

Responsabilidad civil y eficiencia económica

El análisis económico del derecho de daños

Hugo A. Acciarri y
Andrea Castellano

El razonamiento: los daños que se producen en una sociedad no abarcan sólo un problema distributivo privado (que el dañador deba transferir o no una cantidad de dinero, en concepto de compensación, a la víctima), sino que también inciden en la riqueza total de la comunidad.

En los últimos años es frecuente en el medio jurídico nacional encontrar referencias al análisis económico del derecho o al Law & Economics. Qué signifiquen esas denominaciones, discernir si se trata de un único modo de análisis o de una o varias escuelas, y si son más o menos homogéneas las ideas de sus sostenedores, es una cuestión que demanda un desarrollo que excede los propósitos de este artículo. (10)

Lo propio ocurre con la posibilidad de intentar una evaluación de su bondad o la discusión de sus fundamentos. El objetivo de este trabajo, en cambio, es simplemente exponer, de modo preliminar, algunas líneas que sirvan para caracterizar los fundamentos y el modo de pensar de estas corrientes, circunscriptos al área del derecho de daños, sector que ha servido de punto de partida para la posterior expansión de estas ideas a casi todas las ramas del Derecho.

REGLAS DE RESPONSABILIDAD E INCENTIVOS

El germen que subyace en el origen de todo razonamiento de esta clase, es que los daños que se producen en una sociedad no abarcan sólo un problema distributivo privado (que el dañador deba transferir o no una cantidad de dinero, en concepto de compensación, a la víctima), sino que también inciden en la riqueza total de la comunidad. Así, si alguien, como consecuencia de su actividad, incendia una fábrica vecina, aunque luego indemnice completamente a su dueño, determinará con su accionar una disminución en el stock de bienes de la sociedad: antes existía un bien (la fábrica) que ahora habrá dejado de existir. Lo perdió su dueño, pero también, por agregación, la sociedad en general. Esto sucederá (en principio) tanto si el dañador paga como si no paga una indemnización a su víctima. No obstante, aunque luego de acontecido el suceso dañoso, la pérdida social sea —en ese sentido—, irreparable, situándonos ex ante a su producción, se puede inferir que no será igual la conducta del —entonces todavía potencial— dañador, si prevé que va a respon-

der por ese hecho, o si por el contrario, no espera sufrir consecuencias. El cuidado que ponga en su actividad, su inversión en prevención, y la intensidad con que la realice no serán, previsiblemente, idénticos en ambas situaciones.

La conducta del probable dañador se aprecia, aquí, en relación con su propio interés. Si no debiera responder (aunque la riqueza social disminuyera, esa reducción, ese empobrecimiento, lo sufriría otro, y por eso no se vería directamente afectado) su interés en prevenir previsiblemente sería (sino nulo), menor que si debe reparar. Si prevé que deberá responder, en cambio, invertir en prevención no será para él más que un medio orientado a disminuir las posibilidades de sufrir una consecuencia desagradable: pagar una indemnización.

De estas primeras afirmaciones pueden derivarse varias conclusiones: en primer lugar, las reglas de responsabilidad operan como incentivos para que las personas hagan o dejen de hacer ciertas cosas (2). Lo expuesto supone que la conducta de las personas puede reaccionar ante estímulos positivos y negativos y que, por lo tanto, si alguien puede prever que realizando un acto o actividad cualquiera recibirá consecuencias más disvaliosas que valiosas, no lo ejecutará, o modificará su accionar, mientras que tenderá a realizar ese acto o actividad, caso contrario. Las reglas de responsabilidad, en este sentido, imponen (o no) consecuencias indeseables, constituidas por los costos de verse sometido a la carga económica de un daño, sea por tener que afrontar una indemnización (el dañador), sea por verse imposibilitado de reclamarla (la víctima). Un sistema correcto de responsabilidad civil, por lo tanto, servirá para poner "en línea" los incentivos para que el accionar privado, guiado exclusivamente por el propio interés del agente, conduzca a su vez a la mejor situación social posible.

LA EFICIENCIA ECONÓMICA

Y en este punto (3) se introduce la cuestión de la eficiencia. La idea se relaciona con la noción de usar de la mejor manera posible los recursos. Cuando se piensa en un

individuo gestionando sus propios bienes, el análisis de la situación, a la luz de estas ideas, se desenvuelve en una dimensión única, y bastante sencilla. Pero cuando se hace referencia a una sociedad, existe también una dimensión del problema vinculada a la pluralidad de individuos. Hay, entonces, un stock social de bienes, conformado por la suma de los bienes de los individuos y organizaciones (4), y todo cambio que afecte ese stock global, en consecuencia, afectará los stocks individuales y el bienestar de las personas. Y no hay, en la ciencia económica, una única noción o criterio de eficiencia que defina el punto, sino varios alternativos. (5)

El concepto de eficiencia, que habitualmente se emplea en estos análisis, es el denominado de "Maximización de la Riqueza" o de Kaldor-Hicks (6). Una descripción sencilla lo muestra como un criterio que estima eficiente una medida, cuando el beneficio que produce, supera a su costo social. Esto es, cuando el beneficio que obtienen los que "ganan" con la medida (en nuestro caso, pensemos en la puesta en vigencia de un sistema completo o una regla de particular responsabilidad), supera a la pérdida que sufran los que "pierden" frente a la misma situación.

INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO DE DAÑOS

En su evolución histórica, el primer vínculo sistemático entre derecho de daños y economía nace con Coase (7) y su propuesta del empleo de reglas de responsabilidad para alcanzar el logro de la eficiencia. Hasta la publicación de su trabajo el efecto de las distintas alternativas de regulación de los deberes de indemnizar sobre la asignación de recursos, era poco discutida en la teoría económica. Del aporte que realiza Coase pueden destacarse dos cuestiones fundamentales que constituyen el pilar sobre el que se asientan las bases de la interpretación económica del derecho de daños:

Por un lado enfatiza que, para la ciencia económica, cuando se producen fenómenos dañinos el problema que se enfrenta es de naturaleza recíproca. Es decir que, si A (dañador) causa un perjuicio a B (víctima), evitar el daño a B implica causar un daño a A, al restringirlo en su actividad. Entonces, lo que realmente debe resolverse es si debe permitirse a A perjudicar a B o debe autorizarse a B a perjudicar a A. El criterio que debe guiar esta decisión es el de evitar el daño más grave o, en un sentido más amplio, minimizar el daño conjunto. En el caso de tratarse de dos actividades productivas, significa permitir que continúe realizándose aquella que resulte más valiosa.

Por otro lado, analiza cómo las reglas de responsabilidad inciden en este objetivo, distinguiendo dos situaciones: una en la que no existen costos de transacción (8) y otra en la que sí se verifican. Si las transacciones de mercado no representarían ningún costo las decisiones jurídicas respecto de la responsabilidad por daños **no tendrían efectos sobre la asignación de los recursos, y se alcanzaría la solución eficiente con independencia de la regla de responsabilidad.** Cuando existen costos para realizar las transacciones, en cambio, la cuestión es totalmente diferente, porque la solución eficiente no podría

producirse con independencia de la norma jurídica elegida. La propuesta normativa que surge de este planteo es que deben diseñarse las normas de manera que intenten reproducir la solución eficiente cuando existen costos de transacción que impiden realizar los intercambios de derechos necesarios que conduzcan al óptimo, o bien que deben diseñarse para reducir al mínimo los costos de transacción.

Este género de análisis presupone, entonces, que a la sociedad no le interesa eliminar todos los daños. Observa que en la práctica esto no es lo que sucede y que se toleran de muy buena gana algunas actividades que producen muchos daños, porque se estiman generadoras de beneficios superiores. Si se piensa simplemente en la circulación automotriz, una medida que prohibiera totalmente el tránsito vehicular, disminuiría también a cero los muertos, heridos y daños materiales ocasionados por tal actividad. Pero también se reducirían a cero todos sus beneficios (9). Y si la relación a considerar es la comparación costo-beneficio (10), entonces:

- a) Deben evitarse los hechos, actividades o medidas que generan más daños (costos) que el beneficio social que producen y,
- b) El modo de evitación de los daños no es intrascendente. Toda acción tendiente a la prevención o evitación importa costos. Estos costos, en sentido amplio, pueden provenir tanto de la inversión en medidas de prevención (un incremento en la prevención disminuye los daños esperables), como de la restricción al desarrollo de actividades (una disminución en el nivel de una actividad que puede causar perjuicios a terceros o hacer sufrir infortunios a quien la ejecute, reduce esa posibilidad de verificación de daños).

Cuando se adopta la eficiencia como objetivo, ambas cuestiones son dos caras de una sola moneda: en una misma dimensión se evalúa qué daños deben evitarse, y cómo deben prevenirse, a costa de qué puede hacerse. En definitiva lo que se intenta es encontrar la mejor relación entre costos y beneficios totales, para lo cual se conjugarán todos los costos (los atribuibles al esperable suceso dañoso, los que demanden las medidas de prevención, los que correspondan a la restricción de las actividades implicadas) y todos los beneficios, de todas las partes comprendidas en el campo en análisis, buscándose la alternativa óptima.

La posibilidad de influir sobre esa relación de costos y beneficios, no es en general, igualitaria para ambos implicados, ni uniforme para todos los supuestos. Se advierte, en consecuencia desde esta perspectiva, que la influencia, posición y posibilidades relativas de ambas partes, respecto del hecho dañoso, son factores altamente relevantes. (11)

El desarrollo particularizado de estas ideas presenta complejidades de orden muy diverso y mueve a reflexiones igualmente variadas. Pero al menos como una posición diferente de las clásicas, y siquiera como provocación a considerar aspectos muchas veces soslayados -y sin embargo, de enorme importancia-, relativos al diseño, finalidades, aplicación y consecuencias de los sistemas jurídicos, resulta digna de estudio y merecedora de interés y esfuerzo.

NOTAS

1 Para una aproximación inicial, pueden verse con provecho, en español, Polinsky, M. A. "Introducción al Análisis Económico del Derecho", Barcelona, 1985; Schäfer, H. B. y Ott, C. "Manual de Análisis Económico del Derecho Civil", Madrid, 1991; Pastor, S. "Sistema Jurídico y Economía", Madrid, 1989, Torres López, J. "Análisis Económico del Derecho", Madrid, 1987.

2 Esta hipótesis proviene del análisis microeconómico tradicional que supone que los agentes económicos se comportan racionalmente eligiendo la alternativa más conveniente entre las que están a su alcance.

3 La ubicación del tema es simplemente para procurar claridad expositiva, no por orden de importancia.

4 El término "organizaciones" se emplea aquí en un sentido amplio, semejante al utilizado por North, D. en "Instituciones, cambio institucional y desempeño económico", FCE, México, 1990.

5 El empleo de uno u otro criterios, referidos al agregado social, determinará, consiguientemente, consecuencias diversas para el bienestar individual de los implicados. Dadas estas premisas, no resulta indiferente cuál sea el concepto técnico de eficiencia que se adopte. El criterio paradigmático de la escuela económica neoclásica es el de Pareto, que describe una situación como eficiente, cuando no exista posibilidad de mejorar a alguno de los implicados, sin perjudicar a otro. Suele también hablarse en este sentido de "necesidad de unanimidad" o "derecho de veto", ya que bastará que alguien se perjudique, para que su oposición obste a calificar la medida a adoptar de eficiente. Como se ve, parece un criterio muy claro, pero bastante poco operativo para guiar decisiones sociales. Y el análisis económico del derecho en general y el del derecho de daños, en particular, opinan, precisamente, sobre alternativas de regulación distintas al mercado. Imponer una u otra regla de responsabilidad no puede, como premisa, requerir la unanimidad de la sociedad, ni siquiera la de los implicados.

6 En realidad, sólo para simplificar se unifican en el texto tres criterios cercanos. Si bien tal unificación puede ser criticable para una instancia más refinada del análisis, no es infrecuente en la corriente principal del Law & Economics, al menos en los trabajos más generales. Por ejemplo, señala Posner: "...in the less austere concept of efficiency used in this book - called the Kaldor-Hicks concept or wealth maximization-..." (Posner, R., "Economic Analysis of Law", cuarta ed., 1992, p. 13). El resaltado nos pertenece.

7 Coase, R., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 1960, p.1-44.

8 El concepto es introducido por Coase R., "The Nature of the Firm", *Económica*, 1937; los costos de transacción se identifican con los costos de utilizar el sistema de precios como mecanismo de asignación de recursos; en general incluyen los costos de identificación de las partes con las que se ha de tratar, los costos que implica reunirse con dichas partes, los costos del proceso de negociación en sí y los costos de puesta en marcha, vigilancia y ejecución del acuerdo al que se llegue.

9 En el ejemplo, como en cualquier otro de los que habitualmente se invocan, se parte de suponer un común denominador para todos los costos y beneficios, que generalmente (pero no necesariamente, ni para todos los autores) es el dinero. Así, si ése fuera el parámetro y una actividad produce 10 muertos y su prohibición total aparejara la pérdida de sólo 5 vidas (no habría ya, por hipótesis, muertos por accidentes, pero podrían morir esas 5 personas por la ausencia de ambulancias -y no hubieran muerto de no tomarse esa medida prohibitiva-, para hacerlo gráfico), esa prohibición no sería por sí eficiente, ya que la comparación no se haría en ese rubro (pérdida de vidas) únicamente, sino tomando en cuenta la cuantificación de los beneficios totales de la actividad y los costos totales que acarrea. Si mantenerla produce 10 muertes y suprimirla, hipotéticamente, no genera ningún muerto adicional (sustitución de las ambulancias por helicópteros) y reduce a cero los anteriores, pero produce otro género de perjuicios, podría ser igualmente ineficiente, ya que la circunstancia de que los costos se deriven de muertes o de otros factores no se estimará relevante a los fines del cálculo. Por supuesto, la expuesta es una versión demasiado elemental del razonamiento implicado, y hay tanto razones mucho más sutiles para sostener lo expuesto (que atenúan su aparente brutalidad), como versiones que buscan modificar esa clase de resultados. Lo interesante es que, como el personaje de Balzac que descubrió tardíamente que hablaba en prosa, analizar situaciones de la vida cotidiana (y de la regulación jurídica tradicional) con estos parámetros, puede llevar a descubrir -a veces para sorpresa- que muchas cosas suelen acontecer cotidianamente (en el campo del ser, no del deber ser) de ese modo, que fríamente expuesto puede repugnar.

10 El estudio pionero que propone esta perspectiva analítica en el ámbito del derecho de daños es el de Calabresi, G. "The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis", Yale University Press, 1970.

11 Un tratamiento más detallado de este género de problemas incluye todavía más factores, intentando abarcar acabadamente el espectro total de los costos y beneficios implicados. Además de los expuestos en el texto, se adicionan, por ejemplo, los costos derivados del funcionamiento del sistema judicial. Este tipo de tratamientos ya se encuentra en Calabresi, G. op. cit., cuando formula su distinción entre costos primarios, secundarios y terciarios.

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

Rodrigo Jijón L
La Casación en los Juicios Ejecutivos.

Lorena Cascante R
Fallos contradictorios en la Corte Suprema de
Justicia ¿Son procesos de conocimiento los
Juicios Posesorios?