

Responsabilidad civil y escasez de recursos

Entrevista a Guido Calabresi (*)

Por Huáscar Ezcurra Rivero

El modelo peruano de Responsabilidad Extracontractual ha sido materia de serios cuestionamientos. Así, se ha afirmado que no ha sido capaz de responder a una realidad donde la escasez de recursos le ha impuesto obstáculos que no ha superado en modo alguno. Guido Calabresi, profesor y ex-decano de la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale y uno de los más destacados especialistas en el campo de la Responsabilidad Extracontractual a nivel mundial, nos ayuda a comprender los alcances y retos de nuestro sistema dentro de tal contexto.

Al igual que otros países en vías de desarrollo, el Perú atraviesa por serios problemas de escasez de recursos. Esto es, tenemos un aparato judicial sin personal competente en cuestiones de responsabilidad, cortes que se encuentran usualmente saturadas de procesos, indemnizaciones subcompensatorias para las víctimas, etc. Dentro de este contexto, ¿cómo hacer más eficiente económicamente nuestro sistema? ¿deben las indemnizaciones reflejar el costo real de los accidentes?

El principal problema es éste: la estructura nominal del sistema de responsabilidad civil es moderna; la noción de un sistema de responsabilidad por culpa, donde existe una presunción de culpa cuando se produce un accidente, es bastante moderna, así como también la responsabilidad objetiva, en el caso de

bienes y actividades riesgosas. Lo que ocurre es que existe resistencia a aplicar tal sistema en una sociedad en vías de desarrollo debido a que el costo de las actividades de éste, si fuera a aplicarse verdaderamente, sería muy grande. De hecho, existe un deseo de parte del sistema, sea éste declarado o no, de subsidiar a los causantes de los accidentes, que son principalmente organizaciones económicas que desarrollan actividades industriales, haciendo que éstos paguen por debajo del costo real del accidente y eso es lo que sucede cuando se afirma que el pago por los daños es demasiado bajo y que deja subcompensada a la víctima.

Esto es típico en un sistema en vías de desarrollo; ha sucedido en los Estados Unidos y en Inglaterra, cuando estuvieron en proceso de desarrollo económico. Puede configurarse de dos maneras: Una, haciendo muy difícil la obtención de reparación alguna para la víctima, complicándole la prueba de la culpa o la prueba referida a la atribución de responsabilidad, lo cual supone que aún cuando uno sea responsable del daño no hay necesidad de pagar nada. Una segunda forma puede admitir la existencia del pago de los daños, pero el monto de lo que deberá pagarse no refleja el costo real de la actividad; esto es, no habrá que pagar el costo total del daño ocasionado a las personas en el desarrollo de la actividad.

Ahora, lo que es eficiente en un contexto como aquél es bastante difícil de definir. Si se enfoca la eficiencia de modo prioritario, lo que claramente debiera hacerse es subir el monto de las reparaciones

(*) Agradecemos la valiosa colaboración del doctor Huáscar Ezcurra Rivero en la gestión y realización de esta entrevista. La preparación de la misma ha estado a cargo del doctor Huáscar Ezcurra y Ricardo Postigo Bazán bajo la supervisión del doctor Alfredo Bullard González. La traducción ha estado a cargo de Ricardo Postigo Bazán, con la colaboración de Francisco Gálvez Ruiz-Huidobro.

al costo real de la víctima del accidente. Eso no significa que deba pagarse el excesivo costo que tenemos en los Estados Unidos, los cuales están en el sistema por otros derechos y otras razones, sino que tiene que existir algo que al menos cubra el costo económico real de la víctima y algo más. El problema es que, en lugar de esto, lo que el Perú parece querer, es subsidiar las actividades dañinas y a los causantes, presumiblemente por ciertas razones económicas. Ello puede deberse a que así lo quiere el gobierno, pero también puede deberse a que éste considera que el desarrollo económico creará mayor riqueza para todos a la larga, lo cual, en cierto modo, supone un argumento del tipo “industria en crecimiento”, en favor del subsidio.

Lo que es injusto, es que el subsidio sea pagado por la gente más pobre del Perú y no por aquéllos que, efectivamente, pueden pagarlo. En efecto, es como si se decidiera subsidiar la industrialización, lo cual se hace creando un impuesto para aquellas personas que tienen la mala suerte de sufrir los daños derivados de tales actividades. Desde la perspectiva de lo justo, uno podría pensar que sería ideal tener impuestos para aquellas personas que están en mejor situación de pagarlo, y usar éstos para subsidiar directamente el desarrollo de la industria pero haciendo que estas últimas asuman verdaderamente el costo real del daño causado. De modo que si se tiene dos industrias en desarrollo, una de las cuales es peligrosa y una que no, la que no es peligrosa crecerá más que la peligrosa, y el costo derivado de esto es asumido por las personas adecuadas para pagarlo, en lugar de aquéllas que ocasionalmente resulten ser víctimas. El problema es que, en un país como el Perú, es muy difícil hacer esto; es muy difícil crear impuestos dirigidos a aquellas personas que pueden pagar por lo complejo que puede resultar hacer que éstas efectivamente paguen. No es un accidente que un país como el Perú tenga su estructura tributaria basada más en impuestos a las ventas que en impuestos a la renta, ya que los primeros son más fáciles de recaudar, aunque tiendan a impactar más a los pobres que a los ricos. Así que, en términos de eficiencia, podría cargarse el costo real del daño en las compensaciones y, entonces, el sistema podría ser definido como justo. La dificultad sería hallar un reemplazo para ese subsidio que efectiva o presumiblemente se otorga a la industrialización, y ese es más un problema de política que de economía.

¿Puede argumentarse que es adecuado para el Perú estructurar su sistema de responsabilidad basado en cuan riesgosa es la actividad?

Preferiría esta opción a un sistema basado en la culpa, porque la prueba de la culpa, aún cuando se presume su existencia, es costosa y probablemente no valga la pena caer en tal problema; especialmente, considerando que ya se ha recurrido a una presunción de este tipo. Pienso que no se perdería mucho en términos de equivocaciones sobre quien asume el costo del daño y, probablemente, se ahorrarían recursos en costos administrativos estableciendo un sistema no basado en la culpa y en el que debería pagarse de acuerdo a cuan riesgosa es la actividad. No resolvería el problema de los pagos inadecuados del que hablamos anteriormente, pero no sería irracional implementar, si fuera políticamente viable, un sistema similar al que tiene Nueva Zelanda. En un sistema como tal existiría un fondo que cubre los daños causados a las personas, de acuerdo a niveles justos de compensación, y luego las actividades pagan al fondo de acuerdo a su nivel de riesgo. Inclusive, las actividades de las víctimas pueden pagar al fondo de acuerdo a su nivel riesgo, si se tiene actividades que tienden a ser dañadas o que son dañinas, pero mayormente serían actividades como conducir, actividad ferroviaria, etc.; es decir, todas aquellas actividades pagarían un impuesto reajutable de acuerdo con el riesgo implícito de la actividad y, además, tendría que mantenerse actualizado un registro estadístico sobre cuan riesgosas han sido dichas actividades.

Asumiendo que establecemos este sistema y que la responsabilidad dependerá de cuan riesgosas son las actividades, considerando que existen actividades donde la prueba va ser un problema, ¿los jueces tendrían dificultades en determinar el nivel de riesgo de la actividad?

De implementarse un sistema de este tipo, no sería operativo a nivel judicial. El sistema tendría que operar en la vía administrativa; esto es, en principio, los casos no llegarían a las cortes en absoluto. En efecto, se trataría de un impuesto basado en el riesgo de ciertas actividades y no en actos individuales. La forma de hacerlo sería correlacionando las actividades con los accidentes; esto es, por ejemplo, efectuando un registro estadístico sobre cuántos accidentes ha sufrido una determinada compañía de automóviles. El pago no sería una cuestión que dependa de la corte sino de la

forma como se acrediten los daños sufridos de un modo particular y cuya cobertura es garantizada por el fondo.

Claro que si hay argumentos de fondo, tendrán que resolverse en la corte pero éstos serán excepcionales; en la mayoría de los casos no será necesario recurrir a la corte. El principal cuestionamiento de un sistema de este tipo, es como garantizar la vigencia del valor de pago frente a la inflación, de modo que las compensaciones otorgadas a las personas no se reduzcan a nada; habrá que diseñar algún mecanismo que determine que estos pagos reflejen continuamente el costo real de los accidentes. Un tema, complicado sin duda, está orientado a como este sistema podría trabajar sobre el hecho de que, en la medida que el Perú tenga un mayor crecimiento económico, probablemente otorgue un mayor valor al costo del daño que antes; por ejemplo, en los Estados Unidos de hoy en día valoramos la vida, en términos económicos, mucho más de lo que lo hiciéramos en 1900. Ello, porque la seguridad, es lo que los economistas llaman un bien superior, un bien del que se desea más, en la medida que la persona y la sociedad sean más ricas.

En el ya referido contexto de escasez de recursos ¿Que tan factible resultaría para un país como el Perú establecer un sistema de daños cuantificados ex-ante, es decir, de «daños tarifados»?

Considero que sería muy costoso si se trata de un sistema estructurado caso por caso. Pienso que, probablemente, pueda ser menos costoso decidir cuánto es la compensación que se quiere dar a las víctimas y, posteriormente, tratar de establecer, en los términos de éstas, cuánto vale cada tipo de pérdida y pagarles lo que ésta valga -el valor de la pérdida de un ojo o cualquier otro daño- en función a un cronograma. Luego, desde el punto de vista del causante del daño, tratar nuevamente de determinar cuántos accidentes ha tenido y recaudar de éstos lo suficiente para el fondo, desde esa perspectiva y sin tratar de diferenciar si se ha causado un accidente de tal tipo y otro accidente de tal otro tipo. Trataría de hacer esto más por categorías y, en cambio, sin prestar atención al nivel de riqueza que tenga el causante sino, más bien, si se determina que la empresa causante del daño no puede cubrir el daño por el que es responsable, porque era demasiado pobre, entonces debiera subsidiarse expresamente tal compañía porque, de otro modo, lo que se estará

haciendo es, primero ocultar el hecho de que se le está subsidiando de modo que no se sabrá del subsidio y si valió la pena tener esa compañía allí, ante lo cual resultaría mejor deshacerse de tal compañía y tener otra compañía con más recursos pero que pueda pagar los daños que su actividad genera. Y si hay que subsidiarla directamente, al menos establecer que valió la pena tener allí ese tipo de compañía.

Una cuestión adicional es si se debe tomar en consideración cuanto pueden pagar en la creación del fondo, lo que es similar a regular cuánto es lo uno que está dispuesto a pagar y, una vez más, se va a llegar a aquella situación donde las víctimas pagan el subsidio, lo cual no es lo particularmente correcto.

En la actualidad tenemos un importante número de empresas en procesos de liquidación. El número de empresas que son sometidas a dicho procedimiento ha ido aumentando en forma considerable y es probable que la cifra se incremente más aún en los próximos años. Cuando una empresa va a liquidación, las pretensiones por responsabilidad extracontractual se ubican dentro del último lugar de las prioridades de pago ¿Qué opina usted respecto a este sistema?

Considero que esto es absolutamente retrógrado por varias razones. Si una persona tiene una acreencia contractual contra la empresa que entra en un proceso de liquidación, al menos ha tenido la posibilidad de negociar con ella. Ser acreedor de la compañía es una situación voluntaria; uno está en posición de protegerse, ya sea no contratando o, habiéndolo hecho y pudiendo apreciar que la empresa se encuentra en problemas, forzándola a ingresar en liquidación mientras siga teniendo activos. La víctima con pretensión indemnizatoria, está imposibilitada de tomar tales medidas de precaución; la víctima no escoge a quien le causa el daño. Las acreencias por responsabilidad extracontractual deberían encontrarse en el mismo nivel que los acreencias tributarias, acreencias que tampoco responden a una relación voluntaria. Creo que sería preferible hacer que tengan mejor prioridad que los créditos no garantizados; tal vez, debería ser de la siguiente forma: tributos, créditos garantizados, créditos por responsabilidad extracontractual y créditos convencionales.

En la práctica existe un problema con el que se pueden enfrentar: un conjunto de acreedores con

créditos convencionales buscando reformularlos como si hubieran sido víctimas de fraude, con la finalidad de colocarlos en el nivel de los créditos por responsabilidad extracontractual. Si el fraude origina responsabilidad extracontractual, como lo hace en los Estados Unidos, podríamos encontrar personas que afirmen que tenían un contrato con la empresa pero que como ésta nunca tuvo intención de cumplir comete fraude y, consecuentemente, el crédito se ubicará dentro de la categoría de responsabilidad extracontractual. Habrá que buscar una forma de protegerse frente a esto, definiendo las acreencias por créditos contractuales.

¿Cómo influyen las normas de responsabilidad limitada de las sociedades en el funcionamiento del sistema de responsabilidad extracontractual?

Lo que se tiene son, obviamente, políticas en favor de la responsabilidad limitada de las sociedades y existe la creencia de que las personas no van a invertir en cierto tipo de actividades en las que no tienen control, a menos que sepan que la extensión de su inversión se circunscribe a cierto monto. Esto es probablemente necesario en una sociedad capitalista, pero lo que sí se tiene derecho a esperar, y no lo hacemos adecuadamente todavía, es que cualquier sociedad, con la finalidad de limitar su responsabilidad, tenga los recursos para cubrir los potenciales daños de su actividad o tenga los seguros necesarios para cubrir ese nivel del riesgo. Se puede aceptar la responsabilidad limitada siempre y cuando la sociedad cuente con el capital o los seguros suficientes para cubrir los riesgos esperados.

En relación a los estándares de conducta, ¿considera usted que el estándar de la “persona razonable”, debería ser igual en los países desarrollados y en los que están en vías de desarrollo o habría que hacer alguna distinción?

Es una pregunta muy interesante. Pienso que es más teórica que práctica, ya que la definición de los estándares de conducta va a ser probablemente la misma: “el buen padre de familia”, “el hombre razonable”, palabras que enmarcan casi todo, pero su aplicación en la realidad dependerá de la concepción de la sociedad en particular. Esta definición refleja directamente la actitud de la sociedad, va a ser buena en la medida que logre su objetivo. El estándar de conducta en sociedades

pasivas es uno en donde cualquier riesgo es demasiado; el estándar dentro de una sociedad que se encuentra en rápido desarrollo considerará razonable el riesgo; por último, si nos encontramos ante sociedades maduras, en donde el riesgo no es deseable del todo, tal vez éstas se parecerán un poco más a las sociedades pasivas que a las desarrolladas.

Personalmente, considero que en la práctica el estándar de conducta tendría que estar referido a lo mismo, en sociedades en vías de desarrollo como en los Estados Unidos, pero pueden haber ciertas diferencias en su aplicación; no considero que haya algo malo en eso, pudo haber pasado casi automáticamente.

El Código Civil peruano establece el sistema de causalidad adecuada; es decir, trata de que se identifique la conducta que efectivamente produce un tipo de accidente en particular. ¿Considera que este tipo de causalidad debería ser usada en los accidentes de automóviles?

Bueno, no creo que tal sistema vaya a funcionar si es que se basa en una estructura de decisiones construida caso por caso. Pienso que puede usarse con éxito si es que se diseña ese tipo de estructura del que hablábamos anteriormente, teniendo personas que pagan de acuerdo con la probabilidad. Si lo que sucede en realidad es que se produce un pago individual a la víctima en un caso particular, la causalidad adecuada no sería la mejor opción.

Por otro lado, creo que podría implementarse una marcada presunción en el sentido de que cuando haya causalidad adecuada, haya también causa de hecho y, de no ser por tal comportamiento, la acción no se hubiera producido. Pero, creo conveniente que se deje a salvo el derecho de réplica del demandado. Un claro ejemplo se da cuando el juez Cardozo en *Martin vs. Heartsock* sentencia que “las razones por las que necesitamos luz en la oscuridad, es para evitar este tipo de accidentes, pero las personas que no tenían luces tendrían que tener la posibilidad de demostrar que había luz lunar y que existía luz en la calle que iluminaba justo el sitio en donde sucedió el accidente, por lo que el hecho de tener luces no hubiera causado diferencia alguna en el caso concreto”.

¿Es válido considerar que el sistema de causalidad es una alternativa apropiada para reducir el costo

de la prueba y para aproximarse al costo real de los accidentes?

Creo que sería menos costoso si esto se hiciera como parte del fondo del que habláramos anteriormente y si se concretara a través de una presunción difícil de desacreditar para el demandado. Si se piensa en las varias situaciones en donde la causa *sine qua non* ⁽¹⁾ no es usada en los Estados Unidos, donde algo más actúa como la presunción de causa *sine qua non*, en el inusual caso donde no existió ésta verdaderamente, el demandado tiene la posibilidad de desacreditar tal presunción. No es, entonces, que nos estemos alejando de la causa *sine qua non*, sino que afirmamos que existen vías menos costosas para poder establecerla.

En los Estados Unidos, ¿que tipo de sistema de seguro obligatorio existe? ¿uno de primera persona, de tercera persona o mixto? ¿Es eficiente económicamente?

No, el sistema de seguros en los Estados Unidos es uno de tercera persona principalmente. Los sujetos son responsables por los daños ocasionados a las personas fuera del automóvil. Considero este sistema ineficiente por una serie de motivos. En primer lugar, no crea el incentivo para la protección dentro del carro, que es un incentivo muy importante; es, en realidad, más sencillo para el gobierno prohibir aquello que pueda dañar a otras personas que establecer la obligatoriedad de tomar precauciones de seguridad personal al interior del vehículo; ese tipo de paternalismo no es popular, de modo que no funciona bien. En cambio, en un sistema de primera persona, el incentivo se da en relación a la protección de uno mismo y el estado puede establecer la necesidad de proteger a los terceros, no teniendo, por ejemplo, lanzas u otros objetos, que puedan causarles daño.

De modo que no creo que el sistema de seguros de tercera persona en los Estados Unidos sea eficiente porque el monto para contratar el seguro no es verdaderamente suficiente para cubrir los daños que

probablemente se pueda causar y, además, presenta el problema de daños colaterales. ¿Qué sucede cuando la persona a la que uno daña tenía, además, un seguro de primera persona? el causante se beneficia con la cobertura del seguro de primera persona, en cuyo caso, para qué contrató el seguro obligatorio o, si no se tiene el beneficio derivado de ésta, la víctima es cubierta por el seguro de tercera persona del causante. Un seguro de primera persona evita esto porque la persona se asegura a sí misma y porque hace de su propio seguro privado parte del sistema. De modo que creo que podría funcionar mejor desde esta perspectiva. Además, parecería innecesario tener un sistema de culpa al existir un seguro de primera persona donde, al igual que un sistema de tercera persona, todavía es posible tenerla a pesar de que es realmente costosa.

No creo que el sistema norteamericano sea eficiente ya que el grado de seguros de primera persona que tenemos no es demasiado grande. Sólo ha sido puesto allí como resultado de una considerable demanda de la población y de la oposición de parte de los abogados, quienes no sacarían mucho dinero de esto.

En el Perú, no existe un sistema de seguro obligatorio para automóviles. Considerando la escasez de recursos de los agentes económicos, ¿puede afirmarse que un sistema de seguros obligatorio, cuyas primas reflejen el costo real de los accidentes, desincentivaría el manejo de estos vehículos?

Ello implicaría afirmar, nuevamente, que las víctimas subsidian el manejo a quienes ciertamente cuentan con más recursos. Así, en cierta forma, se estaría afirmando la necesidad de tener automóviles, dejar que las personas sean mutiladas y pagar los costos originados por quienes conducen, lo cual, no puede considerarse como justo. Significaría el subsidio del manejo de automóviles porque así se quiere, lo cual no está mal, pero por qué tienen que ser las víctimas las que paguen el subsidio. 

(1) Nota del traductor: A diferencia de la "causalidad adecuada", la causa *sine qua non* está referida a los muchos actos o actividades sin los que un determinado daño no se hubiese producido.