

# Responsabilidad Civil y Eficiencia Económica: “Matrimonio por Conveniencia”

**Alejandro Falla Jara**

Jefe de Práctica (Coordinador) del curso de  
Derechos Reales.

## INTRODUCCION

La vinculación entre el Derecho y la Economía es más real que aparente. Por mucho tiempo tanto economistas como abogados han preferido, por miedo o por simple incapacidad, ignorar las íntimas relaciones que existen entre ambas áreas. El resultado de ello ha sido siempre el mismo: cálculos inconsistentes, propuestas imposibles de implementarse, leyes que fracasan al ser aplicadas, etc.

En este artículo, intentamos lograr un acercamiento a la vinculación existente entre ambas áreas, a propósito del análisis de una de las instituciones jurídicas fundamentales para el funcionamiento adecuado de la economía: la responsabilidad civil extracontractual. Por razones de espacio hemos limitado el análisis de la institución a los aspectos que se relacionan con la eficiente asignación de los recursos, dejando de lado otros aspectos no menos importantes, como por ejemplo los que se relacionan con la distribución de los ingresos.

### 1. LOS ECONOMISTAS, LAS EXTERNALIDADES Y EL DERECHO

El interés de los economistas por el Derecho nace del estudio de los problemas denominados “efectos externos” (externalidades o efectos de rebosamiento), que han sido la fuente de numerosos cuestionamientos y críticas a la organización del mercado (ROMANI: “L’analisi economica del diritto nella prospettiva dell’economista”, p. 17).

En el modelo económico neoclásico se establece que los bienes y factores productivos tienden a encontrar por sí solos su mejor y más eficiente uso posible (eficiente asignación de los recursos) en el mercado. Al grado máximo de eficiencia que puede ser alcanzado en un mercado de competencia per-

fecta se lo denomina “óptimo de Pareto”, que no es sino la situación en la cual no es posible reasignar el uso de recurso alguno de manera que algún individuo gane sin que otro pierda.

Para que el mercado funcione adecuadamente -y logre alcanzar la eficiencia- se requiere que los precios se formen sin “ocultaciones”, reflejen rigurosamente los costes de todos los recursos escasos utilizados para producir la mercancía o el servicio; esto es, reflejen de modo exacto su costo para la sociedad, de modo que permitan que las personas efectúen (al consumir o producir) una elección informada. Un sistema de precios distorsionado -donde éstos no reflejan los costos reales de los bienes o servicios- induce a decisiones (de consumo o producción) inadecuadas, provocando una ineficiente asignación de los recursos:

*“Dado que los precios deben reflejar rigurosamente la escasez, deben cubrir los costes de todos los recursos escasos utilizados para producir una mercancía o servicio. En otro caso, si no se tiene en cuenta todos los costes o utilidades que se generan efectivamente -...-, se efectuará un consumo de aquellos que no se corresponde con las condiciones reales de escasez o abundancia del recurso y se estará impidiendo, por lo tanto, que se logre una combinación óptima, un ajuste adecuado entre oferta y demanda y, en suma, que se lleven a cabo transacciones eficientes”. (TORRES LOPEZ: “Análisis Económico del Derecho”, 34).*

En el mismo sentido, Polinsky señala:

*"...si se asigna a un artículo un precio superior a su coste de producción, ciertos individuos que valoren el artículo en más que su coste no lo comprarán, lo que es una solución ineficiente; y si se asigna a un artículo un precio inferior a su coste de producción, ciertos individuos que lo valoran en una cantidad inferior a su coste lo comprarán, lo cual también es a su vez una solución ineficiente. Sólo si el precio del artículo es igual a su coste de producción lo comprarán los que lo valoran más que su coste y no lo comprarán los que lo valoran menos. Esto es necesario para lograr un resultado eficiente". (POLINSKY: "Introducción al análisis económico del derecho", 104-105).*

En su actuación, tanto individuos como empresas, imponen a terceros una serie de efectos "no contratados": "no cabe duda de que en la conducta individual existen estos efectos externos. De hecho, en estricta lógica, hay muy pocos actos cuyas consecuencias totales recaen sobre el protagonista" (STIGLER: "La teoría de los precios", 133).

Algunas veces estos efectos son beneficiosos (externalidades positivas o economías externas), como: cuando un minero al eliminar el agua de una mina de su propiedad, deseca total o parcialmente la mina de su vecino; o cuando el propietario de una pizzería, que contrata a un grupo musical para entretener a sus clientes, procura música "gratis" a los establecimientos vecinos beneficiando a sus propietarios. Un ejemplo típico de esta clase de externalidades es la capacitación y adiestramiento de la mano de obra: la empresa que invierte en la formación de sus trabajadores, crea un beneficio a favor de las demás empresas, que contratan a algunos de estos trabajadores calificados sin haber soportado el costo de su adiestramiento.

Otras veces los efectos son perjudiciales (externalidades negativas o deseconomías externas) como cuando el propietario de un terreno que decide cultivar plantas que requieren de riego intensivo ("cultivos de inundación", arroz por ejemplo), provoca filtraciones en terrenos vecinos originando la pérdida de plantaciones, la disminución de la productividad de los terrenos o simplemente una limitación en su uso potencial; o cuando un propietario, al intensificar su extracción de agua del subsuelo, provoca la disminución del nivel de agua en los pozos de sus vecinos. La contaminación ambiental producida por las industrias constituye un ejemplo clásico: el humo emitido por las chimeneas

de las fábricas causa no sólo molestias a los vecinos sino que además deteriora su salud, aumenta sus gastos de limpieza, reduce el valor de sus propiedades, etc. Los vehículos automotores, y más precisamente el transporte motorizado, generan una serie de efectos perjudiciales a terceros -que no participan directamente de la actividad-: congestión, contaminación (aire, ruido, contaminación "visual" -depósitos de chatarra, carros abandonados-) y, por supuesto, lesiones y muertes.

Los problemas se presentan cuando los individuos o empresas, al tomar una decisión, no consideran en sus cálculos los efectos externos de su conducta o actividad: puede darse inicio a actividades que resultando beneficiosas para el sujeto, no lo sean para la sociedad o, al contrario, puede no desarrollarse actividades que desde el punto de vista social sería beneficioso desarrollar (ROMANI: Op. cit., 17-21); en otros casos, no tomar en cuenta las externalidades puede llevar a determinar un nivel de operación excesivo o insuficiente en relación al óptimo social (ROWLEY: "El mito del Coste Social", 121). El resultado es siempre el mismo: una mala asignación de los recursos (sobre inversión o consumo, o infra inversión o consumo) (MISHAN: "Los Costes del Desarrollo Económico", 53-55). Baumol describe la distorsión que se produce a nivel de la inversión:

*"Se un'impresa o un individuo dà un contributo al benessere sociale senzo riceverne alcun corrispettivo, probabilmente si impegnerà in questa attività in misura minore di quanto lo richiedano gli interessi della collettività. Se la produzione di un certo bene comporta economie esterne, accadrà facilmente che l'impresa privata produrrà una quantità minore della quantità ottimale del bene in questione.*

*(...) Analogamente, quando vi siano diseconomie esterne di produzione o di consumo, l'impresa privata probabilmente impegnerà risorse in quantità eccessive: produrrà una quantità super-ottimale, in quanto parte del costo dell'operazione grava all'esterno dell'impresa: cioè è sopportato da altri. E notoriamente raro il caso di un'impresa che si astenga dall'espandere le sue attività, perché così facendo aumenterebbe l'inquinamento dell'atmosfera o provocherebbe l'erosione del suolo o l'esaurimento di una risorsa naturale di cui non ha la proprietà*

(ad esempio i pesci nel mare).

*Riassumendo, le economie e le diseconomie esterne possono condurre ad una cattiva ripartizione delle risorse anche nel mondo della concorrenza perfetta. Le industrie, nelle quali prevalgono diseconomie esterne produrranno in eccesso, mentre si potrà avere una produzione inferiore all'ottimale per i beni la cui produzione comporta economie esterne". (BAUMOL: "Equilibrio generale ed economia del benessere", 89-90)*

En situaciones similares a las generadas por las externalidades negativas, donde los "costos sociales" -costos privados más los costos impuestos a otros individuos de la sociedad (terceras personas)- exceden a los "costos privados" -todos los costos incurridos explícita o implícitamente por individuos o empresas- (MILLER: "Microeconomía", 266), los sujetos libres para depender de su propia iniciativa, terminarán, desde el punto de vista de la sociedad, sobre-invirtiéndose o sobre-consumiendo: el precio de los bienes o servicios será demasiado bajo (en tanto no refleja sus costos totales), lo que provocará que la cantidad consumida y producida sea excesiva (MILLER: Op. cit., 561).

La presencia de efectos externos o externalidades -en tanto crea una divergencia entre los costos privados y los costos sociales, entre producto privado y producto social, que impide el correcto funcionamiento del sistema de precios- llevó en el pasado a muchos economistas a cuestionar la posibilidad de que la "libre competencia", el mercado, pueda conducir por sí solo a una eficiente asignación de los recursos; en otras palabras, puso en cuestión uno de los postulados fundamentales de la teoría económica neoclásica. (STIGLER: Op. cit., 131 y 133-135; ROMANI: Op. cit., 17; PIGOU: "Introducción a la Economía", 221-229). Luego de referirse a las externalidades, Pigou concluye:

*"...aún ignorando diferencias de riqueza y temperamento entre los individuos, y aún cuando suponemos que la competencia perfecta reina en todas partes, el libre juego del propio interés no llevará al mejor de los resultados posibles para la comunidad en su conjunto -no maximizará, como se decía antaño, la satisfacción agregada-". (PIGOU: Op. cit., 229).*

La presencia de externalidades como factor distorsionante del mercado, condujo a algunos a sugerir -idea originalmente desarrollada por Pigou en

su libro "Economía del Bienestar"- la necesidad de la intervención del Estado, quien debía corregir los "fallos del mercado", "internalizando" los costos o los beneficios por medio del mecanismo coercitivo del Derecho (impuestos, subsidios, responsabilidad civil, etc.) (CHEUNG: "El mito del Coste Social", 51-55; TORRES LOPEZ: Op. cit., 27).

Posteriormente, Ronald Coase en su trabajo "El Problema del Costo Social" replanteó el problema - "...se centra en el corazón del problema y no en uno de sus síntomas"(DAHLMAN: "Costi transativi ed esternalità", 62)-, advirtiendo que éste no se originaba propiamente en la existencia de externalidades sino en los impedimentos a la transacción, en los "costos de transacción": si los costos de transacción son nulos, la externalidad será "internalizada" a través de los intercambios que libremente efectuarán en el mercado el productor y el destinatario de la externalidad; en tal circunstancia, la intervención estatal (judicial, administrativa, etc.) no sólo es innecesaria, en tanto se produce una "solución pactada", sino además es del todo irrelevante: sea cual fuere la atribución de derechos, el mercado se encargará de "corregir" toda disposición ineficiente (BURTON: "El mito del Coste Social", 17-19).

Sin embargo, el propio Coase reconocía que tal supuesto -ausencia de costos de transacción- era irreal:

*"Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos". (COASE: Op. cit., 400).*

En tales circunstancias -donde los costos de transacción limitan la posibilidad de modificar la asignación de los derechos establecidos por la ley- "la delimitación inicial de los derechos legales tiene un efecto (fundamental) en la eficiencia con que opera el sistema económico" (COASE: Op. cit., loc. cit.), en otras palabras, la eficiencia no podrá ser alcanzada con independencia del Derecho, y su papel será tanto más importante cuanto más altos sean los costos de transacción (TORRES LOPEZ:

Op. cit., 53-55; DAHLMAN: Op. cit., 62-64):

*"Por supuesto, si las transacciones del mercado fueran gratuitas, todo lo que importaría (aparte de las cuestiones de equidad) es que los derechos de las distintas partes debieran estar bien definidos y los resultados de las acciones legales fáciles de pronosticar. Pero, como hemos visto, la situación es muy diferente cuando las transacciones de mercado son tan costosas como para hacer difícil cambiar el orden de los derechos establecidos por la ley. En tales casos, la justicia influye directamente en la actividad económica. Parecería entonces deseable que las cortes comprendieran las consecuencias económicas de sus decisiones y pudieran, en la medida en que esto sea posible, sin crear demasiada incertidumbre acerca de la posición legal en sí misma, tomar en cuenta estas consecuencias cuando adoptan sus decisiones. Aun cuando es posible cambiar la delimitación legal de los derechos a través de las transacciones de mercado, es obviamente deseable reducir las necesidades de tales transacciones y reducir así el empleo de recursos para llevarlas a cabo". (COASE: Op. cit., 402-403).*

Las implicancias de política económica de los planteamientos de Coase son evidentes: la función de la intervención pública -sistema jurídico- consiste, en primer lugar, en intentar reducir lo más posible los costos de transacción -origen de toda externalidad- y, en segundo lugar, cuando ello sea virtualmente imposible, cuando no puedan ser reducidos los costos de transacción, la función de la intervención pública consiste en decidir la cuestión (asignar los costes y los beneficios, los derechos) tal y como lo habría hecho el mercado, esto es, asignando los recursos a aquella parte en que éstos resulten más valiosos (ROMANI: Op. cit., 18; DAHLMAN: Op. cit., 64; PAZ-ARES: "La economía política como jurisprudencia racional", 619-620).

## **2. ACCIDENTES, EXTERNALIDADES Y RESPONSABILIDAD CIVIL**

Desde un punto de vista económico, el accidente genera una auténtica externalidad (TORRES LOPEZ: Op. cit., 27 y 61):

*"...el daño accidental, consecuencia de una conducta que el property right define como prohibida (...) representa un caso especial de externalidad -una interdependencia que no se ha aceptado mutua y voluntariamente- (...). Con la realización del acto dañoso, se produce inexorablemente un cambio -una relación entre el agente y la víctima- de carácter involuntario, pero un "cambio al fin y al cabo". (PAZ-ARES: Op. cit., 654-655).*

El accidente "externaliza" (hace externo) una parte del costo de la actividad que lo produce. Una adecuada "contabilidad social" exigiría que, al lado de los costos que recaen directamente sobre el agente que desarrolla una actividad se incluyan también el costo de los perjuicios irrogados a terceras personas como resultado del desarrollo de éstas, a fin de alcanzar una eficiente asignación de los recursos en el mercado:

*"Si el problema fundamental de la eficiencia económica ..., consiste en mantener intacto -sin distorsionar el mecanismo de los precios- el mercado, será necesario internalizar correctamente el coste externo del ilícito extracontractual -lo cual, normalmente consistirá en dar ejecución al cambio, para que los precios se formen sin "ocultaciones"-, computando exactamente todos los costes de la actividad (entre los que se incluyen los accidentales). Aunque en realidad, si tenemos en cuenta que el daño se produce en el ámbito de un conflicto entre dos actividades, entre la actividad de la agricultura y la actividad ferroviaria (si tomamos el ya conocido ejemplo en el que las chispas del tren incendian el trigo de la heredad colindante), podemos considerar que el coste del daño ya está (grosso modo) internalizado entre las dos partes del "contrato", faltando únicamente una imputación que sea económicamente correcta". (PAZ-ARES: Op. cit., 655).*

En la mayoría de los casos, la correcta "internalización" del costo generado por el accidente, requerido para el funcionamiento adecuado del sistema de precios, no se producirá en el mercado (acuerdos libremente adoptados entre agente y víctima del accidente) debido a la presencia de al-

los costos de transacción:

*"La externalidad, en éstos (como en los demás supuestos) se origina debido a los altísimos costes de transacción que hacen prohibitivo el contrato voluntario. Piénsese, por ejemplo, sólo en los casi imposibles costes de información que en la mayoría de los supuestos comportará saber quién será la víctima o, visto desde el otro polo, el agente del daño". (PAZ-ARES: Op. cit., loc. cit.).*

El gran número de propietarios de vehículos y peatones -que impide identificar anticipadamente al eventual "contratante"-, la imposibilidad material de reunir a todos los implicados, los problemas de evaluación de los daños, son algunos de los "costos de transacción" que hacen inviable la "solución de mercado" en el caso de los accidentes de tránsito. Problemas similares, e inclusive más complejos se presentan en el caso de los daños al medio ambiente (STIGLER: Op. cit., 138). En general, se puede decir que donde los accidentes -efectos externos negativos- afectan a un gran número de personas, la "internalización" a través del mercado se verá impedida por los altos costos de transacción (DEMSETZ: "Hacia una teoría general de los derechos de propiedad", 65).

En tales circunstancias, donde los altos costos de transacción impiden la voluntaria redistribución de los recursos, se hace necesario el establecimiento de un sistema de responsabilidad civil que determine las condiciones para que sea adecuadamente "internalizado" el coste provocado por el accidente (TORRES LOPEZ: Op. cit., 61), se hace necesario que el ordenamiento jurídico asigne los derechos -"a ser indemnizado" o "a no ser responsable"- tal y como lo habría hecho el mercado, es decir, confiriéndolos a aquella parte en cuyas manos resulten más valiosos (PAZ-ARES: Op. cit., 655-656). Desde el punto de vista de una eficiente asignación de los recursos, la directiva en lo que se refiere a la imputación de los costes del accidente, consiste en la maximización del valor, subespecie en los supuestos de responsabilidad que siempre generan desutilidad, de la minimización de la destrucción de la riqueza (PAZ-ARES: Op. cit., 656).

### **3. ACCIDENTES, EFICIENCIA Y RESPONSABILIDAD EN EL CODIGO CIVIL**

No cabe duda que la eficiencia, entendida como la óptima asignación de los recursos, constituye en nuestro caso uno de los objetivos que debe orientar la política del Estado; éste, por mandato consti-

tucional está obligado a fomentarla y exigirla de los agentes económicos: "El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo..." (art. 110 de la Constitución); "las empresas, ..., son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley" (art. 130 de la Constitución).

Anteriormente, hemos visto como la responsabilidad civil en el caso de los accidentes, puede desempeñar un papel fundamental en el logro de una eficiente asignación de los recursos. Es por ello que resulta justificado y oportuno, preguntamos por la funcionalidad de nuestras normas de responsabilidad civil extracontractual respecto del objetivo constitucional de la eficiencia: ¿su diseño responde a las exigencias de una racional utilización de los recursos?, ¿tal y como están diseñadas las normas, promueven un funcionamiento adecuado, y más precisamente, eficiente del mercado?

#### **a) Responsabilidad de la empresa**

Principal campo de aplicación de la "responsabilidad por riesgo" recogida en el artículo 1970 del Código Civil, la responsabilidad de la empresa o, en otras palabras, la responsabilidad por los daños producidos en el desarrollo de actividades de tipo empresarial (actividad que es fruto de una decisión económica y que presenta un mínimo de continuidad y/o de organización), posee características que la hacen funcional a los requerimientos de una eficiente asignación de los recursos. Son tres los aspectos que la hacen funcional a las exigencias de ésta.

Una de las principales funciones económicas desarrolladas por la responsabilidad por riesgo de la empresa es la de provocar la "internalización" de los daños que la actividad empresarial ocasiona regularmente a terceros, obligando a quien los ejecuta a tomarlos en cuenta, favoreciendo de este modo un adecuado funcionamiento del mercado y permitiendo una asignación óptima de los recursos.

Guido Calabresi, refiriéndose a la empresa y a las exigencias de una correcta asignación de los recursos, decía:

*"La correcta asignación de recursos, se opone fuertemente a la asignación, a una empresa, de costos no relacionados con ella (...). Pero además, milita en favor de asignar a una empresa todos los costos que están dentro de su ámbito. (...) El no cargar a una empresa con un costo que surja de ella, lleva a menospreciar el*

costo de producir sus bienes; el resultado es que las personas compran más de esos bienes de los que demandarían si su verdadero costo se reflejara en el precio. Por otro lado, colocar un costo no relacionado con el ámbito de la empresa sobre esa empresa, resulta en una sobrevaloración de los costos de esos bienes, y lleva a un bajo nivel de producción. De cualquier modo, el postulado de que las personas están mucho mejor si pueden elegir lo que quieren basándose en lo que cuesta a nuestra economía producirlo, se vería trasgredido". (CALABRESI: "Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extra-contractual", 71).

Al obligar a las empresas a "internalizar" todos sus costes de producción -incluido el coste de los accidentes-, se obtiene que el precio de los bienes y servicios producidos refleje íntegramente los costes, condición necesaria para un adecuado funcionamiento del mercado.

Pietro Trimarchi, refiriéndose a la justificación de la responsabilidad objetiva por el riesgo de la empresa, advertía que ésta se encuentra en su función de racionalización del mercado:

*"Come è noto, la scelta del "che cosa" e del "come" produrre vengono copiate per lo più in base a criteri economici: si produrre un certo bene, usando un certo metodo di produzione, fin tanto che il reddito lordo che ne deriva supera i costi. Si può dire, in linea di massima e per la maggior parte dei settori produttivi, che tale scelte, compiute nell'ambito delle singole imprese, hanno anche un valore sociale ove il conto dell'attivo e del passivo dell'impresa rispecchi rispettivamente il valore prodotto e il valore distrutto da essa. Ora, è chiaro che del valore distrutto dall'impresa fanno parte non solo le energie lavorative, il materiale impiegato e il logorio delle macchine, ma anche i danni che l'esercizio dell'impresa causa regolarmente a terzi. Perciò occorre concludere che, ove il sistema jurídico non attribuisca all'imprenditore il costo del rischio che egli crea, può accadere che*

*imprese marginali o settori marginali di impresa siano attivi dal punto di vista del singolo imprenditore, laddove dal punto di vista sociale siano passivi, distruggendo un valore maggiore di quello che producono, e si mantengano in vita solo in quanto una parte del loro passivo sociale, e cioè il costo del rischio da esse introdotto nella società, venga pagato dal pubblico". (TRIMARCHI: Op. cit., 34-39).*

En segundo lugar, en la perspectiva de una amplia distribución de las pérdidas -medida que minimiza el impacto económico de los accidentes, reduciendo las pérdidas ocasionadas por éstos-, la "responsabilidad de la empresa" es ideal porque conjuga dos técnicas de distribución: coloca la carga del accidente sobre el asegurador más probable, la empresa, quien a su vez se encuentra en mejor aptitud para esparcirla entre los consumidores y propietarios de los recursos, a través de los precios que cobra por los bienes que vende y los precios que paga por los recursos que compra. (CALABRESI: "El Coste...", 65-69; "Algunas reflexiones...", 73-74):

*"...en razón de su carácter de actividad organizada y su papel protagonista en el mercado, la empresa es la que mejor está en aptitud de diluir dentro del todo social las consecuencias económicas del riesgo que crea, a través de los precios y del seguro: la incidencia de los riesgos es calculable (como se calculan las malas deudas) y puede ser incorporada al costo de producción; los riesgos son asegurables; y las primas del seguro son un costo tributariamente deductible y comercialmente incorporable también al precio de los bienes o servicios que son resultado de la actividad productiva". (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 167).*

En tercer y último lugar, la responsabilidad de la empresa tiene la virtud de colocar "la incomodidad económica" en quien generalmente se encuentra en mejor condición ya sea para evitar la producción de los accidentes como para reducir su gravedad (TRAZEGNIES; Op. cit., T I, 167-168), en otras palabras, la responsabilidad de la empresa promueve la reducción del coste de los accidentes a través de su efecto "deterrence".

#### b) "Responsabilidad Vicaria"

La funcionalidad de las normas respecto de las exigencias teóricas de la eficiencia, no se agota en la norma antes citada; si realizamos una relectura de las "viejas normas" del Código Civil, a la luz de la teoría de la asignación de los recursos, descubriremos que algunas de ellas se adecúan perfectamente a las necesidades de ésta, lo que a su vez les proporciona un fundamento, una justificación, más racional al que usualmente han tenido.

Analicemos en primer lugar el caso de la responsabilidad del empleador por los daños causados por sus dependientes (art. 1981). Una correcta asignación de los recursos, requiere que se impute a los patronos o empleadores el costo de los daños ocasionados a terceros por sus sirvientes o dependientes en el curso de su empleo. Sea que de la actividad resulte o no un beneficio para el patrón, sea que se encuentre autorizada o no por el patrón, sea que el daño se produzca por negligencia o no del sirviente, todos los perjuicios causados por el dependiente que surgen del o durante el curso del empleo deberían, según esta teoría, originar la responsabilidad del empleador:

*"El costo de una actividad no es menos real porque un empleado no fue autorizado para asumirlo, o porque actuó voluntariamente. Si surgiera de una empresa debería ser tan adjudicable a esa empresa como los daños por negligencia; ambos deberían reflejarse en los precios". (CALABRESI: "Algunas reflexiones...", 91).*

El artículo 1981 del Código Civil, en la medida que hace al "principal" responsable objetivamente por los daños causados por su "servidor" -haya o no mediado culpa en éste-, responde adecuadamente a las exigencias de una óptima asignación de los recursos.

Adicionalmente, la "responsabilidad vicaria" posee la virtud de trasladar la pérdida a quien usualmente se encuentra en mejor aptitud para difundir ésta de modo tal que no se generen innecesarios costos secundarios (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 480-481; CALABRESI: "Algunas Reflexiones...", 73-84 y 90-91). Este último señala:

*"El empleador es el mejor asegurador, tanto porque es capaz de obtener un seguro a tasas más bajas como porque está más consciente del riesgo. Consecuentemente, él es el mejor y principal distribuidor del riesgo. El costo del seguro se transfiere normalmente en parte al costo de la mano de obra y de ese modo se*

*distribuye hacia atrás. En parte es distribuido hacia adelante, a los consumidores, a través de ajustes de precios y producción. El saldo, luego de un período de transición, es distribuido hacia adelante en todas las industrias salvo las monopólicas. Así, se logra una distribución muy amplia, tanto primaria como secundaria. Además, por supuesto, lo que no se distribuye puede justificarse tanto por los fundamentos del impuesto al monopolio, como por las nociones más amplias de la buena bolsa, que enfatizan la posición financiera generalmente más fuerte de los patronos frente a los trabajadores". (CALABRESI: Op. cit., 90).*

En este contexto, la responsabilidad del empleador se justifica plenamente -desde un punto de vista económico y constitucional- por la racional utilización de los recursos que genera.

Esta reformulación -"refundación"- de la "responsabilidad vicaria", en opinión de algunos podría ser objetada: la acción de repetición que ha sido concedida al empleador que asume el costo del accidente (art. 1981: "El autor directo y el autor indirecto están sujetos a la responsabilidad solidaria..."; art. 1983: "Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros...") contradice, y trae a tierra, el argumento de la asignación de los recursos.

Como diría Fernando de Trazegnies:

*"...el Derecho se supone que es un sistema razonable de regulación de conductas razonables, que persigue fines razonables y que es aplicado por personas razonables. (...) Un Sistema Jurídico compuesto por normas sin explicación, que no son consistentes entre sí y que se aplican de manera ritual con independencia de su sentido dentro del contexto, crearía simplemente un mundo de locos". (TRAZEGNIES: Op. cit., T II, 141).*

Producto de una interpretación literal y formalista, la opinión antes glosada, que pretende la existencia -en todo supuesto- de una acción de repetición a favor del empleador, engendra "un mundo de locos". Además de dar lugar a una serie de situaciones bastante curiosas y difícilmente jus-

tificables -derivadas de la aplicación del artículo 1983- (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 498), dicha interpretación desfigura totalmente el sentido de la responsabilidad del empleador, privando de toda justificación al artículo (primera parte): aquél que tenga a otro bajo sus órdenes no responde verdaderamente por los daños que causa éste último, ya que siempre puede repetir contra él (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 499). ¿Qué sentido tiene entonces el artículo 1981?, ¿qué razón existe para hacer "responsable" al empleador?

Para algunos, el artículo podría encontrar su justificación en el deseo de facilitar a la víctima el logro de una indemnización: el empleador responde por razones de garantía, sólo garantiza el pago de la indemnización. Si el único propósito de la responsabilidad civil fuera proveer una indemnización adecuada a las víctimas, no habría más que añadir; salvo que quizás hubiera sido más conveniente atribuir la responsabilidad en estos casos a un banco o a una empresa financiera. Pero a este objetivo se añaden tanto la prevención de los accidentes como la distribución de las pérdidas derivadas de los mismos, objetivos que exigen que el costo del accidente recaiga en quien se encuentra en mejor aptitud tanto para distribuir la pérdida como para prevenir los accidentes; no cabe la menor duda que el trabajador dependiente está lejos de satisfacer ambas condiciones.

La interpretación propuesta de la norma, no es compatible con todos los propósitos perseguidos por nuestro sistema de responsabilidad civil. Ensayemos brevemente una interpretación que conjuge el texto de la norma con todos -y no sólo con uno de ellos- los propósitos perseguidos por la responsabilidad civil.

Los problemas se originan al aplicar a los supuestos de "responsabilidad vicaria" las reglas contenidas en el artículo 1983, que regula las relaciones internas entre los varios responsables de un daño. Esta norma ha sido pensada en función a un sistema de responsabilidad estrictamente subjetivista, donde la culpa era el único principio atributivo de responsabilidad (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 539); de allí que no resulte asombroso que en su extensión a supuestos diversos (de responsabilidad objetiva) genere problemas y distorsiones (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 539-542). Es por esta razón que consideramos que este artículo no es de aplicación al supuesto de "responsabilidad vicaria", donde rigen exclusivamente los principios de responsabilidad objetiva.

No existiendo norma expresa que regule la relación interna entre empleador y trabajador en el caso de la "responsabilidad vicaria"-el artículo 1981 regula específicamente las relaciones entre éstos y la víctima-, el problema debe ser resuelto en fun-

ción a los principios y objetivos que orientan la responsabilidad civil en nuestro Código. De acuerdo con ellos, es posible concluir que el empleador sólo tendrá derecho a repetir contra el trabajador cuando éste haya ocasionado el perjuicio con dolo o culpa; en este caso, el traslado de la pérdida al trabajador se justifica como medida de prevención de las conductas negligentes; en este caso, el objetivo de una amplia distribución de los riesgos es sacrificado en aras de lograr una reducción en el número y la gravedad de los accidentes. Si bien de esta forma se trasgrede la coherencia teórica de una eficiente asignación de los recursos -que exigiría que el empleador siempre soporte el costo de los daños causados por sus dependientes, hayan o no actuado estos con culpa-, en la práctica se tiende a un resultado igualmente "eficiente": se traslada la pérdida a quien puede evitar el daño al menor costo, generando un incentivo para la reducción del número y gravedad de los accidentes.

De todo esto podemos deducir que, la acción de repetición con que cuenta el empleador en determinadas circunstancias, no invalida a la eficiencia en la asignación de los recursos como fundamento de la "responsabilidad vicaria".

### **c) Daños causados por las cosas inanimadas: el automóvil**

También es posible descubrir una adecuación de la norma a las exigencias teóricas de la asignación de los recursos, en los supuestos de daños causados por las cosas inanimadas: caída de edificios (art. 1980) y bienes riesgosos (art. 1970).

El automóvil, y en general el transporte motorizado ha dado lugar a un vasto cuadro de problemas que se presentan en las sociedades modernas: contaminación del medio ambiente (humo, polvo, ruido, olores), congestión y demora, decaimiento urbano y, sin lugar a dudas, un número cada vez mayor de muertos y mutilados que originan los accidentes de tránsito:

*"El sacrificio de uno o dos individuos por parte de las comunidades primitivas, con la creencia de que esto aseguraba una buena cosecha, parece humano en comparación con la decisión implícita de matar varias decenas de millares cada año con el fin de mantener el placer del automovilismo".*  
(MISHAN: Op. cit., 103).

Desde un punto de vista económico, estos problemas tienen su origen en la distorsión generada por la discrepancia entre "costo social" y "costo privado": gran parte de los costos vinculados al transporte motorizado no recaen ni son soportados di-

rectamente por los usuarios, sino que son im-  
puestos a muchas personas que no usan ni partici-  
pan directamente en el desarrollo de la actividad  
(PARRY LEWIS: "Economía Urbana", 113-125;  
THOMPSON: "Un Prefacio a la Economía Urbana",  
428; MISHAN: Op. cit., loc. cit.). Como dirían North  
y Miller:

*"...el automóvil en sí no es el culpable; si se le dejara solo, únicamente congestionaría estacionamientos. La parte culpable que crea todos estos problemas es el "propietario" del automóvil, quien soporta sólo los costos privados del manejo de su vehículo, mientras que se ríe de todos los costos sociales que se acumulan con cada kilómetro que anda en su coche". (NORTH-MILLER: Op. cit., 87).*

Dados los altos costos de transacción que rodean a muchos de los problemas generados por la circulación de los vehículos -piénsese en las dificultades inherentes a una transacción entre los conductores y las potenciales víctimas de un accidente-, la intervención del Estado, a través del Derecho, se hace necesaria:

*"Debido a que el marco institucional se halla retrasado en muchos aspectos esenciales con respecto a los acontecimientos económicos, se hallan bajo la ilusión de que han elegido libremente el automóvil privado como vehículo del futuro. (...) Sin embargo, lo que en realidad está clamando por su modernización no es la tecnología, sino el marco institucional de la economía. Hasta que logremos modernizar este marco institucional seguiremos encontrando dificultades para introducir, en los términos de la elección a la que deben enfrentarse los individuos, diversos costes sociales que escapan a una contabilización tradicional. Dentro de un marco institucional que, entre otros efectos, posee el de obligar a los automovilistas a cargar con la totalidad de los costes sociales, incluyendo los pagos compensatorios por reducir la comodidad de los demás, el problema del tráfico se solucionaría por sí mismo". (MISHAN: Op. cit., 105).*

Dentro de esta óptica, podemos decir que el artículo 1970 del Código Civil, que establece la responsabilidad objetiva del propietario del vehículo (bien riesgoso o peligroso) por los daños irrogados a terceros, se adecúa perfectamente a las exigencias de una óptima asignación de los recursos, pues obliga a los automovilistas a tomar en cuenta, a internalizar, el coste de los accidentes vinculados al desarrollo de su actividad.

Una situación similar -guardando las distancias- se presenta en el segundo de los casos citados (daños ocasionados por la caída de edificios). El artículo 1980 del Código Civil, al haber establecido la responsabilidad objetiva del propietario del edificio, favorece la "internalización" de algunos de los costos vinculados con la propiedad de edificios -en este caso, los daños que su caída ocasionan a terceros-, solución del todo funcional a los requerimientos de la teoría de la asignación de los recursos.

Adicionalmente, en ambos casos -bienes riesgosos (art. 1970) y caída de edificios (art. 1980)-, se ha imputado la pérdida al sujeto que usualmente se encuentra en mejor aptitud para contratar un seguro: el propietario del bien -quien está en condiciones de asegurarse a un menor costo, y cuenta con mayor acceso a información referida al riesgo y a los eventuales daños que se derivan de la utilización de dichos bienes-. De este modo, se alcanza cierto grado de fraccionamiento de la pérdida, evitándose los nefastos resultados de su concentración -"en el seguro privado concurren normalmente, un fraccionamiento temporal de los daños, un limitado fraccionamiento personal de los mismos o comunidad de riesgos y un cierto grado de concentración de pérdidas conforme a la probabilidad de los siniestros"(CALABRESI: "El Coste...", 62)-. Trazegnies, refiriéndose al primero de los supuestos, señala:

*"Desde la perspectiva de la difusión del peso económico del daño ..., esta última interpretación que responsabiliza al propietario sería interesante (...).*

Decimos que la interpretación es interesante porque usualmente es el propietario quien se encuentra en mejor aptitud para utilizar ese mecanismo difusor que es el seguro". (TRAZEGNIES: Op. cit., T I, 459).

En lo que se refiere a la eficiente utilización de los recursos que las normas promueven, el panorama quedaría incompleto si dejáramos de mencionar la función de prevención que desarrollan ambas modalidades de responsabilidad: en ambos supuestos se ha trasladado la pérdida a quien usualmente se encuentra en mejor condición para evitar

la producción de los accidentes, el propietario del bien, generando en éste un incentivo económico para la adopción de las medidas necesarias que tiendan a reducir su frecuencia o gravedad.

#### 4. EL FRACASO SOCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA EFICIENTE UTILIZACION DE LOS RECURSOS

"Del dicho al hecho, hay mucho trecho", dice un conocido refrán popular, inspirado tal vez en la realidad del Derecho en nuestro país. Luego de hacer una breve revisión de algunas de las normas contenidas en el Código Civil y de reconocer sus teóricos efectos positivos en términos de asignación de los recursos, es momento de preguntarnos por lo que efectivamente está sucediendo en la práctica con nuestro sistema de responsabilidad civil, por la eficiencia efectivamente promovida por el sistema.

Procedimientos judiciales largos y caros, así como "indemnizaciones" por sumas irrisorias -que en ocasiones, en procedimientos en los que se pretendía una indemnización por los daños derivados de pérdida de una vida humana, han llegado a ser inferiores a 10 dólares-, han generado una situación en la cual "nadie paga el costo de los accidentes que causa" y en donde son las víctimas quienes soportan íntegramente el costo de los accidentes.

En términos económicos, la situación generada por el fracaso del sistema de responsabilidad civil en nuestro país resulta del todo ineficiente. Son varios los aspectos que conducen a un desperdicio de recursos o a una mala asignación de éstos. En primer lugar, se desperdicia gran cantidad de recursos públicos y privados en la administración del sistema de responsabilidad civil (costos administrativos), que bien podrían emplearse de forma productiva -salvo que se admita como justificación para este desperdicio la necesidad de que existan suficientes juicios como para dar de comer a algunos abogados litigantes, jueces y agentes de seguros, como ha sugerido Guido Calabresi-. En segundo lugar, en una situación como la que existe actualmente en el país, no se induce a los sujetos a poner en práctica medidas idóneas dirigidas a reducir el número y gravedad de los accidentes; en otras palabras, no se incentiva la reducción futura del coste de los accidentes. En tercer lugar, se incrementa innecesariamente el costo social de los accidentes, al concentrar injustificadamente las pérdidas derivadas de los mismos en las víctimas. En cuarto lugar, se distorsiona totalmente el sistema de precios -en tanto que en dicho contexto, el precio de los bienes y servicios no refleja el costo de los accidentes que su producción involucra, costo que permanece oculto e ignorado tanto por su productor como por el consumidor-, falseando el mercado y dando lugar a decisiones (de producción y

consumo) ineficientes.

No es éste ni el lugar ni la ocasión adecuada para efectuar un análisis de los factores que han conducido al fracaso de la responsabilidad civil en nuestro país. Basta aquí señalar que si bien se vincula con la existencia de una "administración judicial ineficiente"-desconocimiento total de los efectos de la inflación sobre los procedimientos, generalizada tendencia a subvalorar los daños, etc.-, el fracaso, es sobre todo producto de los altos "costos administrativos" propios de la actual configuración y estructura del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

#### CONCLUSION

Vivimos en un mundo de recursos limitados. Desperdiciar los escasos recursos que tenemos no sólo es irracional sino además, como señalaba un conocido autor, "injusto". Las instituciones jurídicas pueden y deben ser diseñadas y puestas en operación de modo que sirvan al logro de una eficiente asignación de los recursos -lo que no implica necesariamente que éste deba ser el único objetivo a tomar en cuenta-. Mientras que abogados y economistas no seamos conscientes de la conveniencia de ello, no será posible un adecuado desarrollo económico.

#### Bibliografía

ALPA, Guido y BESSONE, Mario: "*La Responsabilità Civile. Illecito per colpa. Rischio d'impresa. Assicurazione*". Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1976. 486 pag.

ALPA, Guido, PULITINI, Francesco, RODOTA, Stefano y ROMANI, Franco: "*Interpretazione giuriduca e analisi economica*". Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1982. 655 pag.

BAUMOL, William: "*Equilibrio generale de economia del benessere*". En: "*Interpretazione giuridica e analisi economica*". pag. 74-101.

BREIT, William y HOCHMAN, Harold: "*Microeconomía*". México, Interamericana S.A., 1973. Segunda edición. 459 pag.

CALABRESI, Guido: "*El Coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*". Barcelona, Ariel S.A., 1984. 349 pag.

CALABRESI, Guido: "*Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual*". En "*Ius Et Veritas*", revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año II, No. 3, noviembre 1991. pag. 61-97.

COASE, Ronald: *"El problema del costo social"*. En: BREIT-HOCHMAN: *"Microeconomía"*. pag. 392-417.

COMPORTI, Marco y SCALFI, Guianguido: *"Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria"*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. 144 pag.

CUANTO: *"El Perú en Números"*. 1992.

CHEUNG, Steven, BURTON, John y ROWLEY, Charles: *"El mito del Coste Social. Crítica de la Economía del Bienestar y de sus implicaciones políticas"*. Madrid, Unión Editorial S.A., 1980. 132 pag.

DAHLMAN, C. J.: *"Costi transativi ed esternalità"*. En: *"Interpretazione giurídica e analisi economica"*, pag. 53-65.

DEMSETZ, Harold: *"Hacia una teoría general de los derechos de propiedad"*. En: *Información Comercial española*, No. 557, enero de 1980, pag. 59 y sgts.

MILLER, Roger Le Roy: *"Microeconomía"*. Bogotá, Ed. Mc Graw-Hill Latinoamericana S.A., 1980. 610 pag.

MISHAN, E. J.: *"Los costes del desarrollo económico"*. Barcelona, Oikos-Tau Ediciones, 1971. 250 pag.

NORTH, Douglass y MILLER, Roger Le Roy: *"Análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etcétera"*. México, Fondo de Cultura Económica, 1976. 184 pag.

PARRY LEWIS, J.: *"Economía Urbana. Diferentes enfoques"*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984. 245 pag.

PAZ-ARES, Cándido: *"La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría"*

*económica del derecho"*. En: *Anuario de Derecho Civil*, 1981. pag. 601-707.

PIGOU, Arthur C.: *"Introducción a la Economía"*. Barcelona, Ariel S.A., 1974.

PIGOU, Arthur C.: *"La Economía del Bienestar"*. Madrid, M. Aguilar, 1946. 720 pag.

POLINSKY, Mitchell: *"Introducción al análisis económico del Derecho"*. Barcelona, Ariel S.A., 1985. 149 pag.

ROMANI, Franco: *"L'analisi economica del diritto nella prospettiva dell'economista"*. En *"Interpretazione Giurídica e Analisi Economica"*, pag. 16-20.

STIGLER, George: *"La teoría de los precios"*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1968. 441 pag.

THOMPSON, Wilbur: *"Un prefacio a la Economía Urbana"*. Barcelona, Ed. Gustavo Gili S.A., 1971. 521 pag.

TORRES LOPEZ, Juan: *"Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal"*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1987. 108 pag.

TRAZEGNIES, Fernando de: *"La responsabilidad extracontractual"*. Biblioteca "Para leer el Código Civil". Vol. IV, 2 tomos. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, 1988.

TRIMARCHI, Pietro: *"Rischio e Responsabilità Oggettiva"*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1961. 379 pag.

TRIMARCHI, Pietro: *"Istituzioni di Diritto Privato"*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1977. Tercera edición. 943 pag.

TRIMARCHI, Pietro: *"La responsabilidad del fabricante"*. En: *"Responsabilità Civile e assicurazione obbligatoria"*. pag. 44-58.