

Alegato en contra de la unificación de los regímenes de responsabilidad civil



FREDDY ESCOBAR ROZAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho (LL.M.) por Harvard Law School.
Profesor de Análisis Económico del Derecho, Contratos, Mercado e Instituciones Legales y Teoría Legal Contemporánea en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados (Maestrías de Banca y Finanzas y de Derecho Civil) de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LUIS MIGUEL VELARDE SAFFER

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derechos Reales y Profesor Adjunto de Contratos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. ¿Por qué deberíamos unificar los regímenes de responsabilidad civil?
- III. ¿Cuál es el problema con el razonamiento de los defensores de la unificación?
 1. Premisas falsas, consecuencias absurdas;
 2. Dilemas innecesarios.
- IV. Argumentos para mantener la separación de los regímenes de responsabilidad civil:
 1. Más bien, menos mal (más contratos, menos accidentes);
 2. Un mundo infeliz:
 - 2.1. Disminución de contratos;
 - 2.2. Incremento de accidentes.
- V. ¿Por qué debemos mantener la separación de los regímenes de responsabilidad civil?
- VI. Conclusiones.

"The law cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics".

OLIVER WENDELL HOLMES (1881)

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil (monetaria) determina que ciertas personas asuman las pérdidas sufridas por otras. Los sistemas legales justifican el traslado de las pérdidas individuales y grupales con diversas razones de índole moral y económica¹. Todas esas razones abogan por respuestas legales diferenciadas, de modo que el referido traslado de pérdidas tenga un alcance en materia contractual (promesas) y otro distinto en materia extracontractual (accidentes). En efecto, la falta de entrega del automóvil prometido no puede merecer la misma respuesta legal que la muerte o la lesión causada por un accidente de tránsito. Si ambos hechos generasen el mismo tipo de indemnización, entonces se produciría alguno de estos efectos: (a) se incrementarían los precios de los automóviles, en caso la unificación se dirija hacia la "zona extracontractual"; o, (b) se incrementarían las muertes y las lesiones por

accidentes de tránsito, en caso la unificación se dirija hacia la "zona contractual"². Evidentemente ninguno de esos efectos sería moral y económicamente aceptable dado que el alza del precio de los automóviles incrementaría la demanda insatisfecha y, por ende, disminuiría las posibilidades de alcanzar ciertos niveles de bienestar individual y social; mientras que el incremento de las muertes y de las lesiones por accidentes de tránsito generaría mayor dolor y sufrimiento, así como pérdidas económicas derivadas de la disminución de la productividad social.

Cierta literatura legal³, basada en la creencia de que el Derecho ha de ser estudiado y estructurado a imagen de las ciencias naturales⁴, aboga por la unificación de los regímenes de responsabilidad civil. En las páginas que siguen explicamos por qué la referida unificación no tiene sentido alguno.

II. ¿POR QUÉ DEBERÍAMOS UNIFICAR LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL?

Existe una desafortunada tendencia que considera que la función del Derecho no es resolver

1 En términos generales, la responsabilidad civil puede ser justificada en cualquiera de las siguientes razones: (a) necesidad de restaurar situaciones injustamente alteradas ("justicia correctiva"); (b) necesidad de castigar comportamientos que generan lesiones injustas ("justicia retributiva"); (c) necesidad de desincentivar actividades socialmente nocivas; (d) necesidad de difundir el riesgo de actividades socialmente valiosas; y, (e) necesidad de reparar situaciones injustas. Ver: COLEMAN, Jules. *Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits: Part I*. En: *Law and Philosophy*, Volumen 1, Número 3, p. 372 y ss; GOLDBERG, John C.P. *Twentieth Century Tort Theory*. En: *Georgetown Law Journal*, Volumen 91, p. 514 y ss; MARKEL, Dan. *Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction*. En: *Cornell Law Review*, Volumen 94, p. 242 y ss.

2 La "zona extracontractual" se caracteriza por no limitar el alcance de la indemnización.

3 La "zona contractual" se caracteriza por limitar el alcance de la indemnización a ciertos daños (fundamentalmente, a los previsibles).

4 LÓPEZ CABANA, Roberto. *La Unificación de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual y su concreción en el Proyecto de Código Civil Argentino*. En: *El Código Civil del Siglo XXI*, Editorial del Congreso de la República, Tomo II, Tera edición, Lima, 2000, p. 1409; SEMINARIO, Eduardo. *Responsabilidad Civil. Breves Comentarios Acerca de la Propuesta de Enmienda*. En: *Código Civil Peruano. Balances y Perspectivas*, Tomo II, Universidad de Lima, 1ra edición, Lima, 1995, p. 333; DE ÁNGEL, Ricardo. *Reflexiones sobre la Propuesta de Enmienda de la Comisión de Responsabilidad Civil*. En: *Código Civil Peruano. Balances y Perspectivas*, Tomo II, Universidad de Lima, Tera edición, Lima, 1995, p. 358; BUERES, Alberto J. *Derecho de Daños. Hammurabi*, 1ra edición, Buenos Aires, 2001, p. 445 y ss.; ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Gaceta Jurídica, 2da edición, Lima, 2003, p. 40 y ss.

5 Esta tendencia se origina en la obra de Gottfried Wilhelm Leibniz, que por primera vez aplicó el modelo geométrico para estructurar el sistema normativo legal. Siglos más tarde, ese modelo fue perfeccionado por los representantes de la escuela pandectista alemana. Ver: BERKOWITZ, Roger. *The Gift of Science, Leibniz and the Modern Legal Tradition*. Harvard University Press, 1ra edición, Cambridge - London, 2005, p. 17 y ss.

de la mejor manera posible las inevitables interferencias que producen las actividades de las personas⁶, sino simplemente crear un conjunto de preceptos armoniosos entre sí por obra de la lógica formal. A esa tendencia se le suma otra, igualmente desafortunada, que considera que la argumentación legal supone, en lugar de sopesar los distintos intereses individuales y grupales en juego, construir argumentos circulares basados en premisas cuya bondad no se discute⁷. De las entrañas de ambas tendencias nacen dos argumentos que abogan por la unificación de los regímenes de responsabilidad civil.

El primer argumento se basa en la premisa de que las funciones de la responsabilidad civil son las mismas tanto en materia contractual como en materia extracontractual, en la medida en que dicha responsabilidad sería un elemento complementario tanto a la obligación de ejecutar las prestaciones contractuales como al deber general de no causar daños. De la creencia de la existencia de unicidad de funciones de la responsabilidad civil se deriva la conclusión de que la indemnización contractual y la indemnización extracontractual han de tener el mismo alcance⁸. Veamos, en palabras de Fernández Cruz, cómo se desarrolla el argumento:

"[...] en un anterior trabajo hemos sustentado nuestra posición sobre la unificación de los sistemas de responsabilidad civil, sobre la base de reconocerle a la responsabilidad civil toda, funciones comunes. Pero estas funciones, comunes por encima de cualquier diferenciación de sistemas, reposarían siempre en un argumento sostenido hoy en la doctrina contemporánea como fundamental para negar la existencia «per se» de sistemas de responsabilidad: la concepción de la responsabilidad como noción complementaria de una mayor denominada obligación, entendida ésta como estructura compleja, caracterizada por la existencia de una serie de deberes accesorios, coordinados al deber central [...]"⁹

"Si, en cambio, inicialmente se debía realizar una conducta no patrimonial (cumplimiento del deber jurídico general de no causar daño a nadie), el incumplimiento de este deber por un sujeto específico, determina que éste deba realizar una conducta esta vez de contenido patrimonial, determinado por el costo económico del daño que debe indemnizar (...) Visto pues, desde la óptica del deudor, lo anteriormente dicho significa que su inicial

6 El sistema legal no puede impedir que las interferencias diarias produzcan tragedias, ni puede eliminar sus consecuencias. Si una persona ocasiona un accidente y por efecto del mismo otra persona pierde la vida, la respuesta del sistema legal, sea cual sea, dejará dolor. Si el causante es enviado a prisión y condenado a pagar una indemnización, la familia de la víctima mitigará su dolor; pero el causante y su familia empezarán a padecer el propio. Si, por el contrario, el causante permanece impune, él y su familia podrán sentir alivio; pero la familia del causante exacerbará el suyo. Un buen sistema legal es aquel que, dentro de las enormes limitaciones que existen para enfrentar las consecuencias de los accidentes, simplemente trata de mitigar del mejor modo posible las tragedias.

7 El siguiente texto es un ejemplo representativo de esta tendencia: "[...] poco de examinar la distinción [si se quiere, de fondo] entre ambos tipos de responsabilidad, observo que es artificiosa y confusa, por cuanto, como bien se señala, 'el deber genérico del *neminem laedere* probablemente es un modo de espejismo que, por mucho tiempo, ha ilusionado y continúa ilusionando a los juristas. Este deber genérico no es, en realidad, más que la síntesis de todos los deberes específicos impuestos a cada uno con respecto a los demás sujetos. El *aliquem laedere* es paralizado por el *sui iure uti* en la fórmula elemental: *qui iure suo utitur neminem laedit*. Y el deber genérico de usar el propio derecho, *valere docet*, de no actuar más allá del propio derecho, es una fórmula vana en tanto no se determine cuál sea el propio derecho y cuál sea el derecho ajeno. Por consiguiente, no se puede decidir que un acto *aliquem laedit*, si no se establece que quién lo cumple. Lo hace *iure suo non utitur*, y no se puede establecer esto sin establecer si se tiene o no, una obligación de abstención." Ver: ESPINOZA, Juan, *Op. Cit.* pp. 47 - 48. ¿Tiene esto algún sentido?

8 En tal sentido: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Los Supuestos Dogmáticos de la Responsabilidad Contractual: la División de Sistemas y la Previsibilidad. En: *Derecho Civil Patrimonial*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ra edición, Lima, 1997, p. 263.

9 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *Op. Cit.* pp. 262 y 263.

Deber Jurídico General No Patrimonial, se transforma en una Obligación, dada precisamente la patrimonialidad que representa para el deudor la prestación indemnizatoria que está llamado a realizar para satisfacer el interés lesionado del acreedor.¹⁰

El segundo argumento se basa en la idea de que la división de estos regímenes es injusta, pues mientras uno de ellos cubre de manera limitada los daños indemnizables, el otro lo hace de manera ilimitada, lo que resultaría injusto para las víctimas de los mismos daños. Veamos, otra vez en palabras de Fernández Cruz, cómo se desarrolla el argumento:

"Nunca hemos encontrado justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos. Si de un accidente automovilístico (...) sale expedido un pasajero del vehículo que lo transporta u otro sujeto, que espera el vehículo para abordarlo, es arrollado por el mismo, sufriendo ambos tipos de lesiones iguales, no vemos razón alguna que justifique en un caso limitar el resarcimiento a los daños directos, inmediatos y previsibles (...)."¹¹

III. ¿CUÁL ES EL PROBLEMA CON EL RAZONAMIENTO DE LOS DEFENSORES DE LA UNIFICACIÓN?

1. Premisas falsas, consecuencias absurdas

El primer argumento a favor de la unificación de los regímenes de responsabilidad civil es erróneo por varias razones.

En primer lugar, no es verdad que la responsabilidad civil tenga "funciones comunes". En efecto, si se presta atención a lo que las leyes establecen, se notará que la responsabilidad civil es empleada para satisfacer diversas finalidades que a veces se complementan y a veces se oponen. Así pues, el legislador -de manera consciente o inconsciente- emplea la responsabilidad civil para satisfacer una exigencia basada en la idea de justicia correctiva (restauración de situaciones injustamente alteradas), para desincentivar conductas especialmente nocivas, para distribuir el riesgo de actividades socialmente valiosas o para alcanzar otras finalidades. Si la responsabilidad civil no tuviera funciones diversas y opuestas¹², sería imposible explicar (a) por qué razón las indemnizaciones son a veces compensatorias, a veces sub-compensatorias y a veces súper-compensatorias¹³; (b) por qué razón las indemnizaciones cubren daños inconmensurables (dolor, sufrimiento,

10 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit., p. 265.

11 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Op. Cit. pp. 262 y 263.

12 Si uno toma en consideración la necesidad de desincentivar conductas especialmente nocivas con baja probabilidad de detección, la aplicación de indemnizaciones súper-compensatorias constituye la vía apropiada para lograr tal fin, de otro modo, el efecto desincentivador no se logra. Ver: POLINSKI, Mitchell y Steven SHAVELL. Punitive Damages: An Economic Analysis. En: Harvard Law Review, Volumen 111, Número 4, p. 870 y ss. No obstante, si uno introduce la variable de la justicia correctiva (que exige correlatividad entre la lesión y el remedio), la aplicación de indemnizaciones súper-compensatorias resulta votada. Ver: WEINRIE, Ernest J. Restitutionary Damages as Corrective Justice. En: Theoretical Inquiries in Law, Volumen 1, Número 1, p. 2 y ss.; SUNSTEIN, Cass, David SCHKADE y Daniel KAHNEMAN. Do People Want Optimal Deterrence. En: The Journal of Legal Studies, Número 29, p. 237 y ss. Por consiguiente, no es posible que la indemnización satisfaga al mismo tiempo diversas funciones.

13 Las indemnizaciones son compensatorias cuando representan el monto del daño efectivamente ocasionado, son sub-compensatorias cuando representan un monto menor al del daño efectivamente causado y son súper-compensatorias cuando representan un monto mayor al del daño efectivamente causado. La indemnización por despido arbitrario (Artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) puede ser compensatoria, sub-compensatoria o súper-compensatoria dependiendo de (a) si el trabajador despedido encuentra un empleo sustituto; (b) en qué momento lo encuentra; y, (c) bajo qué condiciones remunerativas. La devo-

etc.)¹⁴ o daños que ni han sido provocados por los responsables ni han sido infringidos a los receptores del pago monetario (reparaciones por desapariciones forzadas, por injusticias históricas, etc.)¹⁵; o, (c) por qué razón la ley obliga a los incapaces a pagar indemnizaciones en nombre de la "equidad".¹⁶

En segundo lugar, no es verdad que la responsabilidad sea complementaria al deber o a la obligación: la existencia de supuestos en los que se presenta una disociación entre deuda y responsabilidad (p.e. garantía en respaldo del cumplimiento de una obligación ajena) así lo prueba.¹⁷

En tercer lugar, no es verdad, por lo menos para el caso peruano, que exista un deber general de no causar daño a los demás¹⁸. En efecto, si bien los artículos 1969 y 1970 del Código Civil establecen que quien causa un daño a otro debe pagar una indemnización, el artículo 1971 de dicho código establece que quien causa un daño a otro no debe pagar indemnización alguna si es que actúa en ejercicio regular de un derecho, en legítima defensa o en estado de necesidad.

¿Por qué se infiere la existencia de un deber general de no causar daño del contenido de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil? ¿Por

lución de las ganancias obtenidas en contravención del deber de no emplear información privilegiada (Artículo 44 del Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores) también puede ser compensatoria, sub-compensatoria o súper-compensatoria dependiendo de cuál haya sido el daño ocasionado al emisor o al patrimonio administrado por sociedades administradoras de fondos mutuos o fondos de inversión. El empleo de indemnizaciones compensatorias, sub-compensatorias y súper-compensatorias es ancestral: las reglas 235, 95, 265 y 202 del Código de Hammurabi así lo prueban.

- 14 "At least in the context of damages for personal injury, compensation is a contested concept. Noncommodified conceptions are committed to incommensurability. Commodified conceptions are committed to commensurability. These conflicting conceptions coexist within our legal practice and discourse. Once we recognize the conflict, we can gain better insight into the debate about compensation for pain and suffering. We can also understand the importance of incommensurability for thinking about corrective justice (...)." Ver: RADIN, Margaret. *Compensation and Commensurability*. En: *Duke Law Journal*, Número 56, p. 86.
- 15 "First, whereas an ordinary legal remedy typically effects a transfer from an identified individual wrongdoer to an identified individual victim of the wrong, we will say that a reparations scheme typically relaxes one condition or the other, or both. A reparations scheme might, for example, effect a transfer from taxpayers to identified individual victims, as in the case of Japanese American reparations. It might effect a transfer from identified wrongdoers to a group or institution that serves as a stand-in for deceased or unidentifiable victims, as when compensatory payments are made to Jewish charities or the State of Israel as representatives of deceased victims of the Holocaust. It might even relax both constraints, as in proposals for living taxpayers to pay money to living African American based on the harms inflicted by dead people (...). Second, we will say that reparations scheme are justified on the basis of backward-looking reasons – remediation of, or compensation for, past injustices – rather than on the basis of forward-looking reasons – increasing utility, deterring future wrongdoing, or promoting distributive justice." Ver: POSNER, Eric y ADRIAN VERMEULE. *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices*. En: *Columbia Law Review*, Volumen 110, pp. 691 y 692.
- 16 En nuestro régimen extracontractual, los incapaces sin discernimiento son obligados a pagar una "indemnización equitativa" a la víctima en caso que esta última no haya podido obtener una reparación del representante legal de dichos incapaces.
- 17 Sobre cómo el débito y la responsabilidad no son necesariamente complementarios, ver: ESCOBAR, Freddy. *El Débito y la Responsabilidad en la Estructura de la Obligación: Historia de una Confusión*. En: *Derecho & Sociedad*, Número 15, p. 119 y ss.
- 18 El Derecho romano no conoció un principio general de resarcir los daños causados a los demás. En efecto, las acciones por responsabilidad extracontractual solo procedían cuando los daños obedecían a las tipificaciones de *injuria, furtum y lex Aquilia*. El principio en cuestión fue obra de los naturalistas de los siglos XVI y XVII; en especial, de Grotius y de Domat. La influencia de estos pensadores se trasladó pronto al plano positivo. Así, la Ley General de Tierra de Prusia y el Código Civil General de Austria adoptaron reglas que establecían que aquel que causaba un daño a otro por dolo o culpa, tenía que pagar a este último una indemnización compensatoria. El R.G.B., sin embargo, mantuvo la tendencia romana, rechazando de modo consciente la existencia de un principio general de resarcir los daños causados a los demás y, en consecuencia, otorgando pretensiones indemnitorias solo a quienes sufran cierto tipo de daños. Los sistemas basados en el *Common Law* también mantuvieron la tendencia romana de

qué no se infiere más bien un derecho general a causar daños del contenido del artículo 1971 del Código Civil?

Como es evidente, el contenido de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil (existe responsabilidad) se opone al contenido del artículo 1971 de dicho código (no existe responsabilidad). Desde una perspectiva lógica, no existe razón alguna para preferir el contenido de los dos primeros artículos frente al contenido del tercer artículo. En consecuencia, no es lógicamente admisible inferir la existencia de un deber general de no causar daños.

Si prescindimos de la lógica y prestamos atención a lo que ocurre en la vida diaria, concluimos que si tenemos que emplear la dicotomía "regla-excepción", la regla está constituida por el derecho a dañar y la excepción por el deber de no causar daños.

En efecto, todos los días realizamos actos que imponen costos a los demás, que privan de oportunidades a los demás, que interfieren con las actividades de los demás. Cuando manejamos nuestros automóviles y congestionamos las vías, imponemos costos a quienes quieren desplazarse por la ciudad. Cuando ganamos un concurso para asesorar a un cliente, privamos de oportunidades provechosas a nuestros competidores. Cuando decidimos dejar de arriesgar nuestro capital y liquidar un negocio, afectamos de una u otra forma el modo de vida de nuestros proveedores, trabajadores y clientes. No obstante ello, no somos legalmente responsables por todos estos daños.

Como indica Mackie:

"La conclusión general que debe subrayarse, sin embargo, es la de que no necesitamos un principio de no interferencia supues-

tamente autoevidente, sino principios de interferencia legítima (...). Las libertades entran en conflicto unas con otras, y casi cualquier política puede caracterizarse como defensa, directa o indirecta, de algún tipo de libertad. Lo que necesitamos, por tanto, no es una defensa general de la libertad, sino una asignación de libertad entre demandas rivales concretas."¹⁹

Imaginemos, sin embargo, que sí existe un deber general de no causar daño a los demás y que ese deber constituye la regla general. ¿Sería esto suficiente para concluir que la indemnización contractual y la indemnización extracontractual han de tener los mismos alcances? ¿En absoluto!

Como veremos más adelante, existen razones económicas y morales para mantener la separación de regímenes, sobre todo en lo concerniente al alcance de las indemnizaciones.

2. Dilemas innecesarios

Cuando un Estado desea tratar de evitar que se produzcan ciertos daños, aquél puede emplear un esquema de regulación *ex ante* o un esquema de regulación *ex post*. El primero supone actuar antes de que el daño se presente, mientras que el segundo supone actuar después de que el daño se presente. El primero obliga a ciertas agencias del Estado a realizar un conjunto de actividades de control antes de que se realice la actividad. El segundo obliga a las cortes del Estado a determinar si las pérdidas deben ser internalizadas por un sujeto distinto de la víctima, a través del pago de una indemnización.

La decisión de cuándo emplear uno u otro esquema depende de una serie de variables. Por ejemplo, si se toma en consideración la variable del costo, tiene sentido emplear el sistema *ex post*, pues mientras el sistema *ex ante* deman-

reconocer derechos indemnizatorios solo en ciertos casos. Ver: ZWEIGERT, Horrad y KÖTZ, Heinz. *Comparative Law*; Clarendon Press, 3era edición, Oxford, 1998, p. 597 y 598. Si el principio general de resarcir los daños causados a los demás no es pacíficamente aceptado en Derecho comparado, ¿cu será la idea de que existe un deber general de no causar daños a los demás?

19 MACKIE, John L. *Ética*. Gedisa Editorial, traducción de Tomás Fernández, 1era edición, Barcelona, 2000, p. 207.

da la intervención estatal respecto de todo el universo de actividades sujeto a la regla, el sistema *ex post* demanda la intervención estatal solo respecto de una parte de dicho universo: aquella en la que se ha producido un daño. En cambio, si se toma en consideración la variable de la internalización efectiva de las pérdidas, entonces tiene sentido emplear un sistema *ex ante*, pues mientras el sistema *ex post* presenta fallas cuando el causante (o responsable) del daño no tiene patrimonio suficiente para pagar la indemnización, el sistema *ex ante* no presenta tales fallas en tanto impide la realización de la actividad cuando el titular no cuenta, entre otras cosas, con patrimonio suficiente para internalizar las pérdidas que ocasione²⁰.

En la vida real, los sistemas *ex ante* y *ex post* operan a veces de modo separado y a veces de modo complementario²¹. Esto último ocurre cuando el objeto de regulación está constituido por actividades especialmente peligrosas.

Como es evidente, la responsabilidad civil pertenece al mundo de regulación *ex post*. Esto no significa, sin embargo, que dicha responsabilidad tenga monopolio sobre alguna actividad especialmente peligrosa. Si es que nos parece injusto que el pasajero y el transeúnte reciban

indemnizaciones distintas por el mismo daño, entonces podemos sujetar a la actividad de transporte público a un régimen regulatorio *ex ante* que contemple, además de controles que reduzcan la posibilidad de que se produzcan accidentes, derechos similares, garantizados por seguros obligatorios, para todas las víctimas de los accidentes causados por el conductor del vehículo.

El hecho que exista una situación particular que reclame un trato similar para las víctimas de un daño específico no justifica, pues, que la separación de regímenes de responsabilidad deba cesar.

IV. ARGUMENTOS PARA MANTENER LA SEPARACIÓN DE LOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Más bien, menos mal (más contratos, menos accidentes)

Los contratos son valiosos por muchas razones. En efecto, en primer lugar, los contratos afirman la dignidad del ser humano²², al dotar de efectos legales a las decisiones que los individuos toman sobre sus bienes y sus acciones futuras²³. En segundo lugar, los contratos

20 SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, 1era edición, Cambridge – London, 2004, p. 285 y ss; KERN, Christoph. *Private Law Enforcement versus Public Law Enforcement*. En: *Zeitschrift für Zivilprozess International*, Número 12, pp. 357 y 358.

21 De igual modo, las reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad suelen operar de modo complementario. Así, por ejemplo, en diversas industrias reguladas, los agentes están autorizados a operar y a causar daños hasta cierto nivel con la condición de que los remedien (regla de responsabilidad). Si esos agentes ocasionan daños por encima del nivel autorizado, la agencia reguladora impide que la actividad continúe (regla de propiedad). Ver: LEVMORE, Saul. *Unifying Remedies: Property Rules, Liability Rules and Stairing Rules*. En: *The Yale Law Journal*, Volumen 106, p. 2149 y ss.

22 Los seres humanos tenemos concepciones diferentes acerca de lo que es bueno o malo para nosotros mismos y, en consecuencia, acerca de lo que constituye el fin último de nuestras vidas. En una sociedad libre, la dignidad individual preserva la capacidad de elegir, entre diversas concepciones en competencia, el fin último de la existencia personal. Los contratos permiten que las personas adquieran los recursos que necesitan para intentar alcanzar sus propias metas y, por tanto, para materializar sus propias concepciones acerca del sentido de sus vidas. Ver: RAWLS, John. *Justice as Fairness. A Restatement*. The Belknap Press of Harvard University Press, 1era edición, Cambridge – London, 2001, p. 19.

23 Los contratos crean y transfieren derechos sobre los recursos; esto es, sobre las cosas y las acciones que poseen valor para las personas. En términos de eficacia, los contratos generan titularidades legales tanto sobre las cosas como sobre las acciones futuras de las partes contratantes. Para una explicación detallada del contrato como generador de titularidades sobre recursos: GOLD, Andrew. *A Property Theory of Contract*. En: *Northwestern University Law Review*, Volumen 103, Número 1, 2009, pp. 13 – 63.

profundizan el esquema de división del trabajo, acentuando de este modo la innovación productiva y comercial²⁴. En tercer lugar, los contratos permiten que los recursos escasos sean adquiridos por quienes más los valoran (en un momento determinado) y, por tanto, sean empleados en sus usos alternativos más eficientes²⁵.

Por los diversos beneficios que proporciona la contratación privada, el Estado tiene la obligación de incentivar el proceso de contratación, reduciendo sus costos.

Los accidentes, por el contrario, son perjudiciales para las personas y para la sociedad en general, pues no solo producen muertes, lesiones, destrucción de recursos, sino también pérdida de producción social e incremento de los costos administrativos del Estado (policía, cortes, etc.).

Por los diversos efectos nocivos que generan, el Estado tiene la obligación de desincentivar la creación del riesgo de accidentes, obligando a los causantes a internalizar la totalidad del costo social que aquellos generan.

2. Un mundo infeliz

¿Qué ocurriría si unificamos los regímenes de responsabilidad civil? Imaginemos primero que decidimos unificar los regímenes de responsabilidad civil hacia la zona extracontractual. Imaginemos después que decidimos unificar los regímenes de responsabilidad civil hacia

la zona contractual. Esto es lo que ocurriría en ambos escenarios.

2.1 Disminución de contratos

A sabe que normalmente incumple cierto número de contratos en el año (100) debido a fallas en la cadena de comercialización de insumos, imprevistos u otros factores. A sabe también (por estadística) que los daños que ordinariamente sufren sus usuarios ascienden a 1000. Por tanto, A contempla este monto dentro de sus costos operativos anuales (en tanto que A responde de manera objetiva en materia de relaciones de consumo).

¿Qué ocurre si la ley obliga a indemnizar todos los daños que los usuarios sufran como consecuencia del incumplimiento de sus proveedores?

Bajo ese escenario, A pagará indemnizaciones por un monto superior a 1000, pues en el universo de usuarios afectados por sus incumplimientos habrán algunos que sufran daños extraordinarios, esto es, daños inusuales, poco comunes. Como consecuencia de la nueva regla, probablemente A pagará indemnizaciones por un monto de 5000.

Evidentemente, A considerará los 5000 como parte de sus costos de producción. En consecuencia, el precio que cobra A por sus servicios se incrementará. Si tuviese información perfecta, A podría trasladar los mayores costos de producción a los usuarios que se benefician con la regla de responsabilidad ilimitada: los que sufren daños extraordinarios.

24 La división del trabajo genera bienestar social en la medida en que incrementa la producción de recursos valiosos a menores costos incrementales. Este efecto es logrado debido a que la división del trabajo permite a los individuos elegir el desarrollo de una u otra actividad en función a sus aptitudes y competencias. La repartición de tareas en función de las aptitudes y competencias permite, a su vez, incrementar la eficiencia del proceso productivo por dos razones. Primero, porque en términos comparativos los más talentosos para una labor específica realizan dicha labor de mejor modo y en menor tiempo: María Callas, Michael Jordan y Gary Becker son, en sus respectivos campos, un claro ejemplo de esto. Segundo, porque los menos talentosos para una labor específica no tienen que invertir en exceso a efectos de estar en condiciones para realizar dicha labor: acudir a un médico es menos costoso y más productivo que estudiar medicina con el propósito de poder estar en condiciones de tratar los males propios. Ver: HARDIN, Russell. *How Do You Know?* Princeton University Press, Tera edición, Princeton - Oxford, 2009, p. 14.

25 KRONMAN, Anthony T. y POSNER, Richard A. *The Economics of Contract Law*. Little, Brown and Company, Tera edición, Boston - Toronto, 1978, p. 2; FRIEDMAN, David. *Law's Order*. Princeton University Press, Tera edición, Princeton - Oxford, 2000, p. 150 y ss.

Lamentablemente, la información no es perfecta. Esto significa que *A* trasladará (vía precio) el aumento en sus costos de producción (4000) a todos sus usuarios. Como consecuencia de ello, algunos usuarios dejarán de acceder a los servicios de *A*, pues siempre que el precio de un bien o servicio se incrementa, algún usuario, por efecto de las restricciones presupuestales, deja de estar en condiciones de adquirir ese bien o servicio. Los que resisten el incremento de precio pagarán una mayor cantidad por una protección legal que no necesitan.

En efecto, el grupo de usuarios afectados por los incumplimientos de *A* se subdivide en dos: (i) los que sufren daños ordinarios, usuales, comunes; y, (ii) los que sufren daños extraordinarios, inusuales, poco comunes. Por definición, el primer subgrupo es mucho más numeroso. No necesitamos explicar porqué.

La regla de responsabilidad limitada protege al primer grupo, pero desprotege al segundo grupo. La regla de responsabilidad ilimitada, por su parte, protege al segundo grupo y resulta indiferente para el primer grupo. Si la regla de responsabilidad ilimitada tuviese costo cero, entonces sería óptimo asumirla (en términos de Pareto: nadie empeoraría y al menos algunos mejorarían). Sin embargo, la regla de responsabilidad ilimitada cuesta, y mucho. Por imperfecciones en la información, el mayor costo de la regla en cuestión es trasladado a todos los usuarios. Como consecuencia de ello, el grupo mayoritario termina pagando por una protección que no necesita. Por lo tanto, la adopción de la regla de responsabilidad ilimitada es ineficiente en la medida en que sus costos son notoriamente superiores a sus beneficios. Del universo inicial de 100 usuarios, solo 95 siguen accediendo al recurso; del nuevo universo de usuarios, solo 3 necesitan cobertura contra daños extraordinarios, por lo que 92 usuarios terminan pagando un subsidio que beneficia a unos pocos.²⁶

Es posible argumentar que la regla en cuestión (responsabilidad ilimitada) no será ineficiente si es que el mayor costo que ella trae consigo no es trasladado por el proveedor a los usuarios a través del precio. El problema con este argumento es que no funciona en la realidad: si pretendemos forzar al proveedor a asumir el mayor costo de la regla de responsabilidad ilimitada, aquél puede pensar que es mejor dejar de producir los bienes y servicios, e invertir su capital en otra cosa. ¿El resultado? Escasez.

Estos efectos, sin embargo, no son los únicos efectos nocivos que producirá una regla de la responsabilidad ilimitada.

Imaginemos que *A* es propietario del recurso *X* y valora ese recurso en 100. Imaginemos también que *B* valora el recurso *X* en 150. Bajo este supuesto, *A* estará dispuesto a vender el recurso *X* a cualquier precio por encima de 100, mientras que *B* estará dispuesto a comprar el referido recurso a cualquier precio por debajo de 150. Si *A* y *B* celebran un contrato y cumplen sus obligaciones, ambos estarán notoriamente mejor que antes, en tanto que cada uno tendrá en sus manos el recurso que más valora (*A* valora más el precio, digamos 110, y *B* valora más el recurso). La sociedad, por otro lado, también estará mejor, pues la mejoría de los integrantes del conjunto supone la mejoría del conjunto.

Para que los agentes lleguen a celebrar transacciones mutuamente beneficiosas los costos de transacción no deben ser significativos. En palabras de Coase²⁷, los costos de transacción son aquellos que se generan por el hecho de hacer funcionar el sistema de mercado. En términos específicos, tales costos se descomponen en tres: (i) costos de acceder a la información relevante; (ii) costos de negociar y celebrar los contratos; y, (iii) costos de hacer cumplir los contratos.

26 BEBCHUK, Lucian y SHAWELL, Steven. *Reconsidering Contractual Liability and the Incentive to Reveal Information*. En: *Stanford Law Review*, Volumen 51, p. 1616.

27 COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. En: *The Journal of Law and Economics*, Volumen III, p. 15 y ss.

Volvamos a nuestro ejemplo para notar cómo los costos de transacción significativos resultan nocivos para el mercado. Imaginemos que *B* tiene que soportar costos de transacción por 30 (debe invertir dinero para encontrar al propietario del recurso *X*). En este caso, *A* seguirá dispuesto a vender el recurso *X* por cualquier precio por encima de 100, pero *B* sólo estará dispuesto a comprar ese recurso por un precio que no exceda 119 ($150 - 30 = 120$). En este escenario, aun existen posibilidades para que la transacción se realice. ¿Pero qué ocurrirá si *A* debe también incurrir en costos de transacción por 30? En tal supuesto, es obvio que la transacción no se realizará, pues *A* sólo estará dispuesto a vender el recurso *X* por un precio mínimo de 131 ($100 + 30 = 130$), mientras que *B* sólo estará dispuesto a comprar ese recurso por un precio que no exceda 119. Los altos costos de transacción habrán frustrado la realización de una transacción mutuamente beneficiosa.

Las personas físicas tienen aversión al riesgo²⁸. Esto significa que aquéllas prefieren ganancias ciertas aunque pequeñas frente a ganancias inciertas aunque grandes. También significa que su odio hacia las pérdidas es mucho más fuerte que su gusto por ganancias equivalentes.²⁹

Si las personas son conscientes de la existencia de una regla que imponga responsabilidad ilimitada en materia contractual, aquéllas, por temor a la incertidumbre, dejarán de celebrar contratos o tratarán de negociar la inclusión de reglas que limiten la responsabilidad contractual. Si ocurre lo primero, las personas y, por tanto, la sociedad en general desaprovecharán oportunidades para incrementar su nivel de bienestar general, lo que en un contexto de escasez no sólo es ineficiente sino también inmoral. Si ocurre lo segundo, algunas personas lograrán un acuerdo sobre la regla de responsabilidad, mientras que otras no lograrán tal cosa. En ambos casos, sin embargo, se genera una situación

de ineficiencia, pues o se pierde la oportunidad de realizar transacciones mutuamente beneficiosas o se asume un costo más alto por realizar dichas transacciones.

En consecuencia, si en sede contractual estuviese vigente una regla de responsabilidad ilimitada, la sociedad perdería contratos, sea porque algunas personas no podrían pagar los mayores precios de los bienes y servicios, sea porque algunas personas preferían no contratar debido a su aversión al riesgo, sea porque algunas personas no podrían asumir los mayores costos de transacción que exigiría la negociación de una regla diferente.

2.2. Incremento de accidentes

Imaginemos que si *A* decide explotar una concesión minera, *A* obtendrá ingresos por 80. Imaginemos además que si *A* decide realizar la referida actividad, *A* tendrá que asumir costos operativos por 20. Finalmente, imaginemos que *A* sabe de antemano que la explotación de la concesión minera ocasionará daños a terceros por 100. ¿Explotará *A* la concesión minera? Depende. Si el sistema legal obliga a internalizar el 100% del daño ocasionado, *A* realizará un análisis de la probabilidad de que las agencias estatales identifiquen los daños que su actividad genera. Si *A* llega a la conclusión de que las agencias estatales detectarán con toda seguridad el daño ocasionado, entonces *A* no explotará la concesión minera, pues el costo total de dicha actividad será mayor al retorno.

Ahora bien, ¿qué pasaría si las agencias estatales no detectasen siempre los daños causados por actividades como la descrita? ¿O qué pasaría si el sistema legal no obligase a reparar todos los daños efectivamente ocasionados, sino sólo aquellos previsibles?

En el primer caso, con base a la información disponible en el mercado, *A* calculará la pro-

28. TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel. *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*. En: *Science*, Volumen 211, pp. 453 a 458.

29. THALER, Richard A. y SUNSTEIN, Cass S. *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. Penguin Books, Tera edición, New York, 2009, pp. 33 y 34.

abilidad de que los daños que ocasionaria sean detectados por las agencias estatales. Imaginemos que A llega a la conclusión de que existe 40% de probabilidad de que las agencias estatales detecten los referidos daños. En este contexto, A comparará las ganancias fijas de la explotación de la concesión minera (80 - 20) con la indemnización esperada (40% x 100)³⁰. Habida cuenta que en este escenario las referidas ganancias (60) superan al pasivo legal esperado (40)³¹, A explotará la concesión minera, a pesar de que esto no es eficiente en la medida en que los beneficios sociales de la actividad (80) son menores a los costos sociales que aquella impone (100).³²

En el segundo caso ocurrirá algo similar. En efecto, si A sabe que solo tendrá que indemnizar por los daños previsibles que ocasione, A explotará la concesión minera en la medida en que pueda emplear tecnología menos costosa y, por consiguiente, menos segura. Imaginemos que la tecnología que A regularmente emplea no solo permite estimar la totalidad de los daños causados por la actividad sino que además permite reducir al máximo posible el alcance de tales daños. Imaginemos además que existe una tecnología alternativa mucho menos costosa, pero mucho menos segura en el sentido de que no solo no permite estimar la totalidad de los daños causados por la actividad sino que además no

permite reducir el alcance de esos daños con la misma intensidad con la que lo hacen otras tecnologías. ¿Cambiará A de tecnología? Si el sistema legal no obliga a internalizar aquellos daños imprevisibles, A cambiará de tecnología si es que con la tecnología alternativa reduce sus costos operativos (p.e. de 20 a 10) y, por tanto, maximiza sus retornos (p.e. 70 en lugar de 60). El pasivo legal, por más que sea cierto³³, no impedirá el cambio de tecnología, pues dicho pasivo solo cubrirá aquellos daños previsibles que ocasione la actividad. Y en este caso, esos daños seguramente constituirán solo fracción de los daños efectivamente causados a terceros. Desde la perspectiva individual de A, la elección de cambiar de tecnología será buena en la medida en que maximiza sus retornos. Desde la perspectiva social, empero, esa decisión será muy mala si es que los daños efectivamente ocasionados por la nueva tecnología ascienden a más de 80, pues en tal caso los beneficios sociales de la explotación de la concesión seguirán siendo menores a los costos sociales de tal actividad.

En los supuestos descritos, tanto la baja probabilidad de detección del daño como la existencia de una regla de responsabilidad limitada generan un hecho inaceptable: que las víctimas subvencionen el desarrollo de actividades ineficientes. Y esto, además de ineficiente, es moralmente inaceptable.³⁴

30. En teoría económica, teoría de juegos y teoría de las decisiones, el resultado esperado es una función de la magnitud de lo que uno espera recibir como consecuencia de una situación determinada y la probabilidad de que ocurra dicha situación. Gracias a esta función es posible comparar y elegir entre opciones que involucran, en todo o en parte, situaciones de incertidumbre. Ver: BECKER, Gary S. *Economic Theory*. Aldin Transaction, 2da edición, New Brunswick - London, 2008, pp. 58 y 59.

31. Por razones de simplicidad, el ejemplo no detalla costos operativos ni asume la existencia de sanciones o de remedios súper-compensatorios destinados a mitigar los efectos nocivos de la poca probabilidad de detección.

32. Si la probabilidad de detección es inferior a la óptima, el sistema presenta una falla que va a permitir la realización de actividades socialmente ineficientes. Para eliminar esa falla, existen básicamente dos opciones: (a) incrementar el presupuesto de las agencias estatales para que puedan implementar mayores y mejores controles; o, (b) incrementar el monto de la cantidad a ser pagada por los agentes que realizan las actividades, sea a través de multas o a través de indemnizaciones súper-compensatorias.

33. Lo que ocurriría si las agencias estatales son completamente efectivas y detectan con toda certeza la existencia de daños generados por la explotación de las concesiones mineras.

34. Existen algunas actividades presumiblemente beneficiosas que pueden ser merecedoras de subvención debida a su estado de desarrollo incipiente. Dicha subvención, empero, no debe ser efectuada a través del sistema de responsabilidad civil, en tanto que dicho sistema no garantiza que la víctima sea quien se encuentre en mayor situación comparativa para internalizar los costos de los titulares de tal actividad. La subvención de las actividades

V. ¿POR QUÉ DEBEMOS MANTENER LA SEPARACIÓN DE LOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL?

Por las razones que a continuación desarrollamos, consideramos que los regímenes de responsabilidad civil contractual (derivada del incumplimiento de promesas) y extracontractual (derivada de la producción de accidentes) deben mantenerse separados, con reglas de responsabilidad diferenciadas en función a los distintos fines perseguidos en cada caso.

En primer lugar, consideramos que las personas y la sociedad, en su conjunto, estarán mejor si existen más contratos y menos accidentes. Para que esto ocurra, la responsabilidad contractual tiene que ser limitada, mientras que la extracontractual tiene que ser ilimitada.

En efecto, si la responsabilidad contractual es limitada a los daños que usualmente se producen en los diversos segmentos del mercado, las personas no tendrán temores de celebrar contratos, en la medida en que podrán realizar, sin mayores inconvenientes, un análisis costo-beneficio tanto de la situación de cumplimiento como de la situación de incumplimiento de sus promesas.³⁵

Empero, si la responsabilidad contractual es ilimitada, las personas, con su natural aversión al riesgo, dejarán de contratar en muchos casos, pues no estarán dispuestas a arriesgar su patrimonio para internalizar aquellos daños cuya existencia y cuantía no pueden anticipar. Esto ocasionará pérdidas sociales en la medida en

que los recursos no podrán circular para ser empleados en sus usos alternativos más eficientes. Asimismo, esto ocasionará que muchas personas no puedan realizar aquellas actividades que consideren necesarias para alcanzar sus metas en la vida.

En los casos en que la regla de la responsabilidad ilimitada no frustre la celebración de contratos, los precios de los recursos se incrementarán, pues los proveedores tratarán de trasladar, hasta donde les sea posible, el mayor costo de comercialización que supone responder legalmente por todos los daños que los clientes efectivamente sufran. Esto generará demanda insatisfecha, pues no todos los consumidores podrán pagar el incremento de precios. Asimismo, esto generará un subsidio ineficiente e inmoral, en la medida en que, como es obvio, la regla de responsabilidad ilimitada es innovadora por cubrir los daños imprevisibles; esto es, los daños extraordinarios, inusuales, poco comunes. Ahora bien, como quiera que, por definición, solo algunos pocos contratantes sufren ese tipo de daños, resulta que la innovación generada por la regla de responsabilidad ilimitada beneficia a esos pocos contratantes, pero a costo de todos los demás. Esto significa que los que pueden resistir el incremento de precios terminan pagando por una protección que no necesitan. Y, evidentemente, ello es inaceptable debido a que aquellos que se encuentran expuestos a daños superiores a los ordinarios, usuales y comunes, pueden revelar esa información y negociar, a su propio costo, como debe ser, la inclusión de una regla de responsabilidad ilimitada que los proteja.³⁶

en cuestión ha de ser efectuada a través del sistema impositivo o directamente a través de la ayuda estatal. Ver: CALABRESI, Guido. *El Costo de los Accidentes*. Traducción de Joaquín Bisbal, Editorial Ariel S.A., Tercera edición, Barcelona, 1984, p. 49.

35 La información que una persona toma en cuenta para determinar cuál es su ganancia esperada es reflejo de una serie de cálculos mentales respecto de una serie de probabilidades, tales como la probabilidad de que el contrato sea cumplido, la eficacia del remedio en caso de incumplimiento, el costo de un eventual litigio, etc. Estos cálculos muchas veces son efectuados de manera inconsciente, sobre la base de la experiencia acumulada y del conocimiento colectivo. Sobre el análisis que realizamos respecto de los costos y beneficios de cada acción que tomamos: WHEELAN, Charles. *Naked Economics*. W.W. Norton & Company, 2da edición, New York - London, 2002, p. 9 y ss.

36 Imaginemos que un inmueble puesto en venta tiene un valor de mercado de \$/. 360,000. Algunos interesados pueden valorizar el inmueble en una suma menor a la de su valor de mercado, otros en una suma igual a la de su valor de mercado y otros en una suma mayor a la de su valor de mercado. Como se intuirá, dentro del universo de

Si la responsabilidad extracontractual es ilimitada, las personas y las empresas solo realizarán actividades eficientes debido a que estarán obligadas a internalizar la totalidad de los costos de dichas actividades³⁷. En cambio, si dicha responsabilidad es limitada, las personas y las empresas realizarán actividades tanto eficientes como ineficientes debido a que, en general, aquéllas solo estarán obligadas a internalizar una parte de la totalidad de los costos de tales actividades. Y, evidentemente, a mayor cantidad de actividades realizadas, mayor número de accidentes; más aun si es que los agentes no tienen que ser prudentes debido a que simplemente el sistema legal no los obliga a internalizar todos los costos que imponen en terceros.

VI. CONCLUSIONES

La responsabilidad civil es una herramienta delicada, pues hace que los recursos de un sujeto sean transferidos a otro sin que sea necesario el consentimiento del primero. Ese hecho debe estar justificado por razones de índole moral y económica, mas no por razones simplemente conceptuales, que ignoran los efectos nocivos

que la "lógica legal" genera en la vida de las personas y en el desarrollo de los mercados.

En las líneas precedentes hemos demostrado por qué son equívocas las tesis que propugnan la unificación de los regímenes de responsabilidad civil. Asimismo, hemos demostrado por qué dichos regímenes deben mantenerse separados. Para ello, hemos tomado sana distancia de la argumentación legal circular basada en premisas incontrovertibles (dogmas), y nos hemos enfocado en analizar los costos y los beneficios que las personas y los mercados razonablemente experimentarán bajo una u otra situación legal.

Si bien nos hemos concentrado en el aspecto del alcance de la indemnización, no creemos que los otros aspectos de los regímenes de responsabilidad (plazos de prescripción, factores atributivos, etc.) sean más importantes que el analizado en este trabajo. Por tal razón, aun cuando no hemos considerado tales aspectos en el análisis efectuado, consideramos que su inclusión en un análisis mayor en modo alguno afectará la idea central que defendemos.

interesados aquellos que valorizan el inmueble en sumas relativamente parecidas a la de su valor de mercado ("low valuation buyers") serán mayoritarios frente a aquellos que valorizan el inmueble en el doble o más de su valor de mercado ("high valuation buyers"). Evidentemente, la existencia de high-valuation buyers se explica por la tasa de retorno inusualmente alta que éstos esperan obtener con la explotación del recurso puesto en venta. En términos generales, una regla de responsabilidad limitada resultará suficiente para los low valuation buyers. Dicha regla, sin embargo, puede no resultar suficiente para los high-valuation buyers. Ahora bien, como los high-valuation buyers (10) son pocos en comparación con los low valuation buyers (1000), tiene sentido imponer a los primeros la carga de trasladar la información relevante a su contraparte y, en consecuencia, de estipular, a su propio costo, una regla de responsabilidad ilimitada que cubra los mayores daños que sufrirán en caso de incumplimiento, dado su especial interés en el bien o servicio involucrado. Si se establece una regla inversa y, por consiguiente, se impone a los low-valuation buyers la carga de trasladar la información relevante a su contraparte a efectos de reducir los alcances de la regla de responsabilidad y pagar de esta forma un precio menor para acceder al recurso puesto en venta, se obtiene una solución a todas luces ineficiente, pues, dado el mayor número de low-valuation buyers (1000), siempre resultará menos costoso para la totalidad del sistema disponer que la carga de negociación del cambio de regla de responsabilidad recaiga en los high-valuation buyers (10). Ver: BECHTUK, Lucian y SHAWEL, Steven, *Op. Cit.*, p. 1617; BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H. y PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press, 1era edición, Cambridge - London, 1994, pp. 106-107.

37 La idea normativa de que los agentes deben internalizar todos los costos que imponen a los terceros no autoriza, sin embargo, a considerar como resarcibles daños que solo existen en la imaginación de algunos profesores y jueces, como el denominado "daño al proyecto de vida".