecto: BERNSTEIN, Lisa y BEN-SHAHAR, Omri. On Compensation and Information: The Secrecy Interest in Contract Law. 109 Yale L. J. 1885 (2000).

⁴⁴ Supongamos, por ejemplo, que el dueño de una lancha conviene en transportar ciertos productos a un pueblo ubicado a las orillas de un río, por una retribución de S/ 1,000. Imaginemos que el mercader que contrató el transporte espera vender los productos en la feria anual del pueblo, obteniendo una ganancia total de S/ 3,000. Supongamos, además, que – como quiera que el transporte debe realizarse necesariamente el mismo día de la feria – no existe posibilidad de que el dueño de la lancha atienda a más de un cliente en dicha fecha. Imaginemos, por último, que la feria anual del pueblo ha atraído a tantos comerciantes que las lanchas disponibles no se dan abasto para transportar a todos, por lo que – presionado por las circunstancias – un segundo mercader ofrece a nuestro transportista pagarle S/ 2,000 por el servicio. Si las cortes calcularan adecuadamente las indemnizaciones, el transportista no debería aceptar: los S/ 2,000 que recibiría por el nuevo contrato serían ciertamente menores a los S/ 4,000 que perdería si incumpliera (S/ 1,000 correspondientes a la restitución de la retribución y S/ 3,000 equivalentes a la ganancia esperada por el primer mercader). Pero si el transportista confía en que las cortes suelen “solidarizarse” con los pequeños empresarios y que muy probablemente le impondrán una indemnización no mayor a S/ 500 luego de un largo proceso judicial, preferirá incumplir: en ese caso, su pérdida esperada por el incumplimiento será tan solo S/ 1,500, por lo que estará mejor ejecutando el segundo contrato y obteniendo S/ 2,000 por éste.

⁴⁵ Tal derecho se deriva del artículo 1219 del Código Civil, según el cual – entre otros – es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: (i) emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado, (ii) procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, y (iii) obtener del deudor la indemnización correspondiente.

casos en los que la ejecución forzada no resulta posible: por ejemplo, si el bien que debe ser objeto de entrega ha sido destruido por causa imputable al deudor⁴⁶. El tercer caso se produce en aquellas circunstancias en las que el cumplimiento de la prestación se ha vuelto inútil para el acreedor, de modo que éste opta por exigir directamente el pago de una indemnización⁴⁷.

Ya fuera por una o por otra causa, es bastante claro que en nuestro sistema el campo de la ejecución forzada es menor del que se suele creer. En la generalidad de los casos parece reducirse a prestaciones de dar en las que la entrega del bien resulta todavía de utilidad para el acreedor. En los demás supuestos (y, en particular, en el caso de servicios), las partes se encuentran materialmente imposibilitadas de exigir la ejecución forzada o, aun pudiéndolo hacer, tienen incentivos para solicitar el pago de una indemnización. Por esa razón, un problema estructural en el cálculo de las indemnizaciones puede producir el mismo efecto nocivo que se esperaría en un sistema como el anglosajón.

Como hemos explicado líneas arriba, cuando las cortes calculan de un modo inadecuado las indemnizaciones pueden generarse una serie de resultados ineficientes. Si las indemnizaciones en un sistema son subcompensatorias, los deudores pueden verse inducidos a incumplir demasiado. Si las indemnizaciones son sobrecompensatorias, el sistema podría estar motivando la ejecución de contratos que sería mejor resolver. Los problemas se multiplican cuando, como ocurre en el Perú, no se tiene claro qué criterios emplean las cortes para calcular el monto de las indemnizaciones. La ausencia de reglas precisas aumenta la incertidumbre y motiva a los deudores proclives al riesgo⁴⁸ a incumplir todavía más. Imaginemos que las cortes en una determinada jurisdicción tienden a otorgar como indemnización un monto equivalente al 50 por ciento de los daños realmente

sufridos por la víctima. Eso significa que, aun cuando las indemnizaciones sean típicamente subcompensatorias, existirán ciertos casos en los cuales los deudores estarán mejor cumpliendo que incumpliendo (ya que el mayor costo que asumirán será de cualquier manera menor a la indemnización)⁴⁹. Si los deudores pudieran predecir con exactitud qué monto otorgarán las cortes como indemnización (aun cuando éste fuera subcompensatorio) podrían decidir *ex ante* si vale la pena incumplir o si, de cualquier manera, es mejor ejecutar la prestación convenida y evitar un proceso judicial. En cambio, si los deudores sólo conocen que las cortes otorgan indemnizaciones subcompensatorias y desconocen el nivel de la desviación, es posible que algunos (los proclives al riesgo) estimen tal desviación en un porcentaje mayor que el real y se vean inducidos a seguir un proceso judicial con la esperanza de que éste les será finalmente favorable.

Si bien la evidencia jurisprudencial existente parece mostrar una notoria tendencia hacia la subcompensación en nuestro sistema, a la fecha no existen estudios que estimen la desviación entre los daños realmente ocasionados y las indemnizaciones otorgadas por las cortes peruanas. Tampoco conocemos cuánto de esa desviación se deba a la carencia de reglas claras para el cálculo de las indemnizaciones y cuánto se deba a otros factores (entre los que cabe destacar la tradicional “simpatía por los deudores” que ha mostrado el codificador civil y que se observa en el actual Congreso⁵⁰). A pesar de ello, no puede soslayarse la tremenda importancia que podría tener para nuestro sistema que se definiera con claridad qué criterios deben emplear nuestros jueces para la fijación de las indemnizaciones. Es evidente que un esfuerzo como ese contribuiría a reducir la incertidumbre en la administración de justicia y coadyuvaría a que el Derecho Contractual cumpla en nuestro medio los objetivos para los que fue concebido.

⁴⁶ El supuesto aparece descrito en el inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil en los siguientes términos: “Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización”.

⁴⁷ El derecho que el acreedor tiene en nuestro sistema para optar por el remedio legal, negándose incluso a la ejecución, se deriva no sólo de la formulación abierta del artículo 1219 del Código Civil, sino que además se hace patente de lo dispuesto en el artículo 1337 del propio Código: “Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios”.

⁴⁸ La proclividad al riesgo describe aquella condición en la que un agente económico valúa el beneficio esperado de un hecho en más que su estimación matemática. Una persona proclive al riesgo “valúa” un 10 por ciento de probabilidad de obtener S/ 10 en más que S/ 1. Ver: POSNER, Richard. Op. cit. p. 13.

⁴⁹ Volvamos al caso de la lancha. Si las cortes – en lugar de disponer que el transportista devuelva los S/ 1,000 recibidos y pague una indemnización de S/ 3,000 – ordenaran simplemente la restitución de los S/ 1,000 y el pago de una indemnización de S/ 1,500 (el 50 por ciento de 3,000), el transportista estaría mejor cumpliendo el primer contrato – con lo que recibe S/ 1,000 como retribución – que incumpléndolo, ya que en este último caso obtiene un ingreso neto de S/ 500 (la diferencia entre los S/ 2,000 que paga el segundo mercader y los S/ 1,500 que debe pagar como indemnización).

⁵⁰ Expresión de la cual son una serie de proyectos legislativos destinados a controlar el nivel de las tasas de interés, postergar la ejecución de procesos judiciales, impedir el otorgamiento de “garantías sábanas”, etc.

4. ¿CÓMO INDEMNIZAR EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL?

Nuestra reflexión hasta este punto ha estado destinada a demostrar que el cálculo de indemnizaciones cumple un papel fundamental en el Derecho Contractual. Al fin y al cabo, de nada sirve una norma que diga que los contratos deben ser cumplidos si luego se descubre que las indemnizaciones otorgadas por los jueces son claramente menores que los daños producidos por el incumplimiento. En un sistema orientado a la subcompensación, la regla legal realmente vigente es aquella según la cual ciertos contratos perfectamente eficientes pueden ser incumplidos a cambio de un pago simbólico. Cuando una regla como esa se afirma en el ámbito judicial, los privados se ven forzados a incurrir en costos adicionales para circunvalar el litigio ante el Poder Judicial y el sistema se vuelve tremendamente ineficiente: iniciar un proceso judicial se convierte en un juego de ruleta rusa en el que el acreedor es forzado a ponerse la pistola contra la cabeza.

¿Cuál es el monto que las cortes deberían otorgar como indemnización para compensar adecuadamente a las víctimas del incumplimiento y motivar que los contratos sean cumplidos cuando el cumplimiento resulte eficiente? En el famoso caso estadounidense de *Hawkins v. McGee*⁵¹, la corte de segunda instancia consideró especialmente esta cuestión.

Hawkins (el demandante) había sufrido quemaduras en la mano derecha como producto de un incendio. Mc Gee (el demandado), un doctor de New Hampshire, solicitó a Hawkins una oportunidad para operar la mano, asegurando que podría hacer que ésta quedara “cien por ciento perfecta”. La operación resultó un total fracaso: la mano del demandante quedó en peores condiciones que las que ésta tenía antes de la operación. Hawkins demandó por el incumplimiento contractual y exigió el pago de una indemnización compensatoria. El juez de primera instancia instruyó al jurado para que, en el caso que considerara a Mc Gee responsable, estimara una indemnización por “el sufrimiento y el dolor sufridos”, más los daños que hubiera soportado “sobre el perjuicio que había recibido previamente (las quemaduras originales)”. El jurado estableció que Mc Gee era responsable y calculó la indemnización de acuerdo a lo instruido

por el juez. A pesar de ello, el juez estimó que el monto definido por el jurado era excesivo y dispuso que el veredicto fuera anulado por ser contrario a la evidencia. Mostrándose en desacuerdo con el resultado alcanzado, Hawkins apeló la sentencia de primera instancia.

Para la corte, la cuestión esencial en este asunto era – precisamente – definir cuál debía ser el estándar para la determinación de la indemnización. Y sobre este particular, su opinión era radicalmente distinta de la del juez de primera instancia. De acuerdo con la corte, el objetivo de toda indemnización contractual no es otro que “poner al demandante en la posición en que estaría si es que el demandado hubiera cumplido el contrato” y, por eso, “la medida de la indemnización (debe basarse) en lo que el demandado hubiera tenido que entregar al demandante y no en lo que el demandante haya entregado al demandado o gastado de otro modo”. Sobre la base de estas ideas, la corte concluyó que “la real medida de los daños causados al demandante en este caso (era) la diferencia entre el valor que para él tenía una mano perfecta – como la que, según el jurado, Hawkins tenía derecho a recibir – y el valor de la mano en su condición actual”.

Existe una diferencia radical entre la instrucción del juez de primera instancia y la resolución de la segunda instancia en el caso de *Hawkins v. McGee*. La primera instancia pretendía que los miembros del jurado calcularan la indemnización como la reducción en el valor de la mano experimentada por Hawkins; en otras palabras, que definieran los daños como la diferencia entre el valor de la mano de Hawkins antes de la operación y el valor de la mano de Hawkins después de la operación. La corte abogaba por algo distinto: sostenía que – en el caso de indemnizaciones contractuales – debe prestarse especial atención al contenido de los pactos. En su argumento se encontraba la aseveración implícita de que, si se indemnizara a Hawkins de acuerdo con el criterio de la primera instancia, resultaría indiferente cuál hubiera sido el contenido de la promesa de McGee: la indemnización siempre sería la misma, ya fuera que se hubiera prometido que la mano quedaría perfecta o que ésta sólo recuperaría algo de su movilidad. Al pasar por alto lo prometido por McGee, la decisión judicial no estaba dirigida a “poner al demandante en la posición en que estaría si es que el demandado hubiera cumplido el contrato”.

⁵¹ 84 N.H. 114, 146 A. 641 (1929).

La importancia de esta reflexión puede comprenderse con mayor claridad si recurrimos a los números⁵². Supongamos que, por efecto de las quemaduras, la mano de McGee hubiera quedado a tal punto inutilizada que – dado el escaso número de cosas que podría hacer con ella – no valiera para éste más que S/ 5,000. Una mano en perfecto estado permitiría que McGee pudiera recuperar la capacidad de escribir y manipular objetos, con lo que su valor se incrementaría, digamos que hasta S/ 15,000. Como la operación empeoró la situación de la mano en lugar de mejorarla, imaginemos finalmente que el valor de ésta para McGee descendió hasta S/ 2,000. La instrucción del juez de primera instancia pretendía otorgar a McGee la diferencia entre el valor de la mano antes de la operación y el valor de la mano después de la operación ($S/ 5,000 - S/ 2,000 = S/ 3,000$). La corte sostenía que McGee tenía derecho a recibir la diferencia entre el valor de la mano antes de la operación y el valor que la mano tendría si el contrato hubiera sido ejecutado en los términos convenidos ($S/ 15,000 - S/ 5,000 = S/ 10,000$).

La diferencia entre lo afirmado por la corte y lo afirmado por el juez era, pues, radical. La corte argumentaba, en definitiva, que en el caso de daños contractuales, el órgano jurisdiccional debe estimar el valor que la contraparte habría obtenido si el contrato se hubiera celebrado y otorgar dicho valor como indemnización, de suerte que – cuando menos en teoría – el afectado resultara indiferente entre el cumplimiento del contrato y la indemnización.

Las ideas expresadas por la corte en el caso de *Hawkins v. McGee* permiten además diferenciar el

modo como deben calcularse las indemnizaciones en el ámbito extracontractual del modo como corresponde estimarlas en el ámbito contractual. Cuando alguien produce un daño a otro por efecto de un accidente, la indemnización procura resarcir típicamente el perjuicio causado y no hay otra forma de medir éste que contrastar el valor que la víctima asignaba al bien afectado con el menor valor del bien a causa del accidente. Pero cuando el daño se origina en un incumplimiento contractual, es necesario considerar con particular atención qué es lo que las partes estipularon: sólo si la indemnización se calcula de modo que ponga al afectado por el incumplimiento contractual en la misma posición en que estaría si el contrato se hubiera cumplido en sus términos estrictos, se generan los incentivos adecuados para que el contrato se ejecute cuando sea eficiente hacerlo.

El principio con arreglo al cual las indemnizaciones contractuales deben calcularse de modo que otorguen a la víctima el valor que hubiera obtenido por la ejecución del contrato se conoce en la doctrina anglosajona como “indemnización de las expectativas”⁵³. Por expectativas contractuales se hace referencia comúnmente al beneficio que el acreedor espera obtener del contrato. Tal beneficio es equivalente a la diferencia entre el precio y el valor que el acreedor asigna a la prestación. Si, ante un caso de incumplimiento, el acreedor recibe exactamente ese monto, el incumplimiento será indiferente para él: dado que la indemnización le otorga el beneficio esperado del negocio, él no está mejor ni peor recibiendo la indemnización de lo que estaría si el contrato hubiera sido ejecutado en sus términos originales. Indemnizar las expectativas produce además incenti-

⁵² La cuantificación que se expone a continuación puede afectar las creencias del lector. Al formularla, no sostenemos que estimar el valor que para una persona tiene una casa resulta igual de sencillo que establecer el valor de una mano. Lo cierto, sin embargo, es que los individuos asignan un valor a sus órganos y esto explica en gran medida la existencia de un mercado negro de transplantes. Incluso aquellos que no estarían dispuestos a participar en dicho mercado (cuya existencia, por lo demás, se encuentra proscrita en el Perú) reconocerían que la pérdida de un órgano (por ejemplo, una mano) impone costos de oportunidad al afectado, de modo que la gente común estaría dispuesta a pagar para evitar el daño o exigiría un pago para involucrarse en actividades que supusieran el riesgo de la pérdida de un órgano. Es también más o menos evidente que la gente asigna un valor diferente a cada uno de sus órganos: una persona sin duda estaría menos dispuesta a perder su corazón que un riñón, de lo que puede inferirse – sin mayor oposición – que el valor del corazón es, en la generalidad de los casos, superior al del riñón (por lo menos, en el caso de personas que cuentan con dos riñones). Pero el hecho de que un individuo pueda generar un catálogo de preferencias sobre sus propios órganos, no simplifica necesariamente el problema de estimar su valor pecuniario. De hecho, es posible que existan casos en los que la mayor parte de personas no estén dispuestas *ex ante* a prescindir de un órgano a cambio de una suma de dinero, por más importante que esta sea. Cuando alguien causa un daño a otro, sin embargo, el perjuicio se produce *contra* la voluntad del afectado (y esto ocurre aun en el contexto de los daños contractuales). No obstante que el individuo *ex ante* podría no estar dispuesto a aceptar dinero a cambio de soportar el daño, *ex post* resulta imprescindible establecer el valor monetario con el que la víctima debe ser indemnizada. En tales casos, existen varias aproximaciones que podrían adoptarse para calcular el “valor” del órgano afectado para la víctima, pero la menos especulativa consiste en estimar los menores ingresos que se percibirán en el futuro por el daño o el costo de las incomodidades (o disvalores) asociados a la pérdida del órgano. Que no exista un mercado, en definitiva, (o que éste exista sólo veladamente) no respalda la conclusión de que una mano no tiene un valor para los individuos. Y si esto no fuera suficiente, parece más o menos tautológico que para alguien tendrá más valor una mano en perfecto estado que una mano quemada o una mano quemada (pero útil) que una mano inútil. Los números que se asignan a continuación sólo quieren representar numéricamente esas preferencias.

⁵³ Bajo este criterio, el estado libre de daños corresponde a la situación en que la que estaría la víctima si la parte incumplidora hubiera ejecutado el contrato. Para una explicación más detallada, puede consultarse. COOTER, Robert y EINSENBURG. *Damages for Breach of Contract*. 73 *California Law Review* 1434 (1985).

vos adecuados para el deudor, puesto que éste cumplirá cuando el costo del cumplimiento sea inferior al beneficio esperado de la transacción (con lo que se logrará una solución eficiente) y no cumplirá cuando el costo del cumplimiento sea superior a tal beneficio (supuesto en el que el cumplimiento producirá una pérdida neta y será socialmente indeseable). Esta es la razón por la que ha dicho Posner que “usualmente el objetivo de generar incentivos para que el deudor cumpla con el contrato a menos que sea ineficiente hacerlo (...) puede ser alcanzado otorgando al acreedor la ganancia esperada de la transacción”⁵⁴.

El artículo 1321 de nuestro Código Civil establece que “el resarcimiento por la inexecución de la obligación (...) comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución”. Cuando tales daños se calculan desde la perspectiva de las expectativas, éstos deben medirse no en abstracto, sino necesariamente en función de lo estipulado en el contrato: debe aproximarse la ganancia que el individuo hubiera obtenido si el contrato se hubiera ejecutado, antes que calcular el monto de los perjuicios directamente sufridos por el incumplimiento. A simple vista, podría parecer que el daño emergente de McGee fue \$/ 3,000. La teoría económica indica que tal daño, en realidad, era de \$/ 10,000, dado que el perjuicio no puede estimarse con relación a la situación existente antes del contrato. Actuar de tal modo implicaría asumir que el contrato no tiene relevancia alguna.

5. ¿CÓMO APLICAR EL CRITERIO EN LA PRÁCTICA?

Cuando el criterio de indemnización de las expectativas debe llevarse a la realidad se presentan, sin embargo, una serie de inconvenientes: (i) las cortes no pueden estimar con facilidad el valor subjetivo que el afectado asignaba al cumplimiento contractual; (ii)

los afectados tendrán siempre incentivos para simular que su valuación era mayor que la real, con la intención de obtener mayores indemnizaciones; (iii) la indemnización de las expectativas puede estimular el comportamiento estratégico; y, (iv) la indemnización de las expectativas puede incentivar inversiones ineficientes de las potenciales víctimas.

(i) La estimación del valor subjetivo.

Como hemos indicado líneas arriba, estimar un valor subjetivo – que es precisamente lo que intenta hacer el criterio de “indemnización de las expectativas” – es tremendamente complicado. Algunos podrían aconsejar, por ello, que el sistema sea abandonado y se recurra a estándares más fáciles de calcular. Una posible alternativa sería que ante un incumplimiento se ordenara simplemente la restitución de las prestaciones previamente ejecutadas, más los intereses que se hubieran devengado. Entregar al afectado con el incumplimiento contractual el monto de lo pagado como precio del contrato podría sin duda reducir los problemas de cálculo para los jueces, pero como el precio originalmente pactado tenderá a ser menor que el valor del contrato en el momento de la ejecución, la mera restitución subcompensará a la víctima e inducirá incumplimientos ineficientes.

Otra alternativa, sería colocar a la víctima en el mismo estado en que estaría si el contrato nunca se hubiera celebrado⁵⁵. Esta solución, sin embargo, también puede ser subcompensatoria en la mayor parte de los casos.

En nuestra opinión, la medida que típicamente satisface los objetivos perseguidos por el Derecho Contractual es la de las expectativas. La dificultad de cálculo no puede forzar a su abandono, sobre todo cuándo – como explicamos a continuación – tal dificultad puede resolverse en gran parte de los casos por medio del recurso a “sucedáneos”.

⁵⁴ POSNER. Op. cit. p. 132.

⁵⁵ Esta medida, conocida en el derecho anglosajón como “*reliance damages*” (o indemnización de la confianza) y que en nuestra tradición recibe la denominación de “interés negativo” resulta más propiamente aplicable en el ámbito de la responsabilidad pre-contractual. Como quiera que en tales casos todavía no se ha celebrado un contrato, el Derecho no puede reconocer a la parte afectada con el apartamiento de las negociaciones una indemnización equivalente a los beneficios de un negocio no concretado. Por esa razón, normalmente se sostiene que la indemnización debe limitarse a la restitución de aquellos gastos incurridos por la parte que negoció de buena fe, de modo que ésta sea puesta económicamente en una situación semejante a aquélla en la que estaría si nunca hubiera iniciado las negociaciones contractuales. En contextos limitados, sin embargo, las cortes norteamericanas han adjudicado indemnizaciones de confianza ante incumplimientos contractuales. Por todos, puede verse el caso de Sullivan v. O’Connor. 363 Mass. 579, 296 N.E.2d 183 (1973), en el que la corte – preocupada ante la posibilidad de imponer una indemnización de expectativas en el caso de intervenciones quirúrgicas – consideró que “las incertidumbres de la ciencia médica y las variaciones en las condiciones físicas y psicológicas de un individuo hacen que sea poco probable que los médicos de mediana integridad puedan efectuar promesas de éxito”. La corte estimó que una indemnización de expectativas podría desincentivar la realización de operaciones quirúrgicas socialmente deseables, mientras que la mera restitución de los honorarios pagados podría subcompensar a la víctima.

Consideremos la siguiente hipótesis: Un empresario convoca a una licitación para la compra de una máquina, cuyo valor estima en S/ 15,000. La buena pro es otorgada al distribuidor A, que ofrece un precio de S/ 10,000. El otro distribuidor participante, B, fija su precio en S/ 11,000. A incumple. ¿Cuál es el monto de la indemnización que el empresario debe recibir? Si la corte a cargo del caso intentara estimar el mayor valor que la máquina representa para el empresario por sobre el precio (S/ 5,000 en nuestra hipótesis), el nivel de evidencia que debería actuarse en el proceso sería sustancial. Dado que existen pocas razones para creer en el “valor” que el empresario declare, podría ser necesario solicitar una proyección de las mayores ventas que éste obtendrá durante el período de utilización de la máquina y descontar los flujos futuros para obtener el valor presente de tal beneficio. Una operación como esa, tremendamente complicada y especulativa, requeriría además de la actuación de una serie de pruebas. Pero existe una solución mejor: la corte podría ordenar que se pague al empresario una suma equivalente al precio de B⁵⁶, dado que si el empresario tuviera el dinero en el bolsillo, podría comprar al otro proveedor la misma máquina y obtener el beneficio esperado del contrato original. Visto de otra forma, en algunos casos no será necesario otorgar al afectado una indemnización equivalente a sus expectativas: bastará con disponer el pago de una suma que le permita adquirir de otro el bien, ya que esto asegura (por vía indirecta) la obtención del valor esperado⁵⁷.

(ii) El comportamiento estratégico.

Como quiera que la indemnización de expectativas asegura a la parte afectada con el incumplimiento la recuperación del beneficio esperado de la transacción, en algunos casos será necesario – para que dicho beneficio pueda obtenerse – que la corte otorgue a la víctima el monto dinerario necesario para rectificar un perjuicio previamente causado. Esta situación se refleja claramente en el caso de Fox v. Webb⁵⁸. Fox

había contratado a Webb para que construyera una vivienda para él, de acuerdo con ciertas especificaciones. Webb construyó en efecto la casa, aunque sin cumplir con todas las indicaciones de Fox. Fox demandó a Webb para que éste lo indemnizara con el valor necesario para destruir lo construido y reconstruirlo de acuerdo con lo convenido. Durante el proceso, Webb se esforzó por demostrar que si las modificaciones fueran hechas, éstas no incrementarían el valor de mercado del bien. Asimismo, insistió que las discrepancias entre lo construido y lo convenido eran secundarias y se relacionaban únicamente con cuestiones de carácter estético. La corte falló a favor de Fox, reconociendo en particular lo siguiente: “resulta claro para nosotros que cuando un propietario contrata la construcción de una vivienda, él desea una estructura particular, no cualquier estructura que podría ser construida por el mismo precio”.

Criterios como el recogido en el caso de Fox v. Webb pueden, sin embargo, promover comportamientos estratégicos en situaciones similares. Webb podría haber cumplido sustancialmente con lo prometido (de modo que la discrepancia fuera mínima), pero – aún así – Fox podría tener incentivos para exigir la reconstrucción de lo construido. Fox podría pensar, por ejemplo, que si amenaza a Webb con demandarlo, éste podría acceder a ofrecerle un sustancial descuento respecto del precio original.

Para evitar este tipo de problemas, las cortes deben estimar con cautela el perjuicio realmente sufrido por el demandante. En el caso de Jacob & Youngs v. Kent⁵⁹, la corte resolvió precisamente en sentido inverso al precepto que se deriva de Fox v. Webb. Jacob & Youngs había construido una residencia para Kent por un costo de US\$ 77,000. Kent, sin embargo, había dejado de pagar US\$ 3,483.46 bajo el argumento de que los trabajos de plomería no habían sido realizados de acuerdo con lo convenido en el contrato. Una de las especificaciones del contrato de cons-

⁵⁶ Lo que, técnicamente, implicaría ordenar a A que devuelva (o restituya) los S/ 10,000 originalmente recibidos y entregue además, a título de indemnización compensatoria, un monto equivalente a la diferencia entre el precio de A y el precio de B (o S/ 1,000).

⁵⁷ De hecho, este método de cálculo resulta técnicamente equivalente a la “ejecución por tercero”, a que hace referencia el inciso 2 del artículo 1219 del Código civil peruano. Debe hacerse notar, sin embargo, algunas imperfecciones. El método alternativo que se propone para el cálculo de la indemnización puede no resultar aconsejable cuando las cortes tengan razones para creer que el valor que el empresario esperaba obtener de la ejecución del contrato es menor que el segundo mejor precio que puede obtenerse en el mercado. En tales supuestos, existe la posibilidad de que *ex ante* el empresario no hubiera adquirido el bien a ese precio, con lo que una transacción “forzada” en tales términos podría terminar produciendo un resultado ineficiente. Para ilustrar el punto, variemos un poco las cifras del caso: El empresario valúa la máquina en S/ 15,000, el distribuidor A ofrece un precio de S/ 10,000 (incurriendo en costos de S/ 9,000) y el distribuidor B ofrece un precio de S/ 17,000 (incurriendo en costos de S/ 16,000). Si A cumple, la transacción produce un beneficio social neto de S/ 6,000 (S/ 5,000 de ganancia para el empresario y S/ 1,000 de ganancia para el distribuidor A). Si la corte dispusiera en este caso que A entregue como indemnización por el incumplimiento S/ 17,000 (el precio de B), el resultado será una pérdida social de S/ 1,000: el empresario nunca hubiera comprado la máquina al precio ofrecido por B.

⁵⁸ 268 Ala. 111, 105 So.2d 75 (1958).

⁵⁹ 230 N.Y. 239, 129 N.E. 889, 23 A.L.R. 1429.

trucción proveía que todos los tubos de la plomería debían ser de marca Reading. Jacob & Youngs había instalado tuberías de calidad sustancialmente equivalente, pero que no habían sido fabricadas por Reading. Al recibir la demanda de Jacob & Youngs, Kent reconvino y solicitó una indemnización equivalente al monto necesario para retirar todas las tuberías de la casa y remplazarlas por las tuberías exigidas de acuerdo con el contrato. La corte, considerando la solicitud oportunista, denegó el pedido y sostuvo lo siguiente: “En las circunstancias de este caso, pensamos que la medida de la compensación no es el costo del reemplazo, que podría ser grande, sino la diferencia en valor (entre la tubería instalada y una tubería reading) que podría ser pequeño o nulo”.

Cuando los acreedores conocen de antemano que – en caso de incumplimiento – tienen derecho a recibir el beneficio esperado del contrato, pueden verse inducidos a presentar demandas insustanciales, con el único propósito de presionar al deudor. Las cortes deben ser muy cuidadosas al identificar estos casos, con el propósito de evitar comportamientos claramente oportunistas.

(iii) Inversiones ineficientes.

El análisis económico del derecho ha denunciado, además, que la indemnización de expectativas puede inducir la realización de inversiones ineficientes por el acreedor. El caso típico es planteado por Polinsky⁶⁰. V, el vendedor, puede producir una máquina por S/ 150. La máquina no se encuentra fácilmente disponible en el mercado. Un comprador – C – que valúa la máquina en S/ 220, celebra un contrato por S/ 200 con V para la entrega futura de la máquina. El precio se paga por adelantado. Para usar la máquina, C debe realizar ciertos gastos en su fábrica por un valor total de S/ 10 (por ejemplo, instalar un pedestal de concreto, aislar el espacio contra ruidos, etc.). Si tales gastos fueran realizados previamente – caso en el cual se conocen en el Análisis Económico del Derecho como “gastos de confianza” – V podría aprovechar más rápidamente la máquina. Pero si éste fuera el caso y el contrato no fuera ejecutado, los gastos de confianza no tendrían ningún valor y se perderían irreparablemente. Supongamos ahora que, antes de

que la máquina sea construida, existe un 60% de posibilidades de que los costos de producción para V se incrementen hasta S/ 230 y el contrato sea incumplido.

Dada la circunstancia descrita, podría pensarse que – si los gastos de confianza se incurren antes de la celebración de la ejecución del contrato – el beneficio esperado del negocio para C es igual a S/ 10 (el valor para V de la máquina menos el precio y el gasto en confianza⁶¹). Tal apreciación, sin embargo, es incorrecta. El beneficio esperado – antes de que el contrato sea ejecutado – es negativo. C obtendrá S/ 10 sólo en el 40% de los casos (ya que la máquina será construida), pero perderá S/ 10 en el 60% de los casos (ya que en tales casos la máquina no se construirá y los gastos de confianza no podrán ser recuperados). De esta forma, el resultado esperado del negocio – si se incurre en los gastos de confianza antes del cumplimiento del contrato – es igual a menos S/ 2⁶². Desde un punto de vista social, es deseable por tanto que los gastos de preparación de la fábrica no se efectúen sino en el caso en que la máquina sea efectivamente construida.

Pero si el acreedor conoce de antemano que en caso de incumplimiento recibirá una indemnización de expectativas equivalente a S/ 20 (la diferencia entre el valor de la máquina para él y el precio del contrato) con lo que ganará los S/ 10 originalmente previstos, puede verse inducido a realizar los gastos de preparación con anticipación. Esto es así en la medida que siempre obtendrá el mismo resultado económico: si la máquina se construye recibirá el beneficio máximo del negocio (S/ 10) y si no se construye, la indemnización de expectativas le proporcionará exactamente el mismo beneficio (S/ 10). En los hechos, la indemnización de expectativas asegura al acreedor ante el riesgo de incumplimiento y puede generar incentivos para la adopción de decisiones ineficientes desde un punto de vista social.

Aunque tal efecto no puede ser eliminado totalmente si se mantiene un estándar de indemnización de expectativas⁶³, es posible que las cortes establezcan reglas para limitar ineficientes gastos de confianza. Así, por ejemplo, un tribunal podría reducir la indemnización a C de S/ 20 a S/ 10 (con lo que se negaría el

⁶⁰ POLINSKY, Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. Boston, Little, Brown and Company, 1990. p. 28 ss. El ejemplo que aquí elaboramos es una variación del modelo formulado por Polinsky.

⁶¹ Esto es: $S/ 220 - S/ 200 - S/ 10$.

⁶² Esto es: $0.4 (10) + 0.6 (-10) = -2$

⁶³ De hecho, el efecto sólo se elimina si en caso de incumplimiento sólo se concede al acreedor el derecho de solicitar la restitución de lo pagado. Pero, como hemos visto, una medida restitutiva es subcompensatoria y usualmente incentiva incumplimientos ineficientes.

derecho a recuperar el gasto en confianza), en el caso que pudiera demostrarse que C pudo haber conocido – usando una diligencia ordinaria – que la máquina no sería construida. Una justificación para esta regla podría encontrarse entre nosotros en el artículo 1327 del Código Civil, con arreglo al cual “el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”.

Pienso, como he tratado de mostrar en este apartado, que las dificultades propias de la aplicación de una regla de indemnización de las expectativas no son mayores que las que derivan – para el sistema en su conjunto – de una regla que otorga a los jueces la facultad de fijar a su leal saber y entender el monto de las indemnizaciones. La dificultad para estimar el valor subjetivo de una prestación puede ser superada recurriendo a sucedáneos. El problema del comportamiento estratégico puede ser identificado en cada caso, de modo que no se estimulen demandas oportunistas. El problema de las inversiones ineficientes es un subproducto del estándar que puede ser reducido en alguna medida con una regla con arreglo a la cual se exija que el acreedor tome medidas para evitar que su daño se incremente.

El problema del sistema actual no se encuentra en las posibles equivocaciones de los jueces. Un juez, como cualquier persona, está sujeto a la posibilidad de error. El principal problema del sistema es la incertidumbre: el hecho de no poder estimar *ex ante* cuánto es lo que uno tendría derecho a recibir como indemnización si decide demandar.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La carencia de criterios jurisprudenciales claros para la fijación de indemnizaciones es quizá el más grave problema sustantivo con el que se enfrenta la administración de justicia contractual. La inadecuada reparación de los afectados cuestiona la eficacia del Derecho Contractual y vuelve inútil cualquier otro tipo de discusiones.

Cuando se analiza a fondo la cuestión, se descubre que – para dotar al sistema de certidumbre – es necesario que nuestros magistrados supremos comprendan la enorme relevancia que sus decisiones en este campo pueden tener. En los hechos, no encontramos objeción de ningún tipo para que, variando el curso de acción seguido hasta la fecha, la Corte Suprema se aventure a la tarea de unificar el modo en que deben calcularse en el Perú los montos indemnizatorios. Aunque ésta es una tarea que será necesario desarrollar de acuerdo con los requerimientos de nuestra propia realidad, el criterio de “indemnización de las expectativas” parece recomendable, cuando menos desde una perspectiva teórica.

La unificación de la jurisprudencia peruana en esta materia es una labor que, como hemos tratado de destacar, puede contribuir en gran medida a mejorar el funcionamiento de nuestra administración de justicia. Si no emprendemos esa labor, estaremos condenados a vivir con la sensación de que – en lugar de ejercer el Derecho – vivimos jugando al “*de tin marín*”.