

SOBRE EL SIGNIFICADO ECONOMICO DE LOS CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL*

Pietro Trimarchi**
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Milán
Italia

El artículo que a continuación presentamos es una profunda reflexión acerca de los criterios que deben adoptarse en la puesta en práctica de un sistema eficiente de responsabilidad contractual. Este sistema, ¿debe estar basado en la culpa?, o por el contrario, ¿resulta más conveniente que el factor atributivo de responsabilidad sea objetivo?

Las dos preguntas anteriores constituyen la médula del trabajo del Doctor Trimarchi, quien examina, para llegar a su respuesta, cuáles son las funciones que debe cumplir una adecuada reglamentación de la responsabilidad contractual.

El artículo es quizás el primer análisis de la responsabilidad contractual, realizado desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, que en nuestro medio se difunde. Al mismo tiempo, es tal vez el primer acercamiento a la doctrina italiana del análisis económico.

1. Las implicancias económicas de los diversos criterios de responsabilidad contractual no han sido objeto de estudio, a diferencia de cuanto ha ocurrido para la responsabilidad extracontractual.

Ello se explica en parte considerando que el problema de la responsabilidad extracontractual presenta aspectos de mayor y más evidente gravedad social: basta pensar en las consecuencias sociales y económicas de la ausencia, o incluso tardanza, del resarcimiento de los daños a la persona derivados de accidentes industriales o automovilísticos.

De aquí una amplia literatura jurídica, en la cual se ha tenido a veces consideraciones incluso sobre las consecuencias económicas de la responsabilidad extracontractual en lo que se refiere al destino óptimo de los recursos productivos: consideraciones a veces fragmentarias, a veces desahrolladas en análisis sistemáticos¹.

* El presente artículo ha sido traducido y cedido gentilmente a THEMIS - Revista de Derecho, por el Doctor Hugo Forno Flórez, a quien agradecemos sinceramente. Nota del traductor: el título original de este artículo es «Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale». Ha sido tomado de la versión publicada en «Interpretazione giuridica e analisi economica», a cargo de Guido Alpa, Francesco Pulletini, Stefano Rodotà, Franco Romani, prefacio de Guido Calabresi, Giuffrè, Milano, 1982. Este artículo es uno de los más importantes que se han escrito en Italia sobre análisis económico del derecho, y uno de los pocos que afronta desde esta nueva perspectiva el problema de la responsabilidad contractual. Fue escrito en 1970 y publicado por primera vez ese año en la Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Con algunas notas de más y con el último párrafo de menos, este artículo ha sido reproducido en 1972, bajo el título Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischen Sicht, en «Zeitschrift Handelsrecht», 1972, 136, 118.

** De Rev. trim. der. proc. civ., 1970, pág. 512 y sgtes.

¹ Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad extracontractual, v. G. Calabresi, Does the fault system optimally control accidents costs?, en Law Cont. Probl., 1968, pág. 429 ss.; Id., The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs, en Harv. Law rev., vol. 78 (1965), pág. 713 ss. y literatura allí citada. Me permito remitir también a mi trabajo Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, 1961.

Nada de ello en el campo de la responsabilidad contractual. Aquí no se presentan problemas sociales que tengan un aspecto dramático. En cuanto al problema estrictamente económico, se ha pensado poder superarlo. Se ha sostenido, en efecto, que sería económicamente irrelevante distribuir en un modo u otro el peso de los daños derivados del incumplimiento, porque todo desplazamiento vendría a reequilibrarse por una modificación del correspondiente debido: mayor la responsabilidad a cargo de una parte, mayor el correspondiente debido².

Con mayor profundidad analítica se ha escrito que la repartición legal del peso de los daños derivados de incumplimiento puede ser irrelevante para los fines de la distribución óptima de los recursos productivos. Porque si, de las dos partes contratantes, una pudiese evitar el daño de un modo más económico que la otra, ambas tendrían por conveniente la regulación contractual de la responsabilidad, haciendo que se grave con el riesgo del daño a la parte que puede tomar medidas para removerlo con menor costo, atribuyéndole una adecuada compensación³.

Empero, ello se funda sobre el presupuesto de que esta reglamentación contractual no implique costos excesivos.

Veremos más adelante que tal presupuesto se realizaría sólo en una situación próxima a la de un mercado ideal, en el cual los contratantes tengan un perfecto conocimiento de todos los datos de la producción y se comporten de modo perfectamente racional, y en el cual -además- los ajustes sean muy rápidos. Por el contrario, en el mundo real y con particular referencia a las situaciones en las que se presenta el problema específico de la responsabilidad contractual, aquél presupuesto no se realiza.

Se justifica por ello un análisis económico de la responsabilidad contractual: análisis que tiene una importancia particular en el campo contractual justamente porque aquí, a diferencia del campo extracontractual, lo económico puede constituir, por regla, el criterio de valoración único e incontrastado.

2. ¿Cuáles son los fines económicos que pueden

perseguirse mediante el instrumento de la responsabilidad contractual? Ante todo, el de una mejor distribución de los recursos productivos.

Se considera que la amenaza de la responsabilidad contractual constituye una presión para inducir a un diligente cumplimiento de las obligaciones contractuales. Cuando la diligencia consiste en un particular grado de atención o de habilidad en el desarrollo de una prestación de trabajo o profesional, entonces el peso de la responsabilidad no se puede confrontar con el grado de diligencia exigido, porque éste -a diferencia de aquél- no es inmediatamente traducible en términos monetarios. Pero fuera de esta hipótesis, las cosas son de otro modo: así, si se trata de una prestación de empresa, las medidas de diligencia pueden consistir en la asunción de nuevo personal o de personal más calificado, en la adopción de máquinas o materiales de mejor calidad, en la multiplicación de los controles, en un mantenimiento más frecuente, en la constitución de un almacén: todas medidas que tienen un costo en dinero. En consecuencia, el esfuerzo debitorio es inmediatamente traducible en términos de costo, de modo de poder ser confrontable con el peso de la responsabilidad contractual.

De esto resulta que el empresario será inducido a adoptar nuevas medidas de diligencia, toda vez que su costo sea inferior a la consecuente reducción del peso de la responsabilidad contractual.

De otra parte, puede ocurrir que también el acreedor esté en aptitud de adoptar medidas idóneas para anular o reducir los daños que derivarían del incumplimiento de su deudor. Y puede darse que el sistema jurídico, al menos en algunos casos, no atribuya al deudor incumplidor, o no le atribuya por entero, el peso de los daños derivados de su incumplimiento. En tales hipótesis, el acreedor también será inducido a adoptar cuidados, en la medida en que su costo sea inferior a la consecuente reducción de los daños que el sistema jurídico deja a su cargo.

Por lo tanto, la responsabilidad contractual debe ser regulada teniendo presente la oportunidad de estimular al acreedor y al deudor a adoptar una combinación de medidas de diligencia que sea óptima desde el punto de vista de la economía ge-

² Bianca, *Inadempimento delle obbligazione*, in «Commentario del codice civile» a cargo de Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1967, pág. 94 s.

³ Coase, *The problem of social cost*, en «J.L. & Econ» vol. 3 (1960), pág. 1 ss.

neral. De ese modo, las reglas sobre la responsabilidad contractual pueden contribuir a determinar una distribución óptima de los recursos productivos, en el sentido que se atribuye a esta expresión en los estudios de «economía del bienestar».

Sin embargo, se recalca que la idea enunciada sólo vale en la hipótesis en la cual tanto el esfuerzo debido, como el riesgo de daño por incumplimiento, sean traducibles en dinero. Ya se ha dicho que el esfuerzo debido no es inmediatamente traducible en términos de costo debido, cuando se trata de atención o de habilidad en una prestación individual de obra o en una prestación profesional. Se agrega que a veces también el daño que deriva del incumplimiento no es enteramente valorable en dinero: la hipótesis principal es aquella en la cual el incumplimiento ocasiona daños a la persona.

También en esta hipótesis, sin embargo, la responsabilidad contractual puede ejercitar una presión útil, cuando se acompañe a sanciones de otra naturaleza.

Por otro lado, en la mayor parte de los casos es posible instituir una confrontación entre gasto debido y daño, de modo que la tesis enunciada tiene plena e incondicionada validez.

3. Existe un segundo aspecto económico de la responsabilidad contractual que debe considerarse.

El peso económico de los daños derivados del incumplimiento puede remover la estabilidad financiera de una empresa o de una economía individual; la sacudida será tanto más grave cuanto los daños sean ingentes o imprevisibles.

El régimen de la responsabilidad contractual puede repartir los daños de modo de facilitar la absorción de la sacudida. Como veremos en seguida, este resultado puede ser alcanzado a veces negando, a veces afirmando la responsabilidad.

Consideremos en primer lugar la hipótesis de una relación contractual entre empresas. Por ejemplo: *A* se compromete a suministrar a *B* ciertas máquinas, de su fabricación, que *B* pretende utilizar en su propia oficina. Si por el mal funcionamiento de la organización de *A*, las máquinas resultan defectuosas e inutilizables, y por ello no se pueden entregar a *B* en tiempo útil, el daño total para la economía en su conjunto será igual al valor del trabajo, del material y del capital desperdiciado para la construcción de las máquinas defectuosas (designaremos con la letra *a* este componente del daño), unido al daño derivado para *B* del retardo en la disponibilidad de las máquinas necesarias para el

funcionamiento de su oficina (daño que designaremos con la letra *b*).

Ahora, si a *A* no se le hace responsable y nos limitamos a negarle el derecho al correspondiente, él sufrirá el daño sólo en la medida de *a*, mientras que *B* también sufre un daño en medida igual a *b*.

Si por el contrario, además de negar a *A* el derecho al correspondiente, se le impone el resarcimiento del daño de *B*, *A* experimentará daño en la medida de $a + b$, y *B* saldrá indemne.

Como es claro, la negación de la responsabilidad determina una repartición del daño entre los contratantes, con el resultado de atenuar el impacto financiero sufrido por cada uno.

Es oportuno relieves que la persecución de este fin puede ser incompatible con el de privilegiar la prevención de accidentes y de los daños que derivan de ellos; lo uno, en efecto, puede exigir que la responsabilidad del deudor se consolide (colocándose así a su cargo el daño total); el otro puede exigir que la responsabilidad se niegue (con la consecuencia que el daño se reparta entre acreedor y deudor).

Una solución intermedia puede ser la de afirmar la responsabilidad del deudor, limitándola sólo a los daños previsibles.

No obstante, cabe poner de relieve que en otras hipótesis una distribución del daño, tal como para hacer más fácil su absorción, se realiza afirmando, y no negando, la responsabilidad del deudor.

No se considere ya una relación entre empresas, sino una relación entre una empresa y el consumidor final. Supóngase, por ejemplo, que la cosa vendida sea defectuosa y ocasiona daño a la persona o a las cosas del consumidor adquirente; afirmar la responsabilidad significa aquí trasladar la incidencia del daño del consumidor, que puede no estar en aptitud de afrontarlo, a la empresa vendedora, que puede fácilmente asegurarse contra tales riesgos, o bien puede autoasegurarse, predisponiendo un fondo con este fin, y puede distribuir el daño entre la generalidad de los consumidores a través de un pequeño aumento del precio de venta correspondiente.

Esto presupone que el consumidor pueda presumirse menos dispuesto a asegurarse, o no esté en aptitud de asegurarse en condiciones tan económicas como las ofrecidas al empresario.

La validez de este presupuesto puede estar limita-

da sólo a una sociedad de bienestar (por otra parte todavía no alcanzada), en la cual todo ciudadano en cuanto tal esté asegurado contra todo posible daño a la persona, cualquiera que sea su causa.

Una aseguración tal no comprendería los daños a las cosas, pero éstas estarían cubiertas frecuentemente por una seguro voluntario, para cuya estipulación el incentivo es tanto mayor cuanto más grande es el valor de la cosa.

Sin embargo, aún así quedarían zonas descubiertas. Es poco práctico, por ejemplo, asegurarse contra el riesgo de la pérdida o el hurto de los objetos personales que se llevan con uno en viaje. Es mucho más práctico que sean los hoteleros quienes se aseguren contra el riesgo de robo del equipaje de los clientes: por ello, una norma legal que obligue a los hoteleros a garantizar a los clientes contra el riesgo de robo de las cosas depositadas en los albergues conduce a un resultado económicamente satisfactorio: el de trasladar la incidencia del daño a quien está en mejor aptitud de asegurarse contra él.

4. El tercer y último aspecto que debe considerarse es el de la reducción de los costos de distribución judicial de los daños.

Esta reducción se puede realizar a través de la simplicidad de la norma jurídica: cuanto más simple es el criterio que gobierna la responsabilidad contractual, y cuanto más previsible la decisión del juez, tanto más se estimula la composición extrajudicial de la litis con ahorro evidente.

En segundo lugar, una reducción de costos se puede realizar con la adopción de criterios jurídicos cuya aplicación no requiera procesos complejos.

A propósito de la reducción de los costos judiciales se ha escrito que, cuando no existe una razón específica que justifique el traslado del daño a través del mecanismo de la responsabilidad, la misma responsabilidad debe negarse y el daño se deja donde se ha producido, para no hacer girar en vano la máquina de administración de justicia⁴. Esta tesis, convincente a primera vista, se revela no siempre válida frente a un análisis más atento. Supóngase que la responsabilidad esté justificada en la mayor parte de los casos pertenecientes a una categoría de contornos netos. Supóngase por

otro lado que en algunos casos pertenecientes a esta categoría y no fácilmente definibles, la afirmación de la responsabilidad no conduce a resultados útiles. Según la tesis en examen se debería aquí negar la responsabilidad, para no hacer girar en vano la maquinaria judicial. En cambio, es verdad lo contrario: la introducción de la excepción complicaría el sistema jurídico, y en razón a que - en la hipótesis presentada- los casos excepcionales no son fácilmente definibles, de ello resultaría una menor previsibilidad de las decisiones y -en consecuencia- una mayor litigiosidad. Por lo tanto, un aumento y no una disminución de los costos judiciales⁵.

5. Examinemos más de cerca en qué modo el régimen de la responsabilidad contractual puede contribuir a una mejor distribución de los recursos productivos.

Consideremos las relaciones contractuales entre un grupo de proveedores, que indicaremos con la letra *A*, y sus clientes que indicaremos con la letra *B*. Supongamos que los incumplimientos recurrentes de los *A* determinen inmediatamente para ellos mismos daños cuyo monto total indicaremos con la letra *a* (se trata de daños iguales a la ausencia de ganancias y al valor del trabajo, de la materia prima y del material desperdiciado en los intentos de cumplimiento) y determinan frente a los clientes *B* daños (derivados del trastorno de sus planes económicos) cuyo monto total indicaremos con la letra *b*.

Supongamos que los proveedores *A* puedan eliminar el riesgo de incumplimientos mediante la adopción de nuevas medidas (mejores máquinas, controles más frecuentes, etc.), cuyo costo total sea igual a α .

Frecuentemente, también los *B* pueden adoptar medidas idóneas para impedir o para reducir los daños derivados del incumplimiento. Pueden, por ejemplo, constituir depósitos de materia prima que absorban los eventuales retardos de los proveedores; o, para dar otro ejemplo, pueden someter el material adquirido a controles cuidadosos para verificar eventuales defectos ocultos antes que deriven daños de ellos. Supongamos que el costo total de estas medidas sea igual a β (y supongamos que tales medidas eliminan totalmente el riesgo del daño *b*).

⁴ Holmes, *The common law*, 45^a reimp., Boston, s.f., pág. 96.

⁵ G. Calabresi, *Does the fault system*, cit., pág. 45.

Supongamos en fin, para simplificar la exposición, que las estructuras técnicas de los diversos proveedores *A* son iguales entre sí, de modo que no existan diferencias en los cálculos de economía válidos para los diferentes miembros del grupo. Y adoptemos la misma hipótesis para los miembros del grupo de clientes *B*.

Es claro que para valorar la conveniencia del gasto α desde el punto de vista social, se necesitará confrontarlo con el riesgo de daño que él elimina, donde quiera que este daño se produzca en el sistema económico. Como, en tal hipótesis, él elimina totalmente el riesgo de incumplimientos, con todas las consecuencias que éstos comportarían como daños para *A* y para *B*, α debe confrontarse con $a + b$: el gasto α sería conveniente sólo si $\alpha < a + b$.

En cuanto al gasto β , él tiene un efecto más limitado, porque no elimina el riesgo de los incumplimientos, sino que influye sólo sobre las consecuencias dañosas que éstos podrían determinar frente a los *B*; por ello el gasto β podrá ser conveniente sólo si $\beta < b$.

Si sólo se verifica una de estas desigualdades, deberá efectuarse únicamente el gasto correspondiente. Por el contrario, si ambas desigualdades se verifican, se presenta el problema de elección entre el gasto α y el gasto β . En efecto, no sería racional acumularlos porque, por hipótesis, una vez hecho el gasto α se eliminaría todo riesgo de daño (y por lo tanto también el riesgo del daño *b*), y por ello el gasto β sería inútil.

Si $\alpha < a$, el gasto α es de cualquier modo conveniente (haciendo superfluo el gasto *b*).

Por el contrario si $\alpha > a$ para operar una elección conveniente desde el punto de vista de los intereses generales se necesitará confrontar el rendimiento social de uno y otro gasto.

Tal rendimiento es igual al excedente del resultado útil respecto al gasto: el rendimiento de α es igual a:

$$a + b - \alpha$$

y el rendimiento de β es igual a:

$$b - \beta$$

Por lo tanto, desde un punto de vista general será preferible el gasto α si

$$a + b - \alpha > b - \beta;$$

será preferible el gasto *b* si

$$b - \beta > a + b - \alpha.$$

Hasta aquí hemos considerado la hipótesis simplificada en la cual las medidas adoptables por *A* eliminan *totalmente* el riesgo de incumplimientos, y las medidas adoptables por *B* eliminan *totalmente* el riesgo de los daños que podrían derivar para los *B* de los mismos incumplimientos.

Más a menudo, las medidas adoptables reducen, pero no eliminan el riesgo: en tal caso, como resulta de un análisis análogo al ya desarrollado, y como además resulta intuitivo, puede ser conveniente acumular los gastos α y los gastos β .

De cuanto precede resulta que, en las hipótesis en las que es socialmente conveniente que se haga el gasto α , debe hacerse responsables a los *A* frente a los *B*, por el daño *b*: de este modo, en efecto, se crea en ellos el interés de gastar α puesto que $\alpha < a + b$.

Se podría objetar que también excluyéndose la responsabilidad de los *A*, éstos serían siempre inducidos a cumplir exactamente para no perder el derecho al correspondiente. Pero esta objeción sólo sería tendencial. Si se niega la responsabilidad de los *A*, éstos basarán sus propios cálculos económicos sólo sobre la previsión del riesgo de daño *a*. En consecuencia sólo harán el gasto α cuando

$$a - \alpha > 0$$

mientras, como se ha visto arriba, desde un punto de vista general el gasto *a* es oportuno cuando

$$a + b - \alpha > 0$$

(incluso si, eventualmente, sea $a - \alpha < 0$)

Más bien se podría decir que, incluso negando la responsabilidad de los *A* y dejando el daño *b* a cargo de los *B*, se determinaría una presión indirecta sobre los *A*, por la razón que los *B* serían inducidos a tener mayor cuidado en la elección de sus proveedores. Pero se trataría, como es claro, de una presión insuficiente, sobre todo en la hipótesis en que sea difícil para los *B* darse cuenta previamente de la eficiencia de cada *A*, y además ellos sean de escasa importancia y poco vinculados entre sí. En esta hipótesis la amenaza de la responsabilidad contractual constituye la única presión eficaz que puede ejercitarse sobre los *A*.

En los casos en que es socialmente conveniente que se haga el gasto β , la responsabilidad de los *A*

debe negarse y el daño b se deja no resarcido a cargo de los B , porque si los B contasen con el resarcimiento, no tendrían incentivo para gastar en la previsión del daño.

En la hipótesis, en fin, en que sea conveniente acumular los gastos α y β , el daño b debe resarcirse sólo en parte, para distribuir la presión sobre los A y los B a fin de que cada uno adopte las medidas de su competencia.

6. De cuanto se ha dicho hasta aquí resulta la justificación de la regla que, al limitar a los daños previsibles el resarcimiento debido por el incumplimiento culposo, dispone que la previsibilidad esté referida al momento de la conclusión del contrato.

En efecto, se ha visto cómo ante el silencio del contrato, el esfuerzo debido se conmensura en la gravedad de la responsabilidad por incumplimiento: es justo por ello que esta última se valore al momento de la conclusión del contrato, a fin que el deudor esté en aptitud de calcular el esfuerzo debido, para poder asumir conscientemente el compromiso de realizarlo y poder pretender un corresponsivo adecuado.

7. Podemos examinar ahora el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual. Como es sabido, los esquemas de la responsabilidad contractual son dos: responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva. La primera resulta de la violación de las reglas de la diligencia. La segunda es llevada hasta el límite de la imposibilidad objetiva: es decir, está excluida sólo cuando se pruebe que el incumplimiento se ha debido a una causa *externa* a la empresa del deudor y de carácter catastrófico, mientras que las causas internas a la empresa quedan a cargo del deudor aun cuando no sea culpable. Las soluciones adoptadas en los diversos ordenamientos jurídicos o propuestas por los escritores se agrupan en torno a estos dos polos.

En lo que sigue buscaré demostrar que, cuando la prestación sea una prestación de empresa (abastecimiento, construcción, transporte, etc.), el fin de facilitar una óptima distribución de los recursos puede ser realizado mejor, adoptando el régimen de responsabilidad objetiva.

El análisis será desarrollado en dos tiempos. Examinaré primero cómo la responsabilidad objetiva puede contribuir al fin ya enunciado. Sucesivamente, analizaré las razones por las cuales -en mi opinión- la responsabilidad por culpa es menos idónea para la consecución del fin antedicho.

8. La responsabilidad objetiva, cubriendo todos los incumplimientos debidos a causas internas a la organización del deudor y los debidos a causas externas que no sean de naturaleza catastrófica, pone a cargo del deudor mismo los factores que se puede presumir dominables por el hombre. Ella es netamente distinta de la responsabilidad por culpa, porque opera también cuando la causa de incumplimiento sería dominable sólo con un gasto excesivo o desproporcionado respecto de la medida debida.

Adoptándose este régimen de responsabilidad, la adopción de las medidas orientadas a reducir el riesgo de incumplimiento será determinada por un mecanismo de mercado: el deudor tenderá a adoptar todas las medidas cuyo costo α satisfaga la desigualdad:

$$a + b - \alpha > 0.$$

(Recuérdese que, por simplicidad de la exposición, partimos del presupuesto que las empresas de los proveedores A eran homogéneas entre sí, y así también las de los clientes B : dada esta condición, las desigualdades globales discutidas arriba mantienen validez, pro cuota, incluso para las empresas individuales de cada proveedor A y de cada cliente B).

Como se ha visto ya, este comportamiento es conforme a los intereses generales, salvo el caso límite en que

$$a - \alpha < 0 \text{ y } b - \beta > a + b - \alpha$$

El régimen de la responsabilidad objetiva requiere por lo tanto un correctivo para la hipótesis en que el acreedor pueda adoptar medidas idóneas para eliminar totalmente el riesgo de las consecuencias dañosas del incumplimiento, y la adopción de tales medidas sea preferible desde el punto de vista de los intereses generales. El correctivo puede ser ofrecido por las reglas sobre el concurso de culpa del acreedor, si son convenientemente interpretadas y aplicadas.

Habíamos visto que el acreedor puede adoptar medidas contra el riesgo de los daños de incumplimiento, y puede darse que la adopción de tales medidas, en lugar de las adoptables por el deudor o bien (más frecuentemente) en adición a ellas, sea conforme a los intereses generales. Nos podemos preguntar entonces por qué no imponer al deudor como regla el peso de todos los daños del incumplimiento salvo que se pruebe la culpa del acreedor, y no proceder, al contrario, de modo del todo opuesto, negando por regla la respon-

sabilidad del deudor, salvo que se pruebe su culpa.

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

En tercer lugar obsérvese que las medidas adoptables por el deudor tienen por regla un mayor ámbito de eficacia, porque impiden el incumplimiento y sus consecuencias (y por lo tanto evitan el daño en la medida de $a + b$), mientras las medidas adoptables por el acreedor previenen sólo las consecuencias dañosas del incumplimiento (y por lo tanto evitan el daño en medida no superior a b): por ello, a igualdad de gasto, es preferible que lo asuma el deudor.

Se justifica por ello que la responsabilidad pese por regla sobre el deudor.

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

9. Cabe relevar en fin que sólo la responsabilidad objetiva permite transferir a la empresa que ha funcionado mal el peso total del daño que de ello se ha derivado para el sistema económico, aún cuando no se haya verificado frente al adquirente inmediato. Como ilustración de esto, considérese la hipótesis en que A deba suministrar a B piezas separadas que B se propone utilizar para la construcción de máquinas; a su vez B se ha obligado a transferir las máquinas a C , el cual se propone utilizarlas en su oficina para la producción de bienes de consumo. Puede ocurrir que el incumplimiento de A frente a B no permita a este último cumplir oportunamente frente a C : por ello, del incumplimiento de A deriva un daño a frente a A , un daño b frente a B y un daño c frente a C . Si se adoptara un sistema de responsabilidad por culpa, B no sería responsable frente a C porque su incumplimiento es -por hipótesis- no culpable. A sería responsable frente a B , al cual debería resarcir en medida igual a b . En consecuencia, A tendría que adoptar medidas preventivas del incumplimiento sólo si para el costo α vale la desigualdad:

$$a + b - \alpha > 0$$

Este comportamiento, no obstante, no corresponde a un óptimo social, porque el daño total derivado del incumplimiento es igual a $a + b + c$, de modo que el gasto α es conveniente cuando sea

$$a + b + c - \alpha > 0$$

Es necesario por ello atribuir a A también el daño c , y ello sólo es posible a través de la responsabilidad objetiva. Esta, en efecto, impondría a B resarcir el daño c , después de lo cual B podría regresar sobre A ; este último debería pagar así a B el resarcimiento del daño en la medida: $b + c$.

Se objetará que de este modo se agrava mucho la responsabilidad de A . Pero la objeción -en mi opinión- no tiene valor: si las empresas de B y C se fusionaran como consecuencia de un proceso de integración vertical, A ciertamente debería resarcir el daño en la medida $b + c$. Y entonces no se ve por qué la responsabilidad deba ser reducida cuando frente a A se encuentre no ya una gran empresa integrada verticalmente, sino una cadena de empresas independientes.

Contra la posibilidad de una responsabilidad ex-

⁶ Nótese que la responsabilidad de B por el incumplimiento debido al anterior incumplimiento de su proveedor A responde a la misma lógica de la responsabilidad contractual por el hecho de los auxiliares.

cesivamente onerosa opera el correctivo que limita la responsabilidad a los daños previsibles al momento de la conclusión del contrato.

Y un correctivo ulterior es ofrecido por la regla sobre el concurso de culpa del damnificado: es claro en efecto que, cuanto más se aleja del incumplimiento inicial, tanto más se atenúan las perturbaciones que de él se han derivado y tanto más fácil evitarlas.

10. A primera vista podría parecer que, mientras la responsabilidad objetiva confía a un mecanismo de mercado la elección de la medida de la diligencia a adoptarse, la responsabilidad por culpa confiaría tal elección al juez.

Esto es verdad sólo en parte.

También en un régimen de responsabilidad por culpa, el empresario será inducido a confrontar el costo de las medidas de seguridad con el riesgo y el peso de la responsabilidad contractual que podría corresponderle: por ello el mecanismo del mercado opera también aquí. Pero opera en una medida limitada, porque aquí el empresario puede esperar que ciertas medidas, aún siendo económicamente adoptables, sean entendidas por el juez como extrañas a la obligación de diligencia: y ello puede ocurrir ya sea por que se trate de medidas no tradicionales, ya sea simplemente como resultado de las incertidumbres del proceso. La consecuencia es que la presión económica ejercitada sobre el empresario para la adopción de las medidas de seguridad es menor que la necesaria en interés general.

Para alcanzar el resultado de estimular la mejor distribución de los recursos, incluso en el ámbito de un sistema de responsabilidad por culpa, se necesitaría que, al determinar las medidas de la diligencia debida (además de las expresamente impuestas en el contrato), el juez las regulase según una confrontación entre el costo de las medidas de diligencia y su resultado útil desde el punto de vista general, según las desigualdades ilustradas en las páginas precedentes.

Como es notorio, el juez no procede de este modo, sino que considera debidas las medidas tradicionales de diligencia y las que le parezcan apropiadas en base al buen sentido y a un genérico sentido de honestidad. Es claro que tales criterios pueden ser suficientes para los problemas de una sociedad agrícola o artesanal, pero no para los de una sociedad industrial tendiente a un uso racional y consciente de sus propios recursos.

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

Considérese también que, si se adoptase el criterio de la culpa, la responsabilidad debería negarse cuando el estado actual de la técnica no ofrezca medidas idóneas para prevenir económicamente el riesgo de un mal funcionamiento de la empresa. En consecuencia, la responsabilidad por culpa no estimula el progreso técnico mediante nuevos inventos.

Además, la responsabilidad por culpa no permite la traslación en bloque del daño hasta la empresa que ha funcionado mal, y también por esta razón no estimula en medida adecuada la distribución óptima de los recursos.

Agréguese que, también desde el punto de vista del costo de funcionamiento, el sistema de la responsabilidad por culpa aparece menos ventajoso. Cualquiera que sea el criterio de culpa adoptado, es claro que su aplicación hace el proceso más largo, complicado y costoso de lo que sería si se tratara simplemente de juzgar si el incumplimiento ha sido debido o no a una causa catastrófica externa a la empresa. Además, es claro que el problema de la existencia de la culpa se puede presentar mucho más frecuentemente que el de la existencia de causas catastróficas extrañas a la empresa: en consecuencia, el régimen de la responsabilidad por culpa da lugar a mayor litigiosidad. En fin, este criterio de responsabilidad hace las decisiones menos previsibles, lo que contribuye ulteriormente a aumentar el número de las litis.

11. Frente a estas desventajas, ¿cómo se puede justificar una preferencia por el criterio de la culpa?

El único argumento de algún peso es que el sistema de la responsabilidad por culpa facilita la absorción del daño, en las hipótesis en que el incumplimiento sea no culpable. En efecto, cuando la responsabilidad se niega por falta de culpa del deudor, el acreedor sufre las consecuencias

dañosas del incumplimiento (daño que designamos con la letra *b*), mientras el deudor sufre un daño igual a la falta de ganancia y a los gastos inútilmente incurridos en el intento de cumplimiento (daño que designamos con la letra *a*). De tal modo, el daño total ($a + b$) se reparte entre el deudor y el acreedor, en lugar de gravar por entero sobre el primero: el golpe es sufrido por ambos, pero la repartición atenúa su peso, ocasionando menores dificultades financieras.

Por lo tanto, aquí hay una indicación a favor del criterio de la culpa, frente a las contrarias precedentemente analizadas.

Pero el peso de esta argumentación no es grande.

Obsérvese en primer lugar que -por regla- el peso de la responsabilidad contractual no es tal como para poder ocasionar serias dificultades financieras a una empresa sana y organizada de modo adecuado al tipo de actividad que desarrolla.

Por regla, el daño *b* no es de una magnitud superior al daño *a* (no es concebible que el retardo en la provisión de un tornillo bloquee la construcción de un trasatlántico y, de cualquier modo, en tales casos operaría el correctivo del concurso de culpa del damnificado); por ello, si el deudor está en aptitud de absorber el daño *a*, está en grado de absorber el daño $a + b$.

Considérese en fin que *A* de cualquier modo debe estar preparado para afrontar la responsabilidad, incluso en un régimen de responsabilidad por culpa, porque la adopción de un criterio objetivo de culpa y la extensión de la responsabilidad a la hipótesis de culpa de los dependientes, no permite más al deudor tener certeza de escapar de la responsabilidad a través del empleo de una particular diligencia. En consecuencia, la extensión de la responsabilidad a hipótesis de ausencia de culpa no agrava sustancialmente el peligro de que se infieran a la empresa golpes financieros insoportables. Contra todo exceso opera la regla que limita la responsabilidad al daño previsible.

12. Si luego abandonamos el campo de las relaciones entre empresas y pasamos al de las relaciones entre empresas y consumidores, entonces no se puede sostener más que la responsabilidad por culpa reparta el daño mejor. Justamente ocurre lo contrario: que si se trata de daños ocasionados por la cosa vendida, o bien de infortunios sufridos por el pasajero, o de daños sufridos por la co-

sa confiada al transportista o al depositario, o introducida en un albergue, la empresa estará más consciente del riesgo, más preparada para afrontarlo y en mejor aptitud de absorber el daño.

13. Debemos ahora examinar dos objeciones ya señaladas al inicio del presente trabajo, orientadas a demostrar que la elección de un régimen de responsabilidad contractual antes que otro no influiría en la distribución de los recursos productivos.

La primera objeción es que toda modificación del peso de la responsabilidad vendría a reequilibrarse a través del mercado con una modificación del *correspectivo* debido: mayor la responsabilidad a cargo de una parte, mayor el *correspectivo* a ella debida. Así, si se niega la responsabilidad objetiva de los proveedores, disminuiría el precio que éstos pueden exigir, y la disminución correspondería al riesgo de daño que queda a cargo de los acreedores. En consecuencia, si los proveedores pueden adoptar medidas que eliminen el riesgo de daño, y el costo α de estas medidas satisface la desigualdad: $a + b - \alpha > 0$, ya ilustrada en su lugar, los proveedores tendrían interés en adoptarlas efectivamente, encontrando compensación en el aumento de los precios (con el aumento de los cobros hasta llegar a *b*) que podrían pretender y obtener en razón del menor riesgo de incumplimiento al cual expondrían a los clientes.

La refutación de esta objeción es muy fácil. En primer lugar, el proceso de ajuste del precio de mercado sería muy lento y muy poco evidente para constituir un incentivo eficaz para la adopción de medidas de seguridad. En segundo lugar, la insuficiente información que los clientes pueden tener sobre las condiciones y métodos de producción y de trabajo de los proveedores individuales haría que la hipotética modificación del precio de mercado no se diferenciara para los diversos proveedores según las medidas de diligencia adoptadas por cada uno, sino que sería igual para todos: en consecuencia el incentivo a utilizar para la adopción de tales medidas se reduce prácticamente a cero.

Mayor consistencia tiene la segunda objeción, según la cual, si una de las partes contratantes pudiese evitar el riesgo en mejores términos económicos que la otra, ambas tendrían la conveniencia de regular contractualmente la responsabilidad, haciendo que el riesgo de daño gravite en torno a la parte que puede asumirlo con menor gasto y atribuyéndole una adecuada compensación⁷.

⁷ Nótese que, mientras la objeción examinada y criticada poco antes presupone que los clientes no sólo valúen la entidad del

Así -retomando los símbolos constantemente adoptados en el presente trabajo- si la ley no hace a los *A* responsables por el daño *b*, pero

$$a + b - \alpha > b - \beta > 0$$

ya sea que tanto los *A* como los *B* tengan por conveniente estipular cláusulas con las cuales los *A* asuman el riesgo del daño *b* contra el pago de sumas totales no superiores a β y no inferiores a $\alpha - a$.

(si $b - \beta < 0$, las sumas a pagarse a los *A* deberían ser no superiores a *b* y no inferiores a $\alpha - a$).

Esta posición empero, presupone un mercado idealmente perfecto, y no vale frente a las imperfecciones del mercado real.

Obsérvese en primer lugar que el problema de la responsabilidad contractual, como se presenta efectivamente, es un problema de elección entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva.

Pues bien, cláusulas contractuales que limitan la responsabilidad a la hipótesis de culpa o -viceversa- la extienden a las hipótesis de riesgo inculpa- ble de empresa son muy técnicas como para poder ser adoptadas frecuentemente en la contratación común⁸.

Aparte de ello, varios factores, incluso psicológicos⁹, frenan la adopción de tales cláusulas.

Si, por ejemplo, en el régimen legal de la responsabilidad por culpa, los proveedores *A* declarasen estar dispuestos a asumir una responsabilidad objetiva, contra el pago de un mayor precio, es pre-

sumible que en la mayor parte de los casos el cliente *B* rechazaría esta propuesta, sobre todo si se trata de un cliente ocasional. Ello porque el menor precio constituye una ventaja cierta, mientras que una más rigurosa responsabilidad de la contraparte constituye una ventaja exclusivamente en términos de probabilidad, referida a una prestación individual: una ventaja no tangible, que viene fácilmente subvaluada¹⁰. (Es interesante observar que si, en la misma situación técnica y económica la ley impusiese a *A* una responsabilidad objetiva, no se estipularía una cláusula de atenuación de la responsabilidad. Ello porque si *A* la propusiese, para disfrutar la subvaluación del riesgo por parte de *B*, este último, advertido, sería inmediatamente inducido a sobrevalorar el mismo riesgo).

Los obstáculos a la posibilidad de corregir un sistema legal errado a través de la reglamentación convencional de la responsabilidad no terminan aquí. Considérese que frecuentemente un empresario puede estar dispuesto a asumir una responsabilidad más rigurosa, contra el pago de un suplemento de precio, sólo si este pacto es aceptado por todos sus clientes. Ello porque el gasto necesario para afrontar la responsabilidad más rigurosa adoptando adecuadas medidas de seguridad es frecuentemente un gasto indivisible.

Pero obtener la aceptación de la cláusula por parte de todos sus clientes puede no ser fácil. Y entonces la reglamentación convencional de la responsabilidad no será adoptada. O bien, se adoptará con la mayor parte de los clientes, pero no con todos; algunos no estipularán la cláusula de responsabilidad y no pagarán el suplemento de precio, pero -de hecho- gozarán igualmente del beneficio derivado de la adopción de las más rigurosas me-

riesgo de incumplimiento, sino que también puedan conocer y controlar las medidas adoptadas por el deudor para reducir el riesgo mismo, esta segunda objeción presupone exclusivamente que los clientes valúen la entidad del riesgo de incumplimiento y lo tengan en cuenta. Como se dirá en un momento, tampoco este más limitado presupuesto es realista.

⁸ También aquí por lo tanto, aunque en medida más atenuada que en el campo de la responsabilidad extracontractual, la adopción de un régimen convencional de la responsabilidad tiene un costo. La presencia de tales costos frena la obra del mecanismo del mercado para la distribución óptima de los recursos: Coase, op. cit., p. 15 ss.; G. Calabresi, *Transaction costs, resource allocation and liability rules - a comment*, en «J.L. & Econ.», vol. 11 (1968), p. 67 ss.

⁹ Principalmente la tendencia a la subvaluación del riesgo por parte de quien afronta sólo una fracción de él: G. Calabresi, *Does the fault system*, cit., p. 441; 10, *The decisions for accidents*, cit., p. 726 ss.

¹⁰ Ello no contradice la hipótesis, sobre la cual se basa el presente trabajo, que un número sustancial de empresarios esté en aptitud de valorar el riesgo de daño evitable con la adopción de determinadas medidas de diligencia. Esta hipótesis se refiere en efecto al empresario que organiza la propia empresa, adoptando medidas permanentes, cuyo resultado útil se hace tangible a largo plazo. La estipulación de una cláusula de responsabilidad, por el contrario, influye sólo en la ejecución del contrato individual en el cual se inserta: por ello la ventaja queda cuando mucho en el campo de las ideas y de las valoraciones de probabilidad.

didadas de seguridad por parte de su deudor¹¹: ello constituye una discriminación que provoca una distorsión de la competencia.

Entiendo por ello poder concluir que el mercado no ofrece correctivos seguros para remediar eventuales defectos de la disciplina legal de la responsabilidad contractual.

14. Para concluir, es oportuno considerar brevemente la hipótesis que los costos de producción cambien durante el tiempo necesario para la ejecución del contrato.

La programación del esfuerzo debido por el deudor se remonta al momento de la conclusión del contrato, y es en relación a ella que ha sido pactado el correspectivo.

Hechos económicos sobrevenidos, de naturaleza imprevisible, pueden modificar notablemente la relación entre prestación y contraprestación. La hipótesis considerada más frecuentemente es la del aumento de los costos que el deudor debe afrontar para ejecutar la prestación. No obstante, merece atención también la hipótesis opuesta, de reducción de los costos del deudor.

En esta última hipótesis, un remedio a favor del otro contratante se justifica ya sea porque de otro modo el deudor recibiría un provecho económico injustificado, ya sea porque la otra parte -si es empresario- se encontrará en desventaja respecto de los propios competidores no vinculados por análogos contratos en curso, y esta desventaja en la competencia no tendría justificación.

En la hipótesis de aumento de los costos que el deudor debe afrontar para ejecutar la prestación, la concesión de un remedio en su favor se justifica ya sea porque de otro modo la contraparte -si es empresario- se encontraría en desventaja concurrencial injustificada, ya sea y sobre todo para evitar que la empresa del deudor sufra un daño que no tendría ninguna función económica útil.

Si la ley impusiese en estos casos la modificación del correspectivo, ella transferiría al adquirente el beneficio del menor costo o, respectivamente, el peso del mayor costo. Pero a veces las condiciones del mercado son tales que no permitirían esta

traslación, y en tales hipótesis no tendría sentido que la ley impusiese a los desventurados sorprendidos por las variaciones de los costos en el intervalo entre la conclusión y la ejecución del contrato. Se justifica por ello que la ley conceda a la parte lesionada sólo la resolución del contrato, y haga depender de la voluntad de la otra parte la posibilidad de mantener en vida el contrato mismo con un correspectivo reequilibrado¹².

El acreedor puede, por lo tanto, ofreciendo un mayor correspectivo, pretender que el deudor ejecute la prestación aún si ésta ha devenido más onerosa. Empero, este derecho del acreedor debe encontrar un límite en donde la mayor onerosidad es tal que desnaturaliza la prestación, transformándola en una prestación diversa y extraña a la normal actividad del deudor. En este sentido, se puede interpretar útilmente -en mi opinión- la distinción entre «excesiva onerosidad» e «imposibilidad» sobrevenida.

Así -por ejemplo-, si todas las vías terrestres entre dos países fronterizos quedaran bloqueadas, la empresa de transporte terrestre quedará liberada, y no podrá ser constreñida, ni siquiera con un mayor correspectivo, a ejecutar un transporte aéreo, siendo ésta una prestación extraña a su actividad normal: se deberá hablar por ello de imposibilidad antes que de excesiva onerosidad sobrevenida.

Esta valuación depende, en mi opinión, de la naturaleza de la empresa del deudor; si en el ejemplo recién visto, se tratase de una empresa de transporte terrestre y aéreo, se deberá encontrar una simple excesiva onerosidad sobrevenida. En este caso -en efecto-, la ejecución de la prestación podría ser impuesta (contra el pago de un mayor correspectivo, se entiende) sin ocasionar ningún trastorno en la organización del deudor.

Es claro que, adoptándose esta interpretación, el concepto de «imposibilidad» sobrevenida viene a distinguirse netamente del de la «imposibilidad» originaria (causa, esta última, de nulidad del contrato): la imposibilidad sobrevenida es una imposibilidad relativa a la naturaleza de la empresa del deudor, mientras que la imposibilidad originaria es absoluta.

¹¹ Son los «free loaders» mencionados por G. Calabresi, en *Transaction costs*, cit., p. 67.

¹² En la obra el contratista puede exigir un aumento del precio correspondiente al incremento de sus costos (art. 1664 c.c.); pero ello encuentra un correctivo en la facultad de receso del comitente (art. 1671 c.c.).