

## **UC Berkeley**

### **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**

#### **Title**

Responsabilidad Civil Extracontractual en Paraguay: un enfoque económico

#### **Permalink**

<https://escholarship.org/uc/item/03c0889g>

#### **Author**

Perez Talia, Mark E.

#### **Publication Date**

2008-04-28

## “Responsabilidad Civil Extracontractual en Paraguay: un enfoque económico”

### Abstract

Los accidentes de tráfico a nivel mundial constituyen la segunda causa de muerte entre personas de 5 y 25 años de edad según la Organización de las Naciones Unidas. En lo que respecta a Paraguay, los accidentes de tráfico ocupan el primer lugar de causas de muerte. A la luz de dicha estadística, el presente trabajo ofrece un análisis de la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Paraguay, específicamente de la derivada de accidentes de tráfico; utilizando para ello las herramientas del *Law and Economics*. El objetivo primordial de este trabajo (mas no el único) será analizar la función no sólo compensatoria, sino también preventiva del sistema de responsabilidad: el sistema de responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico puede contribuir a lograr una reducción de la cantidad de accidentes y, por lo tanto, lograr así minimizar las externalidades negativas derivadas de los mismos.

*“Para el estudio racional del derecho, es posible que el hombre del portafolios sea el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de la estadística y el conocedor de la economía...”*

Oliver Wendell Holmes

### 1. Introducción

A lo largo de su existencia el ser humano sufre o causa algún accidente, y en algunas situaciones se comprueba que dicho accidente pudo haber sido evitado o, de alguna manera, reducida la gravedad del mismo.

La sociedad – y, probablemente, el mundo entero – no está comprometida a toda costa con la preservación de las vidas. Así las cosas, se llevan a cabo proyectos que de acuerdo con todas las estadísticas sabemos que costarán vidas (CALABRESI). Se ha construido el canal bajo de Mont Blanc porque resulta esencial para el Mercado Común y ahorra tiempo de viaje desde Roma a París, pese a que se supo de antemano que los accidentes durante su construcción iban a causar la muerte de un hombre por cada kilómetro de túnel construido.<sup>1</sup>

Algunas de estas situaciones descritas (accidentes de tráfico, muertes de personas, etc.) son accidentales y otras son intencionales, algunas son serias y otras leves; algunos son delitos y otros pasan a ser una simple molestia para las partes.

Sin embargo, en todas estas situaciones las víctimas tienen a su disposición el sistema de *Derecho de Daños*, que no es otra cosa que un conjunto de normas jurídicas que determinan cuándo la persona que causa un daño a otra debe indemnizar en relación al daño realizado.<sup>2</sup>

A los efectos del presente trabajo de investigación, aclaramos que el mismo estará enfocado indefectiblemente en relación a la responsabilidad originada extracontractualmente (accidentes de tráfico), obviando cuestiones de responsabilidad que pudieran derivarse de situaciones contractuales. Asimismo, existirán daños intencionales que se rijan por normas distintas dado que algunos pueden, incluso, constituir un delito. Tampoco son estos los casos en los que nos centraremos.

Consecuentemente, en este trabajo pretendemos realizar un análisis de la legislación y jurisprudencia paraguaya relacionada al derecho de daños, más específicamente, a la responsabilidad civil extracontractual derivada de los accidentes de tráfico; utilizando para ello las herramientas que nos otorga, según POSNER<sup>3</sup>, *la teoría positiva del derecho más prometedora que existe*: el “análisis económico del derecho”<sup>4</sup>. Asimismo, y previo a ello, desarrollaremos – aunque sucintamente – algunas cuestiones teóricas que consideramos trascendentales de la teoría económica del derecho de daños.

Tal como hemos anticipado anteriormente, los accidentes de tráfico provocaron la redacción del presente trabajo investigativo a raíz de los datos estadísticos escalofrantes que hemos obtenido, resaltando brevemente que (los accidentes) a nivel mundial constituyen la segunda causa de muerte entre las personas de 5 y 25 años de edad, teniendo efectos devastadores en las familias y comunidades, matando a casi 1,2 millones de personas en todo el mundo cada año, y dejando con serias lesiones a muchos millones más.<sup>5</sup> En Paraguay el

<sup>1</sup> Guido CALABRESI. “*El costo de los accidentes*”. Extraído de “*La responsabilidad extracontractual*” Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos. Carlos F. ROSENKRANTZ (compilador). Gedisa Editorial. 2005. Barcelona. Pág.: 85.

<sup>2</sup> Steven SHAVELL. “*Economic Analysis of Law*”. Harvard Law School. Discussion Paper Nro. 283. 6/2000. Pag.: 2.

<sup>3</sup> Richard POSNER. “*Análisis Económico del Derecho*”. Fondo de Cultura Económica. México. 1998. Pag.: 31.

<sup>4</sup> En adelante AED.

<sup>5</sup> Datos obtenidos del “Mensaje con ocasión de la Primera Semana Mundial sobre la Seguridad Vial de las Naciones Unidas brindado por el Secretario General Anterior de las Naciones Unidas, Kofi Annan”. Abril de 2006.

panorama es peor aún: *constituye la primera causa de muerte* de la población en general, donde el 80% de las víctimas tiene entre 15 y 34 años y son del sexo masculino<sup>6</sup>.

En consecuencia, *a priori* el objetivo principal se constituirá en demostrar la posibilidad de que, a través del Derecho, se pueda lograr la minimización de las externalidades negativas<sup>7</sup> derivadas de los accidentes de tráfico: una suerte reducción del número y costes derivados del mismo. Paralelamente, analizaremos cuestiones relacionadas con ella, tales como las especificidades de los accidentes de tráfico en relación al comportamiento de las partes intervinientes, los daños compensables, la función del seguro, etc. A la postre, nos contentaríamos con lograr abrir el debate jurídico – y económico – en relación al tema en cuestión, que precisa a todas luces plantearnos la pregunta de si en Paraguay estamos o no transitando por el camino correcto.

Finalmente, quisiéramos destacar que escribimos el presente trabajo de investigación convencidos profundamente de que el AED es una herramienta muy valiosa para llevar a cabo un correcto análisis de cuestiones legales, en particular, en lo que al Derecho privado se refiere. Tal es así que el derecho de los accidentes, (*tort law*, en el mundo del common law), fue uno de los primeros cuerpos del derecho privado que se analizaron con éxito utilizando modelos económicos formales. Por ende, concordamos plenamente con el gran Juez norteamericano Oliver Holmes, quien hace ya más de cien años afirmó que *el hombre del futuro es el conocedor de la economía*<sup>8</sup>.

### 1.1 Objetivo general del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Para un mejor abordamiento del enfoque económico del derecho de daños es preciso hacer una breve comparación entre los objetivos del derecho civil y los de la literatura del AED en relación a la responsabilidad civil extracontractual o *tort law*.

De manera introductoria podemos decir que la meta y el significado del derecho de daños han aumentado significativamente a partir de los últimos doscientos años. Con el desarrollo de los motores a vapor, el tráfico moderno (locomotoras, vehículos a motor, etc.) y productos riesgosos el número y la severidad de los accidentes se incrementó notablemente. Esto dio como consecuencia el desarrollo del moderno derecho de daños, fundamentalmente de la doctrina de la culpa (*negligence doctrine*) y una lenta expansión de la responsabilidad sin culpa (*strict liability*) a consecuencia de las actividades riesgosas.<sup>9</sup>

Indudablemente, desde que el derecho de daños se instaló en los Códigos europeos del siglo XIX, las pocas normas de aquella época tenían la única finalidad de compensar los daños sufridos por una persona.<sup>10</sup>

De hecho, esta idea de *compensación* o *justicia correctiva* sigue vigente hasta nuestros días en las legislaciones de los países. Tal es así que la legislación paraguaya no se aleja de dichos términos, expresando que: “*El que comente un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente*”<sup>11</sup>.

Para ilustrar correctamente estas ideas tomamos las palabras de los juristas españoles Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN quienes afirman que:

“La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”<sup>12</sup>

En consecuencia, se trata de una función compensatoria – considerada básica dentro del derecho de daños – que supone una intervención del Derecho civil *ex post*, que renuncia de antemano a cualquier consideración *ex ante* que pudiera servir para minimizar la ocurrencia de actos dañosos.

<sup>6</sup> Informe del periódico paraguayo: Ultimahora, presentado el 23/08/2007. Fuente de acceso: [www.ultimahora.com.py](http://www.ultimahora.com.py)

<sup>7</sup> La situación de externalidad negativa se da cuando un productor o un consumidor ejerce en la producción o en el consumo de otros una influencia que no se refleja directamente en el mercado. Las externalidades provocan ineficiencias en el mercado porque impiden que los precios de mercado transmitan una información exacta sobre la cantidad que debe producirse y sobre la que debe comprarse. La contaminación es un ejemplo típico de externalidad negativa, donde el coste marginal de quien genera la contaminación es inferior al coste marginal que la actividad en cuestión representa para la comunidad.

<sup>8</sup> Oliver Wendell HOLMES, “*The Path of the Law*”, Harvard Law Review, vol. 10, 1897, pp. 457, 469 y 474. Citado por Robert COOTER y Thomas ULEN. “*Derecho y Economía*”. Fondo de Cultura Económica. México. 1998. Pág.: 11.

<sup>9</sup> Hans-Bernd SCHAFER. “*Tort Law: General*”. Encyclopedia of Law and Economics. Paper 3000. Pág.: 570.

<sup>10</sup> Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGUERRE. “*El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes*”. InDret 1/2005. Working paper nro. 275. Pág. 6. A tal efecto, los mencionados autores transcriben el artículo 1382 del Code francés de 1804: *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute de quel il est arrivé, à le réparer*; y en el artículo 1902 del Código civil español de 1889: *El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*.

<sup>11</sup> Artículo 1833 del Código Civil Paraguayo.

<sup>12</sup> Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN. “*Instituciones de Derecho Civil*”. Volumen I/2. Editorial Tecnos. Segunda edición. Madrid. 1998. Pág.: 442.

Ahora bien, desde la visión del AED el objetivo del derecho de daños no pasa a ser únicamente el de *compensar*, sino que se suma un nuevo ítem: *deterrence* o prevención.

En efecto, afirman los analistas económicos del derecho que si la razón principal del derecho de daños es el resarcimiento de la víctima - la compensación – existen medios alternativos menos costosos que la responsabilidad por daños, por ejemplo el seguro; por lo que no sería conveniente, si esta es la finalidad, movilizar todo el aparato de la responsabilidad y el sistema judicial, ya que por menos podemos conseguir lo mismo.

En relación al tema de la disuasión, expresa SHAVELL lo siguiente:

“los beneficios sociales del sistema de responsabilidad civil no radican en la compensación de las víctimas, ya que el sistema de seguros compensa en forma más barata que el de responsabilidad civil. Por contrario, los beneficios sociales del sistema de responsabilidad civil residen en gran parte en su capacidad de reducir el número de accidentes”<sup>13</sup>

Es a partir de ahí, entonces, donde surge la bifurcación entre ambas corrientes. Es el efecto preventivo o *deterrence* el que la doctrina clásica del derecho civil no toma en cuenta a la hora de establecer y delimitar el derecho de daños, y que sí pretenden incorporar los analistas económicos del derecho entre las finalidades.

Esta función preventiva lo que trata es de minimizar los costes de los accidentes incentivando comportamientos eficientemente precavidos. La finalidad preventiva supone que el Derecho de daños actúa no sólo *ex post*, sino *ex ante*. El derecho de daños es un instrumento demasiado costoso como para despilfarrarlo en simples transferencias de recursos; los accidentes son demasiado numerosos y graves como para no tratar de reducir su número y gravedad tratando de utilizar todos los medios disponibles a nuestro alcance, incluyendo, por que no, al derecho de daños.<sup>14</sup>

La finalidad del AED de las normas de responsabilidad es, entonces, la reducción de los costes de los accidentes. Ya desde GUIDO CALABRESI<sup>15</sup> es usual ordenar éstos en tres categorías diferentes:

- *Costes primarios*: este primer sub-objetivo es la reducción de la cantidad y gravedad de los accidentes, dicho en otras palabras, los costes de evitación del accidente y los de los daños que producen los accidentes no evitados.
- *Costes secundarios*: este segundo sub-objetivo tiene que ver no ya con reducir la cantidad de los accidentes ni su gravedad, sino con la reducción de los costes sociales resultantes (las consecuencias derivadas de una mala distribución de las consecuencias de un daño, ejemplo: que un daño quede sin asistencia). La denominación “secundario”, aclara el autor, no debiera interpretarse en el sentido de que su importancia es menor a la anterior, sino que es “secundario” en el sentido de que aparece en escena después de que las medidas para evitar los accidentes han fallado.
- *Costes terciarios*: este tercer sub-objetivo tiene relación con los costes de administración de los accidentes (y por ende costes de gestión y administración del sistema de justicia). Podría ser denominado “terciario” dado que pretende alcanzar la reducción primaria y secundaria de costes. Pero, en realidad, este sub-objetivo de *eficiencia* viene primero. Nos lleva a cuestionar constantemente si la manera en que intentamos reducir los costes de los accidentes, ya sea reduciendo los accidentes en sí o reduciendo sus efectos secundarios, cuesta más de lo que nos permite ahorrar. Y, de este modo, nos sirve para obtener el balance justo para reducir los costes.<sup>16</sup>

Paralelamente, creemos conveniente hacer hincapié en lo que destaca el profesor español ORTIZ DE URBINA GIMENO, en el sentido de que en muchas ocasiones se ha afirmado que el AED defiende la preeminencia de la responsabilidad objetiva (Diez-Picazo 1999, p. 113); en otras, que está a favor de la responsabilidad subjetiva (O’Callaghan/Pedreira, 1995, p. 932). Ninguna de estas opiniones es acertada, prosigue el mencionado profesor, la aportación del AED consiste precisamente en insistir en la inutilidad de pretender que exista una estructura normativa (por ejemplo: la responsabilidad objetiva) adecuada para todos los sectores de actividad.

<sup>13</sup> Steven SHAVELL. “*Economic Analysis of Law*”. Ob. Cit. Pág.: 3.

<sup>14</sup> Pablo SALVADOR CODERCH y Ma. Teresa CASTIÑEIRA. “*Prevenir y Castigar*”. Marcial Pons. Madrid. 1997. Pág.: 110.

<sup>15</sup> Guido CALABRESI. “*El costo de los accidentes*”. Ob. Cit. Pág.: 88 y sgtes.

<sup>16</sup> “Teniendo en cuenta la triple misión, CALABRESI argumenta que el sistema de responsabilidad por culpa, habitualmente utilizado, resulta demasiado costoso. La prevención de los accidentes, pretendida en ese sistema implica una atención casuística, que se convierte en una de las principales fuentes de gastos. Además, la reparación de los daños depende de cada supuesto, lo que implica otra fuente de gastos, al tener que atender las circunstancias concretas de cada supuesto.... Todo ello significa que económicamente el sistema de responsabilidad por culpa resulta altamente costoso. Por ese motivo, CALABRESI se propone la búsqueda de un método que resulte más eficiente... Teniendo en cuenta que además de eficiente, se pretende que el sistema sea justo”. [Paloma DURÁN Y LALAGUNA. “*Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*”. Biblioteca COMARÉS de Ciencias Jurídicas. Pág.: 126 y sgtes.] Sobre las cuestiones relacionadas a los métodos que propone CALABRESI, ver: “*El costo de los accidentes*”; y sobre su intento de delimitar a la justicia y a la eficiencia ver “*About law and economics: a letter to Ronald Dworking*” (Hofstra Law Review, 1980); ya que esto escapa a los fines del presente trabajo.

El adecuado tratamiento del problema pasa por entender que, dependiendo de las características de tales sectores y los problemas que de ellas se derivan, las normas deberán tener una y otra estructura, contener unos u otros presupuestos de responsabilidad.<sup>17</sup>

## 1.2 Especificidades de los accidentes de tráfico.

### 1.2.1 El problema de la percepción de riesgos.

En el derecho de accidentes, una de las bases fundamentales es el valor esperado de la responsabilidad civil o indemnización (que se torna relevante para el potencial causante del daño) y, por otro lado, el valor esperado del daño (especialmente relevante para la potencial víctima del daño). Estos dos valores incorporan al factor probabilidad del accidente (P) como parámetro importante.

Una de las ideas que incorpora la literatura Behavioral Law and Economics en relación al problema de la percepción de riesgos en las personas es la conocida como *optimism bias*, en el cual los individuos estiman que su propia probabilidad de estar envueltos en un accidente es más baja de lo que realmente es. O sea, las personas saben que los accidentes ocurren y, por lo tanto, están concientes de que la probabilidad P es positiva, pero usualmente piensan que a ellos no les va a afectar.<sup>18</sup>

A modo de ilustración podemos decir que muchas personas piensan que su probabilidad de tener un accidente de tráfico es perceptiblemente más baja que la probabilidad de dicho accidente en la media de las personas, aunque indefectiblemente esta creencia no puede ser del todo correcta: si cada uno piensa que está por debajo de la probabilidad de la media, entonces esta media será mucho más baja de lo que debería ser.

En consecuencia, a raíz de esta infravaloración de las probabilidades (tanto del posible causante del daño como de la potencial víctima) de estar inmiscuido en un accidente de tráfico explica por qué, en ciertas situaciones, las personas no se comportan racionalmente en relación a cuestiones de tráfico.

Otro aspecto destacado por la literatura Behavioral Law and Economics es el llamado *hindsight*, en virtud del cual los que toman las decisiones (posibles causantes de daños y potenciales víctimas) se atribuyen *ex post* excesivas probabilidades una vez acaecido el evento. Es decir, *ex ante* infravaloran las probabilidades de un accidente de tráfico, pero una vez ocurrido el accidente tienden a elevar el valor de la probabilidad.

En suma, esta *infra y sobre* valoración que realizan los individuos al momento de estimar sus probabilidades de participar en un accidentes de tráfico hace que, en muchas situaciones, no se adopten las medidas de precaución socialmente deseables; es decir, si al momento de determinar una persona el coste esperado de un accidente de tráfico (probabilidad x pérdida) esa probabilidad es infravalorada, o sobrevalorada, su decisión final de participar o no en dicha actividad (conducción de un vehículo) no será la óptima desde el punto de vista de la eficiencia.

### 1.2.2 La imposibilidad de soluciones negociadoras.

Tanto el derecho de la propiedad como el derecho de los contratos facilitan la cooperación entre los individuos. El primero lo realiza definiendo claramente los derechos de cada uno; y el segundo permitiendo a las partes que pacten compromisos fiables<sup>19</sup>.

Sin embargo, existen situaciones donde los costes de transacción<sup>20</sup> son tan elevados que hace imposible la cooperación entre las partes. Cada conductor no puede negociar con los transeúntes ni con los demás conductores contratos que determinen una asignación de recursos sobre accidentes de tráfico en el futuro.

Desde esta perspectiva podemos trazar una división entre el derecho de los contratos y el derecho de daños. Si los implicados en una actividad son escasos y entran en contacto de forma habitual y corriente, nadie mejor que ellos para contrarrestar y negociar en relación a las externalidades negativas surgidas de dicha actividad. En este caso, la solución estaría en manos del derecho de los contratos. Ahora bien, si el número de participantes en la actividad es elevado y un encuentro entre todos ellos es imposible, la solución no puede

<sup>17</sup> Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO. “El análisis económico del derecho: ¿método útil o ideología nefasta?”, Capítulo XIII de Christian Courtis (comp.): *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta, Madrid 2006 (ISBN: 84-8164-862-0). Pág.: 336.

<sup>18</sup> Christine JOLLS. “Behavioral Law and Economics”. Yale Law School. Public Law Working Paper Nro. 130. Pág.: 14.

<sup>19</sup> Robert COOTER y Thomas ULEN. “Derecho y Economía”. Ob. Cit. Pág.: 370.

<sup>20</sup> Aquí expondremos brevemente el significado de “Costes de Transacción” y, para ello, nos apoyaremos en el artículo de Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL “Los costes de transacción”. En efecto, el mencionado autor señala que estos costes coherentes con el contenido del derecho nos permite distinguir entre: costes de información, evaluación o medición y costes de cumplimiento o ejecución del intercambio. (Pág.: 16). Habiendo definido qué son los costes de transacción podemos dar un ejemplo de cómo funciona esto en el mundo real: (i) se debe localizar a una persona para el intercambio, lo cual implica encontrar a alguien que desee comprar lo que se quiere vender, o vender lo que se quiere comprar; (ii) deberá llegarse a un arreglo entre las partes que intercambian. Este arreglo se logrará mediante una negociación exitosa, lo que llevaría a la redacción de un contrato; y, (iii) por último, una vez celebrado el acuerdo, deberá ejecutarse. La ejecución implica monitorear el cumplimiento de las partes y castigar las violaciones al acuerdo.

dejarse en manos de los causantes y de las víctimas potenciales de externalidades negativas: *la solución está en la regulación y control públicos de la actividad y en el derecho de daños.*<sup>21</sup>

En consecuencia, el derecho de los contratos se ocupa de las relaciones entre particulares donde los costes de transacción son relativamente bajos, y las partes pueden alcanzar soluciones eficientes en cuanto a la asignación de recursos; y el derecho de daños se ocupa de las relaciones donde los costes de transacción son muy elevados tornando prohibitiva la posibilidad de llegar a un acuerdo privado, induciendo a los posibles dañantes a internalizar los costes que imponen a otras personas.

Al hablar de costes de transacción no podemos pasar por alto al Teorema de Coase<sup>22</sup>, conocido así por quien hubo de desarrollarlo, Ronald Coase (Profesor de la Universidad de Chicago y Premio Nóbel de Economía del año 1991), por lo que las ideas de Coase para el AED pueden resumirse de la siguiente manera:

- (i) Si no hay costes de transacción, las partes arribarán siempre a un resultado que será eficiente, sin importar las normas jurídicas o el derecho aplicable, ya que si la asignación de derechos es ineficiente, las partes se encargarán de corregirla por una transacción.
- (ii) En consecuencia, el objetivo del ordenamiento jurídico es el de minimizar los costes de transacción, para obtener soluciones eficientes. ¿Como hacer esto? Sencillamente definiendo derechos de propiedad en forma clara, hacer que la transferencia de los mismos sea fácil, creando remedios eficientes para el incumplimiento de contratos, etc.
- (iii) Cuando a pesar del intento del derecho de tratar de minimizar los costes de transacción los mismos se mantienen elevados o son prohibitivos (como en un accidente), debe analizarse el problema como si los costes hubiesen sido originalmente nulos, ya que así se llegará a la solución eficiente.<sup>23</sup>

### 1.3 Instrumentos de reducción del número de accidentes

#### 1.3.1 Incentivos para las partes

Anteriormente hemos dicho que el derecho de daños no debe tener como única misión la de compensar a la víctima por los daños causados, sino que también debe tener una función preventiva o *deterrence*, la cual pregonan algunos analistas económicos del derecho.

En efecto, bajo un determinado nivel de precaución (el óptimo) y dependiendo de la regla de responsabilidad, los accidentes y los costes derivados de él serán minimizados. A partir de esto, las normas jurídicas deben tener como misión la de fijar incentivos a las partes para que tomen las precauciones debidas y alcancen dicho nivel óptimo de precaución.

Pero, ¿cómo se logra esta disuasión de forma efectiva, o esta reducción del número de accidentes que proclaman los analistas económicos del derecho? A continuación, mediante el siguiente ejemplo, trataremos de desarrollar esta cuestión.

Supongamos que existe un riesgo latente de sufrir un accidente de automóvil y la consiguiente pérdida de algún miembro del cuerpo, y el procedimiento más barato para evitar dicho accidente es que otro conductor maneje más lenta o cuidadosamente.

La probabilidad de que ocurra el accidente es: 0,01% La pérdida en caso de que ocurra el accidente es: 10 000€ El coste esperado del accidente es: 100€ El coste para el otro conductor por reducir su marcha es: 50€ <sup>24</sup>
--

La eficiencia requiere en este caso que, a fin de evitar el accidente, sea el otro conductor quien deba reducir la marcha ya que 50 < 100. Pero encontramos un gran problema, las potenciales víctimas poseen costes de

<sup>21</sup> Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGUERRE. “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”. Pag. 7.

<sup>22</sup> Ronald COASE. “The Problem of Social Cost”. Journal of Law and Economics. v. 3, n°1 pp. 1-44. 1961. Como sabemos, COASE, en su idea más básica, nos trata de decir que cuando los costes de transacción son cero, cualquiera que sea la regla jurídica sobre el uso de los recursos, se alcanzará el resultado económicamente más eficiente. Esto, a primera vista, puede parecer una predicción sobre la futilidad del Derecho, pero es exactamente lo contrario: dado que la realidad y el mundo entero está lleno de costes de transacción (tal es el caso del derecho de daños), la regla jurídica se torna decisiva para que se alcance la eficiencia económica (aunque también sabemos que el Derecho, como instrumento para alcanzar la eficiencia, no siempre lo logra).

<sup>23</sup> Richard POSNER. “Frontiers of Legal Theory”. Citado por Roberto MORENO RODRÍGUEZ. “Qué es el Law and Economics... y a quién le importa?”. La Ley Paraguaya. 2004. Pág.: 425.

<sup>24</sup> Se supone que, a raíz de la reducción de la velocidad, llegará con retraso a su destino, y esos 50€ son sus costes de oportunidad.

transacción - más específicamente costes de negociación - muy elevados, lo que hace excesivamente difícil la cooperación entre ambas partes.

En consecuencia, teniendo costes de transacción prohibitivos, el otro conductor no reducirá su marcha al menos que un sistema de responsabilidad le obligue a hacerlo, haciéndolo internalizar los daños de 10.000€ en caso que ocurra el accidente. De esta manera, el conductor tendrá un coste esperado de ir a juicio de 100€, lo que le inducirá a invertir 50€ en una precaución que hará bajar a cero el coste esperado de un juicio previniendo el accidente.<sup>25</sup>

Lo que el derecho de daños pretende es que los posibles causantes de accidentes internalicen los costes de dicho accidente, haciendo que el causante del daño compense a la víctima. Cuando el posible causante del accidente internaliza los costes del accidente tendrá incentivos para invertir en un nivel de seguridad eficiente.

Repetimos, debe quedar bien claro que el objetivo de las normas de responsabilidad civil extracontractual es generar los incentivos que consigan que el número de accidentes se acerque al óptimo social, y *no que no haya accidentes*, porque alcanzar un nivel cero de accidentes es imposible, a la par que ineficiente. Esto puede llegar a sonar algo extraño en vista a que los accidentes ocasionan externalidades negativas y parece obvio afirmar que las cosas negativas, cuanto menos, mejor. Sin embargo, sabemos con certeza que muchas actividades socialmente deseables, como la construcción, el tráfico de los vehículos a motor o la producción de medicamentos, nos llevan a la producción de accidentes. La única manera efectiva de evitar tales accidentes es prohibir las actividades en cuestión. Si no se está dispuesto (y en los tres ejemplos citados parece claro que no hay buenas razones para dejar de realizarlos), entonces, el objetivo sólo podrá ser la minimización de los accidentes, no su exclusión, ya que sería extremadamente costoso e imposible reducir el riesgo y por lo tanto la cantidad de accidentes a cero.<sup>26</sup>

### 1.3.2 Modelos disponibles

A continuación desarrollaremos los modelos económicos de accidentes a fin de explicar cómo las distintas reglas de responsabilidad influyen en los incentivos de las partes para reducir las externalidades negativas de los accidentes. El análisis estará enfocado en las dos reglas principales de responsabilidad civil: la *culpa* y la *objetiva*.<sup>27</sup>

Como todos los modelos económicos, se basa en una serie de supuestos reductivos acerca de la realidad del mundo, que pueden ir relajándose, ajustándose de forma más perfecta a la realidad, sin que por ello el modelo deje de funcionar y sus implicaciones sigan siendo, en conjunto, correctas.

A fin de desarrollar el modelo, asumiremos, entre otras cosas, que:

(i) **En los accidentes se ven involucrados dos tipos de sujetos claramente diferenciados:**

(a) *Causante de los daños*: a través de su conducta genera un daño a terceras personas.

(b) *Víctimas*: son las que sufren los daños a consecuencia del comportamiento de los causantes.

En definitiva, hay un causante y una víctima que saben que lo son, y que el causante no sufre daños al causar un daño a la víctima, y la víctima los padece a causa de la acción del otro, y no a causa de su propia conducta.

(ii) **Se considerarán dos factores que tienen trascendencia en la producción del accidente:**

(a) *Nivel de cuidado o precaución*: nos referimos al grado de cuidado de la persona que desarrolla una cierta actividad, que puede contribuir a la probabilidad que se produzca un daño. Ejemplo: la velocidad de un coche afecta a la probabilidad de producir un daño.

(b) *Nivel de actividad*: se refiere a la magnitud de la actividad del causante y víctima que puede influir en la producción de daños. Ejemplo: en el caso de los aviones, a mayor número de horas de vuelo, más alta es la probabilidad de accidente.

(iii) **Actitud frente al riesgo**. Asumiremos que las partes son neutrales al riesgo. Tanto los causantes como las víctimas toman sus decisiones únicamente sobre la base de la utilidad esperada de las distintas actividades. Es decir, son indiferentes ante el nivel del riesgo al que están expuestos y sólo les interesa la utilidad esperada de cierta situación y no el mayor o menor riesgo.

<sup>25</sup> Este ejemplo es tomado, con algunas modificaciones, de Richard POSNER. "Análisis Económico del Derecho". Fondo de Cultura Económica. México. 1998. Pág.: 156.

<sup>26</sup> Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO. Ob. Cit. Pág.: 342.

<sup>27</sup> Para el desarrollo de esta sección utilizaremos básicamente la obra de Steven SHAVELL: "Foundation of Economic Analysis of Law". The Belknap Press of Harvard University Press. 2004; y los apuntes de las clases del Prof. Fernando GÓMEZ POMAR.

(a) 10% de probabilidad de perder 1000: 100 (utilidad esperada) (arriesgado)

(b) 100% de probabilidad de perder 100: 100 (utilidad esperada) (seguro)

Suponemos que tanto para el causante como para la víctima, las opciones a) y b), les son indiferentes, ya que le reportan la misma utilidad esperada. (Este supuesto no es tan grave si se piensa en la existencia de mercados desarrollados de seguros contra daños y de seguros de responsabilidad civil).

### 1.3.2.1 Accidentes unilaterales: niveles de cuidado.

En esta primera versión del modelo de accidente, afirmamos que los accidentes son unilaterales por la razón de que sólo la actividad del causante tiene incidencia en el riesgo de daños, el comportamiento de la víctima no. Ejemplo: accidentes aéreos, donde la víctima se limita a estar sentada en el avión, sin que su actividad pueda influir en la caída del aparato.

El objetivo, en este caso, será la minimización de la suma de los costes de precaución más el daño esperado. Esta suma será llamada Coste Social. A partir de eso, entonces, maximizar el beneficio social quiere decir hacer mínimo el Coste Social de los accidentes.

Consideremos el siguiente ejemplo:

Daño: 100

El causante puede adoptar tres niveles de cuidado:

Nivel de cuidado	Coste de precaución	Probabilidad del daño	Daño esperado	Coste social
Ninguno	0	20%	20	20
Medio	5	10%	10	15
Alto	12	5%	5	17

El nivel de cuidado óptimo es el nivel medio, porque es el nivel que hace mínimo el coste social de los accidentes.

¿Cómo afectan las normas de responsabilidad que ofrece el sistema jurídico? Suponemos que los tribunales son capaces de conocer el daño y pueden valorar el comportamiento del causante:

- (a) *Regla de no responsabilidad*: si no existe responsabilidad por accidentes, los causantes no tomarán ninguna precaución, no se fijarán en la columna de daño esperado y tomarán la decisión a un coste de precaución mínimo. Esta regla no induce al comportamiento deseable.
- (b) *Responsabilidad objetiva*: el causante será responsable por los daños causados a la víctima con independencia del nivel de cuidado que adopte. Como el coste social del causante es igual al coste social total, y como buscará minimizar su propio coste, su meta sería minimizar el coste social total, por lo que le llevará a adoptar el nivel de cuidado medio. Esta regla induce al comportamiento deseable.
- (c) *Responsabilidad por culpa*: bajo esta regla, en causante es obligado a indemnizar por los daños causados solo si fue negligente, esto es, solo indemnizará si su nivel de cuidado fue menor al nivel de debido cuidado establecido por las legislaciones o los tribunales.

Para esto, es necesario suponer que los Tribunales pueden aplicar de forma óptima la regla de responsabilidad por culpa, es decir (i) pueden fijar el nivel de cuidado socialmente óptimo, o sea, ver la columna de coste social y ver que este nivel es el medio; y (ii) pueden apreciar el nivel de diligencia utilizado por el causante y compararlo sin error con el óptimo.

Si las Cortes o las legislaciones pueden fijar el nivel de debido cuidado igual al nivel de cuidado socialmente óptimo (en nuestro ejemplo el nivel medio), los causantes serán inducidos al nivel óptimo de cuidado y así el resultado será socialmente óptimo. En consecuencia, si se exige el nivel de cuidado medio, cuando el causante adopte el nivel medio o máximo, no tendrá que responder por el daño. Se adoptará el medio, porque el coste es sólo de 5 para el causante.

Básicamente, tanto la regla de responsabilidad objetiva como por culpa inducen al comportamiento social óptimo, pero se diferencian en qué conocimientos necesita un tribunal para aplicarlas. Bajo la responsabilidad objetiva, el tribunal únicamente tiene que determinar el daño, mientras que en la responsabilidad por culpa se debe determinar el nivel de cuidado adoptado por el causante al momento del accidente, determinar el nivel

óptimo social, como también determinar el costo y la eficiencia de los diferentes niveles de cuidado a fin de reducir los riesgos de los accidentes<sup>28</sup>.

### 1.3.2.2 Accidentes bilaterales: niveles de cuidado.

En el modelo de accidentes bilaterales, tanto el causante como la víctima pueden tomar medidas de cuidado que sirvan para reducir el riesgo de los accidentes.

Nuevamente, el óptimo social será el nivel de cuidado que minimice la suma del coste de precaución más el daño esperado.

Consideremos el siguiente ejemplo:

Daño: 100

Hay dos niveles de cuidado: SI se cuida y NO se cuida

Nivel de cuidado		Coste		Probabilidad del daño	Daño esperado	Coste social
C	V	C	V			
NO	NO	0	0	30%	30	30
NO	SI	0	5	24%	24	29
SI	NO	10	0	18%	18	28
SI	SI	10	5	12%	12	27

Cómo afectan las normas de responsabilidad que ofrece el sistema jurídico:

- (a) *Regla de no responsabilidad*: la víctima pensará que, si el causante no responde, no tomará medidas de cuidado y entonces comparará el daño esperado. Si no adopta medidas de cuidado tendrá un daño de 30, pero si invierte 5 en medidas de precaución se ahorrará 6 en daños esperados. Esta regla induce a un cuidado cero por parte del causante y un cuidado óptimo por parte de la víctima (NO – SI)
- (b) *Regla de responsabilidad objetiva*: como los causantes siempre serán responsables por los daños causados bajo esta regla, tendrán incentivos a invertir en medidas de cuidado. Preferirán invertir 10 en medidas de precaución y reducir 12 el daño esperado. En cuanto a las víctimas, como serán enteramente compensadas por los causantes, no tendrán incentivos a invertir en medidas de cuidado. En consecuencia, el nivel de precaución de las partes (SI – NO) será el óptimo para el causante, no así para la víctima.
- (c) *Regla de responsabilidad por culpa*: suponemos que se fijará como nivel de precaución para cumplir los mínimos de diligencia en el nivel SI. El causante, si elige NO, se ahorrará 10, pero cargará con todo el daño esperado: 30. Si adopta precauciones a un costo de 10 se olvidará del daño esperado, pues si llega al nivel de diligencia exigible no se le hará responder. La víctima sabe que el causante será diligente, por lo que ella también lo será (SI), pues carga con el daño esperado resultante cuando el causante adopta la diligencia debida: 5 es mejor que 6. Por tanto, esta regla induce al comportamiento deseable, al óptimo.

En los accidentes bilaterales, las reglas de responsabilidad objetiva y por culpa se complementan con regulación adicional que trata de valorar el comportamiento de ambos. En efecto, hemos visto que las reglas expuestas anteriormente, en ciertos casos, distorsionan incentivos, por lo que la doctrina se encargó de corregir esas reglas introduciendo consideraciones sobre el comportamiento de la víctima.

Asimismo, muchos accidentes pueden ser evitados por las víctimas a un costo menor que quienes lo causan, de modo que la ley necesita el concepto de falta de la víctima a fin de otorgar a las víctimas potenciales incentivos de seguridad adecuados<sup>29</sup>. Supongamos que el costo esperado de un accidente es de 30\$, pudiendo ser evitado por el causante a un costo de 10\$, y pero también por la víctima a un coste solo de 5\$. La solución eficiente haría que la víctima sea la responsable del daño, en vista a que ella, por la mitad, hubiese podido evitar el accidente. Por el contrario, si el causante se convierte en responsable, la víctima no tendrá ningún incentivo para tomar medidas de precaución porque será plenamente compensada por su lesión. Esto lleva a una asignación ineficiente de recursos.<sup>30</sup>

He aquí las reglas complementarias:

<sup>28</sup> Tal como lo expresa SHAVELL, esta desventaja de la regla de responsabilidad por culpa puede ser atenuada, o quizás desaparecer, en la versión bilateral del modelo de los accidentes. Ob. Cit. Pág.: 180 y sgtes.

<sup>29</sup> Richard POSNER. Ob. Cit. Pág.: 161.

<sup>30</sup> Sin embargo, POSNER hace una salvedad en este ejemplo, como el pago por responsabilidad por culpa no es siempre enteramente compensatorio, sobre todo en relación a graves lesiones corporales y personales (la vida de alguien); y, en la medida en que no lo sean, las víctimas potenciales tendrán un incentivo para tomar precauciones aunque, si dejan de tomarlas, no se reducirá en un solo centavo el pago de daños. Sin embargo, el incentivo será menor. Ob. Cit. Pág.: 162.

- (a) *Negligencia contributiva*: se valora el comportamiento de la víctima en términos de culpa o negligencia y, si la víctima es considerada negligente, pierde el derecho de indemnización, tanto bajo una regla de responsabilidad objetiva como por culpa. Efectos: (i) bajo la regla de responsabilidad por culpa, no la altera, la víctima no recibe indemnización porque el causante es diligente y está exento de responsabilidad y la víctima soporta el coste esperado, haciendo esto que adopte el nivel de precaución adecuado. (ii) bajo la regla de responsabilidad objetiva, altera el comportamiento de la víctima, que ahora tiene incentivos a adoptar el nivel de cuidado óptimo para no perder la indemnización. Este sistema corrige la ineficacia de la responsabilidad objetiva en accidentes bilaterales.
- (b) *Negligencia comparativa*: bajo una regla de responsabilidad por culpa, se valora el comportamiento de la víctima, por lo que si el causante es diligente no habrá indemnización, pero si es negligente, la indemnización dependerá de si la víctima ha sido o no diligente. Si la víctima fue diligente recibirá la indemnización, pero si no lo fue, la indemnización se reduce en proporción a los niveles de negligencia de ambos.

En cuestiones de niveles de cuidado, tanto la negligencia contributiva como comparativa tienen los mismos efectos, pero, la negligencia comparativa involucra un pago de transferencia que no genera ninguna ganancia por asignación, y los pagos de transferencia involucran costes administrativos. Asimismo, la negligencia comparativa introduce una nueva consideración al litigio (las faltas relativas de las partes), requiriendo mayores gastos en recursos por las partes y los tribunales y, al volver más difícil el pronóstico de la responsabilidad, puede incrementar el número de litigios<sup>31</sup>.

### 1.3.2.3 Accidentes unilaterales: niveles de cuidado y niveles de actividad.

En esta sección expondremos el modelo económico de accidentes unilaterales, incluyendo, a parte de los niveles de cuidado, los niveles de actividad del causante. El número de kilómetros recorridos por un conductor puede ser considerado como su nivel de actividad. Asumiremos que un aumento del nivel de actividad del causante tiene relación directa con el aumento del daño esperado.

El objetivo social, en este caso, será obtener un nivel de actividad tal que maximice la utilidad de la actividad del causante y minimice el coste de precaución y el daño esperado. Esta diferencia se llamará Bienestar Social.

Consideremos el siguiente ejemplo:

Niveles de Actividad	Utilidad Actividad	Coste de precaución	Daño Esperado	Bienestar social
0	0	0	0	0
1	40	3	10	27
2	60	6	20	34
3	69	9	30	30
4	71	12	40	19

En este ejemplo, el nivel de actividad que maximiza el bienestar social es el 2, que es el nivel que maximiza la diferencia entre la utilidad de la actividad (60) y la suma del coste de precaución (6) y el daño esperado (20).

Cómo afectarán las reglas de responsabilidad a los diferentes niveles de precaución y utilidad:

- (a) *Regla de no responsabilidad*: como el causante no será responsable de los daños causados, no sólo no tomará medidas de cuidado, sino que operará con el nivel de actividad más alto. Únicamente se fijará en la columna de la utilidad de la actividad, porque no internaliza el daño causado.
- (b) *Regla de responsabilidad objetiva*: como el causante cargará con el daño esperado, se fijará en la columna del bienestar social. Internalizará el beneficio de su actividad y el daño esperado. En consecuencia, escogerá el óptimo.
- (c) *Regla de responsabilidad por culpa*: el causante sólo se fija en la precaución, y eso hará que adopte el cuidado óptimo. Como en éste ya no paga indemnización, se excederá en el nivel de actividad. En consecuencia, induce a quien desarrolla la actividad a adoptar el nivel de cuidado óptimo. Pero éste no es el único factor a tener en cuenta, ya que si adopta el nivel de cuidado óptimo, a la hora de fijar su nivel de actividad, no tendrá en cuenta las consecuencias, porque las sufrirá la víctima y él estará exonerado de cargar con la indemnización.

Dados los modelos de accidentes desarrollados anteriormente, podemos afirmar que la responsabilidad objetiva tiene los mismos efectos sobre el nivel de cuidado y seguridad de las partes que la responsabilidad por culpa, siempre y cuando se contemple un sistema de negligencia contributiva o comparativa.

<sup>31</sup> Richard POSNER, Ob. Cit. Pag.: 164.

Sin embargo, como expresa Posner, existen algunas diferencias económicas significativas entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa. Un procedimiento para evitar un accidente automovilístico consiste en conducir más lentamente, otra manera de evitar consiste en conducir menos kilómetros. Pero, raras veces – para no decir ninguna – los tribunales, en un caso de responsabilidad por culpa, pueden determinar el nivel óptimo de la actividad que originó el accidente. La incapacidad judicial para determinar los niveles óptimos de una actividad es una grave deficiencia de un sistema de responsabilidad por culpa.<sup>32</sup>

Supongamos que para trasladarnos de un extremo a otro de una ciudad hay que hacerlo únicamente a través de un río, y para ello tenemos sólo dos opciones, (i) barcos o (ii) helicópteros, siendo ambos sustitutos perfectos. Pero los primeros provocan muchos accidentes que no pueden evitarse aun siendo cuidadosos, mientras que los helicópteros no provocan accidentes. Si no fuera por los costes de accidentes, los barcos serían más baratos que los helicópteros, pero al incluir en el precio los costes de accidentes, los primeros cuestan 10% más caros que los segundos. Bajo una regla de responsabilidad por culpa, los barcos desplazarán a los helicópteros, aunque sean más costosos. Sin embargo, bajo una regla de responsabilidad objetiva, los posibles causantes del daño – barcos - tomarán en cuenta los posibles cambios en el nivel de la actividad, así como los posibles cambios en los gastos de las medidas de precaución, a fin de decidir si prevendrán los accidentes.

Una regla de responsabilidad objetiva es atractiva (en accidentes unilaterales) en ámbitos donde la actividad es intrínsecamente peligrosa, en el sentido de que, aunque se adopte el nivel de cuidado socialmente óptimo, el riesgo de accidente sigue siendo no despreciable (tal como vimos en el ejemplo anterior).

En cambio, si la norma de cuidado óptimo reduce el daño esperado prácticamente a cero, la elección del nivel de actividad es prácticamente irrelevante. Si la ventaja de la responsabilidad objetiva – de controlar la elección del nivel de actividad – no es importante, no es mejor que la responsabilidad por culpa.

#### 1.3.2.4 Accidentes bilaterales: niveles de cuidado y niveles de actividad.

En la mayoría de los casos, las víctimas y los posibles causantes de daños tendrán que elegir los niveles de precaución, como también los niveles de actividad. En este modelo, el óptimo social que supone una maximización del bienestar, resulta de la suma de la utilidad que el causante recibe de realizar su actividad y la utilidad de la víctima de realizar la suya, menos la suma de los costes de precaución tanto de la víctima como del causante y del daño esperado. Así, la función de bienestar social se define de la siguiente manera:

(Utilidad C + Utilidad V) – (Precaución C + Precaución V + Daño Esperado)

A continuación, cómo afectan las distintas formas de responsabilidad en las personas:

- (a) *Regla de no responsabilidad*: el causante escogerá el máximo nivel de actividad, porque obtendrá una mayor utilidad, y no tomará medidas de precaución porque no cargará con el daño esperado. La víctima, por su parte, como no recibirá indemnización alguna, tomará las medidas de precaución adecuadas y optará por un nivel de actividad óptimo: deberá cargar con las medidas de precaución y asumir el coste del daño esperado.
- (b) *Regla de responsabilidad objetiva*: el causante, como siempre cargará con el daño causado a la víctima, se verá inducido a adoptar el nivel de precaución adecuado, pues se enfrenta al daño esperado. Asimismo, elegirá el nivel de actividad socialmente deseable porque internaliza el coste que genera su aumento de actividad. El causante hará el cálculo:  $UA - (PC + DE)$ . Seguidamente, la víctima no tomará el comportamiento óptimo, tomará el mínimo nivel de cuidado y el máximo nivel de actividad, ya que sabe que el causante le pagará por todo el daño producido. Ahora bien, si introducimos a esta regla de responsabilidad la negligencia contributiva o comparativa, la víctima adoptará el nivel de cuidado deseado, porque si es negligente ésta perderá parte o toda la potencial indemnización. Pero, como en el nivel de cuidado no está incorporado el nivel de diligencia, la víctima, aunque aumente su nivel de actividad, no influye en el hecho de recibir o no la indemnización, pues es prácticamente saber la utilidad derivada de una actividad y se requiere un conocimiento histórico. El  $UV - CP$  será menor que en la regla de responsabilidad objetiva pura, pero más alto que el adecuado socialmente.
- (c) *Regla de responsabilidad por culpa*: el causante adoptará el nivel de precaución óptimo, pero el nivel de actividad será más alto que el socialmente deseable ya que el exceso de actividad no le produce ningún coste. La víctima siempre tomará el nivel de precaución y el nivel de actividad óptimo. Tomará el nivel que maximice:  $UV - CP - CE$ , porque sabe que el potencial causante del daño será cuidadoso y no tendrá que pagarle indemnización alguna.

<sup>32</sup> Richard POSNER, Ob. Cit. Pag: 168.

La conclusión del análisis anterior es bastante contundente: en el caso de accidentes bilaterales (donde se aprecian no sólo las medidas de precaución, sino también los niveles de actividad de las partes) no hay ninguna regla de responsabilidad que pueda incentivar a ambas partes a mantener su actividad dentro de unos niveles óptimos desde el punto de vista social.

Al establecer una regla de responsabilidad habrá que atender a cuál de las dos partes incide en mayor grado con su nivel de actividad en la producción del accidente. Por ejemplo, si se observa que el nivel de actividad de los posibles causantes de daños tiene mayor relevancia, se preferirá una norma de responsabilidad objetiva; si el nivel de cuidado de la víctima tiene influencia sobre la producción del daño, se torna conveniente complementar la regla de responsabilidad objetiva con una regla de concurrencia de culpas (negligencia contributiva), a fin de lograr que la víctima tenga incentivos para tomar medidas de cuidado.

Para un resumen de lo hecho hasta aquí en relación al modelo de accidentes bilaterales (con incidencia del nivel de precaución y actividad del causante del daño y de la víctima), nos permitimos exponer a continuación lo que se conoce como “teorema de Shavell”, en atención a su paternidad (Steven Shavell). En esta situación se ha dicho que al derecho civil no le resta más que escoger el “menor de los males”.<sup>33</sup>

Los resultados obtenidos hasta el momento mediante el análisis de los modelos de accidentes se presentan a continuación en forma de tabla, donde “Sí” significa que los incentivos generados por las normas son eficientes, y “No” que no lo son:

Normas de responsabilidad	Precaución Causante	Precaución Víctima	Nivel de Actividad Causante	Nivel de Actividad Víctima
Sin responsabilidad	No	Sí	No	Sí
Objetiva	Sí	No	Sí	No
Culpa	Sí	Sí	No	Sí
Objetiva con compensación	Sí	Sí	Sí	No
Culpa con compensación	Sí	Sí	No	Sí

Paralelamente a lo expuesto anteriormente, pretendemos ahora aumentar levemente la complejidad del análisis hecho precedentemente introduciendo una nueva variante:

Consideración de los costes terciarios (tercer objetivo de CALABRESI)
---

Sospechamos que los costes de gestión del sistema judicial (determinación de la responsabilidad y su ulterior ejecución) están lejos de ser despreciables. Por ende, examinaremos cómo varían los costes de administración del sistema según la regla de responsabilidad que se adopte:

- (a) *Regla de no responsabilidad*: cuando no exista norma que imponga responsabilidad alguna a los agentes, en principio tampoco habrá costes de administración del sistema judicial, por la simple razón de que no habrá víctimas con derecho a reclamar.
- (b) *Regla de responsabilidad objetiva*: bajo esta regla, los costes terciarios se ven afectados de dos formas, con efectos contrarios: (i) por un lado, fomenta la litigación, ya que la víctima sabe que puede cobrar una indemnización con relativa facilidad – en comparación a una regla de responsabilidad por culpa – ya que sólo debe encontrar al causante, demostrar la causalidad y el daño; (ii) por otro lado, disminuye los costes del litigio, ya que cuando mayor sea el número de posibles puntos a demostrar en juicio, mayor será el costo por cada juicio, sin embargo, como la regla de responsabilidad objetiva sustrae de la discusión a la culpa o imprudencia, los costes se reducirán.
- (c) *Regla de responsabilidad por culpa*: esta regla influye sobre los costes de litigación, pero de manera paralela a lo que hace la regla de responsabilidad objetiva: (i) cuando la prudencia del causante sea fácilmente discernible no tendrá sentido para la víctima ir a juicio, ya que no sólo no obtendrá la reparación del daño, sino también cargará con las costas procesales; (ii) aumento de los costes de cada litigio, ya que se suma un nuevo elemento de probanza para las partes: la determinación de la prudencia-imprudencia.

Podemos redondear la idea expresando que en un plano meramente teórico el efecto global resulta indeterminado, a la luz de que cada norma es mejor que la otra en un aspecto. En consecuencia, la cuestión habrá de decidirse empíricamente, conforme a las características previsibles de cada área a regular (así, por ejemplo, se puede tratar de una en que sea relativamente fácil la determinación de la culpa o imprudencia y, por ende, no se eleven demasiado los costes por cada litigio).

<sup>33</sup> Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO. Ob. Cit. Pág.: 344.

Así las cosas, si el único objetivo a la hora de desarrollar una política pública de administración de justicia es reducir los costes de dicha gestión (*costes terciarios*) la regla de no responsabilidad es la ideal. Sin embargo, deja de ser la ideal si uno de los objetivos pasa por resarcir a las víctimas, resultando la regla de no responsabilidad la peor de las posibles elecciones, ocupando el puesto de mejor elección el sistema de responsabilidad objetiva, que resarce a mayor número de personas, más rápido y con menos costes que el sistema de responsabilidad por culpa. Si la prevención de los accidentes se viera gravemente afectada por la inexistencia de estos procedimientos (como de hecho ocurre), entonces tendría sentido instaurar un sistema de responsabilidad objetiva o por culpa. Como la decisión por uno o por otro no es teóricamente decidible, habrá que resolver la cuestión de manera empírica (tal como lo adelantamos en el párrafo precedente).<sup>34</sup>

### 1.3.3 La regla económica de la culpa del Juez Learned Hand

Para la regla de responsabilidad por culpa, el legislador, a través de la norma, debe establecer un estándar de diligencia debida de forma que los tribunales puedan comparar el comportamiento del causante del accidente y la diligencia exigible.

Como expresa SILVA ALONSO, el código civil paraguayo, en su artículo 421, define la culpa contractual, omitiendo referirse a la culpa extracontractual, definiéndola el mencionado autor de la siguiente manera: *es todo modo antijurídico de conducta, acción u omisión que implica negligencia, impericia o imprudencia en el agente*.<sup>35</sup>

Ahora bien, podemos definir a las medidas de precaución como *deberes objetivos que están definidos con mayor o menor rigor en cada sector del tráfico en función del coste de adoptar las precauciones propias de cada uno de ellos y del daño probable que resulta de su omisión*.<sup>36</sup>

A partir de ello, entonces, surge la pregunta clave: a la hora de establecer los estándares de diligencia debida y al momento en que los Tribunales deban definir una actividad como culposa – o negligente - ¿cómo lo hacen? A esta pregunta responde hace más de una generación el *análisis económico del derecho de daños*.

En efecto, lo que hoy conocemos como teoría económica de la culpa, se debe originalmente al juez norteamericano Learned HAND (1872-1961) cuando hubo de decidir el probablemente más famoso caso de Derecho de daños del siglo XX: *US vs. Carroll Towing Co. [159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947)]*.<sup>37</sup> La situación se dio así:

La parte demandada Carroll Towing Co. era una remolcadora que trabaja estirando barcazas en el puerto de Nueva York. En un momento dado, empleados de la Carroll comenzaron a reajustar las amarras de las distintas barcazas, pero el ajuste fue mal efectuado y una de las chatas, *Anna C*, se soltó, chocó con otro barco y se hundió con toda su carga. En Primera Instancia, la compañía demandada fue hallada negligente y condenada al pago de una indemnización a la propietaria de la barcaza *Anna C*. La Carroll Towing Co. apeló la sentencia arguyendo que hubo culpa concurrente de la parte actora ya que no previó la contratación de un “lanchonero”, que, según la Carroll, de haber estado al bordo de la barcaza al momento del reajuste de la barcaza, hubiera evitado el accidente. El Juez Hand estuvo de acuerdo con los argumentos del apelante, y en el fundamento de su fallo fijó una fórmula matemática para ayudar a determinar en que casos puede considerarse a una conducta como “negligente”.<sup>38</sup>

En cuanto al voto del Juez HAND, podemos resumirlo de la siguiente manera:

De la revisión precedente se concluye que no existe ninguna regla general para determinar cuando la ausencia de un lanchonero u otro asistente hará responsable al dueño de una barcaza por los daños causados a otros barcos si se suelta de sus amarras. Dado que hay ciertas ocasiones en las que cualquier barco se soltará de sus amarras y se convertirá en una amenaza para los barcos cercanos, la obligación del dueño de tomar precauciones contra los daños resultantes es una función de tres variables: 1) la probabilidad de que el barco se suelte; 2) la gravedad del daño resultante en tal caso y 3) la carga de las precauciones adecuadas. Quizá convenga poner de relieve esta noción expresándola en términos algebraicos: si la probabilidad es P, el daño es L, y la carga de precaución es B, la responsabilidad entonces depende de que B sea menor que L multiplicado por P, es decir, de que  $B < PL$ .<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO. Ob. Cit. Pág.: 345.

<sup>35</sup> Ramón SILVA ALONSO. “*Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Paraguayo*”. Editorial Intercontinental. Edición 2006. Pág.: 166.

<sup>36</sup> Pablo SALVADOR CODERCH y Ma. Teresa CASTIÑEIRA. Ob. Cit. Pág.: 133.

<sup>37</sup> Salvador CODERCH y CASTIÑEIRA, siguiendo la cita de POSNER (*Economic Analysis of Law*), aclaran que la intuición es más vieja: véase, por ejemplo, *Adams v. Bullock (227 NY 208, 125 NE [1919][Cardozo J.]*. Ob. Cit. Pág.: 133.

<sup>38</sup> Resumen del proceso que dio origen a la resolución del Juez HAND, más conocida como “*Fórmula de Hand*” tomado de Roberto MORENO RODRÍGUEZ. Ob. Cit. Pág: 427.

<sup>39</sup> Resumen del voto que ha sido extraído de Robert COOTER y Tomas ULEN. Ob. Cit. Pág.: 400 y sgtes.

En conclusión, conforme a la fórmula económica de la culpa del juez HAND, podemos afirmar que si el coste de un accidente es menor que el coste de evitarlo, una persona económicamente racional no evitará el accidente y preferirá pagar una indemnización a su víctima.

Habrà *negligencia* si el coste de la precaución es menor que la probabilidad del accidente multiplicada por la magnitud del daño ( $B < P \times L$ ).

Habrà *diligencia* si el coste de la precaución es mayor o igual que la probabilidad del accidente multiplicada por la magnitud del daño ( $B \geq P \times L$ ).

Esta fórmula induce a los *comportamientos eficientes* en cuanto a precaución y medidas de cuidado: a) Incentiva a adoptar medidas de precaución cuyo coste es inferior al daño esperado. b) No incentiva a medidas de cuidado que cuestan más en términos sociales que el daño esperado que evita.

De todas formas, esta manera de analizar la culpa o negligencia ha sido objeto de numerosas críticas y observaciones que no podemos dejar pasar por alto, aunque sea brevemente.

La primera, podemos señalar la dificultad a la hora de realizar las mediciones, tanto de P, L y B. ¿Hasta qué punto una persona que realiza una determinada actividad maneja con certeza datos como: probabilidad de accidente (P) o posibles daños (L)? Ahora bien, como señalan varios autores, tampoco hace falta una medición exacta de dichos valores; la fórmula destaca simplemente los factores relevantes a la hora de establecer el estándar de diligencia exigible, por lo que no se puede despreciar su valor explicativo.

La segunda, HAND da por sentado que todas las personas son neutrales al riesgo, aunque, en realidad, no lo sea así. Probablemente, la mayor parte de las personas se presenten como adversas al riesgo y, *con toda seguridad, casi todos estamos muy mal informados de los riesgos que corremos en la mayor parte de las actividades de nuestra vida cotidiana; por último, aunque realmente estuviéramos en condiciones de informarnos cumplidamente sobre los riesgos asociados a tal o cual actividad, los costes necesarios para la obtención de la información relevante serían prohibitivos en muchos casos.*<sup>40</sup> Introducir estas actitudes no elimina el valor explicativo de la fórmula de HAND. Es un factor de refinamiento del modelo, pero el cambio no es radical; simplemente hace falta añadir otros factores como el seguro.

La última, no menos importante que las anteriores, HAND se expresó en relación a valores medios, cuando que debió haber expresado su fórmula en valores marginales, resultado ésta más correcta: hay que comparar entre sí a los daños esperados y a los gastos en medidas de precaución y llevar a la precaución exigible a la medida tal en el que el punto en que un euro o guaraní más en medidas de cuidado nos ahorra precisamente otro euro o guaraní en accidentes probables. Invertir más en precaución sería ineficiente.<sup>41</sup>

#### 1.4 Daño compensable. Resarcimiento de la víctima.

Para mantener la credibilidad de todo el sistema de responsabilidad civil extracontractual es sumamente necesario que, si un demandado es encontrado responsable, deba pagar daños por lo menos tan grandes como L en la fórmula de Hand. Los daños iguales a L son compensatorios.<sup>42</sup>

La capacidad de las reglas de responsabilidad para inducir a una precaución eficiente depende en parte de la capacidad del tribunal para otorgar, efectivamente, a las víctimas de un daño, el pago de daños compensatorios. Este pago tiene dos funciones: primero, colocar a la víctima de nuevo en el nivel de utilidad o la curva de indiferencia que ocupaba antes del acto culposo; segundo, es el “precio” que el victimario debe pagar por haber dañado a la víctima.<sup>43</sup>

En efecto, si el demandado es encontrado responsable, deberá hacerse cargo de los daños hasta el punto en que sea igual a la pérdida efectivamente sufrida por la víctima.

“...las indemnizaciones por equivalente monetario sólo son un remedio adecuado frente al daño patrimonial, es decir, ante accidentes que provocan movimientos a lo largo de la

<sup>40</sup> Pablo SALVADOR CODERCH y Ma. Teresa CASTIÑEIRA. “Prevenir y Castigar”. Pág: 137 y sgtes.

<sup>41</sup> Para explicar el fenómeno de los valores medios y valores marginales, recurrimos a un ejemplo tomado de POSNER: supongamos que nuestro PL de 10\$ se eliminaría completamente si el conductor redujera su velocidad en 40 kilómetros por hora a un coste de 9\$ para él. Supongamos además que PL podría reducirse a 1\$ si el conductor reduce su velocidad en sólo 8 kilómetros por hora a un costo de sólo \$2. Esto implica que el hecho de bajar PL de 10\$ a 1\$ le cuesta al conductor 7\$ (9\$ - 2\$), lo que trae una pérdida social neta de 6\$. Está claro que deseáramos que reduzca su velocidad sólo en 8 kilómetros por hora, lo que generará una ganancia social neta de 7\$. Este ejemplo muestra que los costes esperados de los accidentes y los costes reales de los accidentes deberán compararse en el margen, midiendo los costes y beneficios de pequeños incrementos de la seguridad y dejando de invertir en más seguridad en el punto en que otro euro o guaraní gastado genere sólo un euro o guaraní menos de seguridad adicional. Richard POSNER. Ob. Cit. Pág.: 157.

<sup>42</sup> Richard POSNER. Ob. Cit. Pág.: 183. Asimismo, POSNER continúa explicando que existen dos razones que justifican que los daños deban pagarse a la víctima y no al estado. La primera es dar a la víctima un incentivo para demandar, lo que es esencial para el mantenimiento del sistema de responsabilidad por negligencia como una disuasión creíble y efectiva contra la negligencia. La segunda es la de impedir que las víctimas tomen demasiadas precauciones.

<sup>43</sup> Robert COOTER y Thomas ULEN. Ob. Cit. Pág.: 435.

función de utilidad de la víctima, pero no ante las que la alteran situándola en una función inferior.<sup>44</sup>

¿A dónde queremos llegar con la idea de la cita expuesta más arriba? Pues evidentemente a la conclusión de que en derecho existen dos tipos de daños que una persona puede experimentar: (i) los *daños patrimoniales* y (ii) los *daños morales o no patrimoniales*.

Como sabemos, económicamente hablando, experimentar un daño implica una reducción del nivel de utilidad de una persona<sup>45</sup>. El AED integra los discursos de la economía y del derecho para elaborar una teoría fecunda y elegante de los daños morales<sup>46</sup> (y, por qué no, de los daños patrimoniales).

Siguiendo con las palabras del profesor GÓMEZ POMAR, podemos afirmar que los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función a la muy distinta aptitud que el dinero tiene – en uno y otro caso – para restaurar la utilidad perdida: (i) el daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero, (ii) el daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar.<sup>47</sup>

Un ejemplo para no dejar dudas sobre la cuestión: para un ciclista que queda inválido de por vida no habrá dinero en el mundo que pueda reemplazar su sufrimiento experimentado como consecuencia de su terrible accidente. En este caso, existe un desplazamiento hacia abajo de su curva de utilidad – y ese cambio no afecta a la cantidad de dinero disponible por el dañado – sucede, sin embargo, que la misma cantidad de dinero le vale menos, *le rinde menor utilidad*, el ciclista ya no puede disfrutar con la misma intensidad del dinero que no ha perdido. Ahora, esto no quiere decir que no puede experimentar simultáneamente daños patrimoniales y morales, lo más normal es que se sucedan ambos a la vez; una vez acaecido el accidente también habrá gastos médicos, farmacéuticos, de rehabilitación, pérdidas de ingresos a consecuencia de su estado, adaptación de la vivienda, etc. Pero por más que todos esos gastos sean compensados en dinero, la víctima (el ciclista) no se verá restituida a la situación anterior al accidente que sufrió.

En consecuencia, esta idea de restablecer a la víctima a su situación anterior al acaecimiento del daño se torna imposible en algunas ocasiones, tales como la muerte de alguna persona cercana o la pérdida de algún miembro del cuerpo. Si le preguntáramos a un padre de familia cuánto es el monto de dinero en que se encontraría indiferente entre tener el dinero y un hijo muerto, y no tener el dinero pero tener al hijo vivo, no nos daría una respuesta, porque evidentemente esa suma de dinero de la indiferencia no existe para estos casos.

Siguiendo la tesis de COOTER y ULEN, podemos decir que hay dos conceptos distintos de los daños compensatorios en del derecho de daños, uno es el de *compensación perfecta*, y el otro el método de *equivalente del riesgo*.

La compensación es perfecta cuando la víctima se siente indiferente entre tener la lesión y el pago de los daños, y no tener ninguno de los dos. Este concepto es relevante para los daños que tienen en el mercado un sustituto del bien perdido. Así, cuando se dispone de un sustituto, el precio de mercado del sustituto mide el valor del bien para el demandante.<sup>48</sup>

Este concepto de la compensación perfecta, basado en la indiferencia, es fundamental para una evaluación económica de los incentivos. Si los victimarios potenciales son responsables del pago perfectamente compensatorio de los daños, internalizarán el daño externo causado por los accidentes, generando esto incentivos para que los victimarios potenciales tomen una precaución eficiente. Este tipo de compensación se calcula fácilmente para las pérdidas que tienen un sustituto en el mercado.<sup>49</sup>

Asimismo, y tal como lo habíamos expresado anteriormente, existen situaciones donde la idea de la indiferencia no se cumple en vista a que, para algunos daños, no hay sustitutos – al menos fáciles – en el mercado; pero de todas maneras el juez debe otorgar un pago de daños por ello.

Durante gran parte de nuestras vidas, al realizar determinada actividad, nos vemos expuestos a la posibilidad de sufrir algún accidente, por ejemplo, conducir un automóvil. Estos riesgos generalmente pueden ser reducidos, quizás no en su totalidad, pero sí en parte, siempre a un costo. Una decisión racional acerca de estos riesgos implica equilibrar los costes y beneficios de la precaución. Razonando de esta forma – siempre siguiendo la tesis de COOTER y ULEN – es posible imputar un valor a la pérdida de la vida.

<sup>44</sup> Jesús PINTOS AGER. “*Baremos*”. Indret 1/00. Pág.: 2.

<sup>45</sup> Hans-Bernd SCHAFER. Ob. Cit. Pág.: 569.

<sup>46</sup> Fernando GÓMEZ POMAR. “*Daño Moral*”. InDtret 1/00. Pág.: 1.

<sup>47</sup> Fernando GÓMEZ POMAR. Ob. Cit. Pág.: 2 y sgtes.

<sup>48</sup> Piénsese en una indemnización de daños por destroz de un automóvil, donde fácilmente en el mercado de vehículos se encuentran los precios de bienes sustitutos, siendo estos precios la medición perfecta de los daños compensatorios.

<sup>49</sup> Robert COOTER y Thomas ULEN. Ob. Cit. Pág.: 436.

Para ilustrar dicha afirmación, podemos suponer que la probabilidad de un accidente automovilístico fatal baja a 1/10000 cuando se gastan 100\$ adicional en la seguridad automotriz. Si los gastos en seguridad automotriz son racionales, la reducción de la probabilidad de un accidente fatal multiplicada por el valor implícito asignado a una vida será igual al costo marginal del cuidado:

$(1/10000)$ (valor implícito de una vida) : 100\$, o sea, (valor implícito de una vida) : $100 / (1/10000)$ , Lo que sugiere que el valor implícito de una vida es 1000000\$
--

Este método para calcular el valor de la vida, llamado *equivalente del riesgo*, toma a las compras realizadas en el mercado como una guía del valor que el comprador asigna a la seguridad<sup>50</sup>.

A fin de aplicar este método del *equivalente del riesgo* a un litigio judicial, el tribunal deberá considerar las situaciones en que el riesgo es conocido, por lo que habrá un valor  $P$  para la probabilidad de que ocurra el accidente, y un valor  $B$  para el costo de la precaución. Como sabemos, la eficiencia requiere que se tomen las precauciones adicionales hasta que la carga sea igual al cambio de la probabilidad  $P$  multiplicado por la pérdida  $L$ , o sea  $B: pL$ .<sup>51</sup> Por lo tanto, el tribunal calcularía el valor del equivalente del riesgo de una vida resolviendo la ecuación respecto a  $L$ , dando como resultado  $L: B / L$ .

### 1.5 El Derecho de daños como instrumento para alcanzar la eficiencia.

En la presente sección, por medio de un ejemplo - y utilizando la Teoría de Juegos - ilustraremos cómo el derecho en general, y el derecho de daños en particular, puede contribuir a pasar de peores a mejores situaciones; es decir, el derecho (en nuestro ejemplo, a través de un cambio jurisprudencial) puede lograr incentivar a las partes a adoptar medidas de precaución socialmente deseables, y contribuir así a la eficiencia.<sup>52</sup>

A fin de intentar explicar lo que planteamos al comienzo de la sección, desarrollaremos un ejemplo basado en el sistema de frenos ABS (Anti-Block System) para automóviles. En 1978, Mercedes Benz instala el primer sistema ABS en un vehículo de serie como sistema opcional. Aunque, posteriormente, muchas firmas lo han incorporado en sus vehículos como equipo de serie, todavía no es obligatorio su utilización. Es indudable que el dispositivo mejora la capacidad de frenado de cualquier vehículo, por lo que evita accidentes tanto individuales como colectivos. Pero además, si todos los vehículos disponen del mismo, contribuye a disminuir en gran medida la probabilidad de colisión entre vehículos. Es este segundo efecto el que nos interesa destacar aquí.

El ejemplo es sencillo, dos conductores (C1 y C2) barajan la posibilidad de instalar sistemas de frenos ABS. La utilidad anual que cada conductor experimenta del disfrute de su automóvil es de 1200€, y sus costes esperados serán de 600€ que resultan de una probabilidad del 6% de sufrir un accidente que le comportará daños por valor de 10.000€ ( $0,06 \times 10.000$ ). La instalación de un dispositivo de ABS tiene un coste de 100€ anuales (por las revisiones periódicas que precisa). Pero disponer de él reduce la probabilidad de sufrir un accidente de un 6% a un 2%, por lo que los costes esperados bajarán a 200€ ( $0,02 \times 10.000$ ).

La matriz binaria, con los jugadores y los pagos resultantes de cada acción, queda establecida de la siguiente manera:

		C2	
		ABS	NoABS
C1	ABS	90 ~	600
	No ABS	500	60 ~

Supongamos que C2 decida instalar el ABS. Entonces C1 hará lo propio (dado que  $900 > 600$ , como se puede observar en la primera columna). Por el contrario, si C2 resuelve no instalarlo, C1 tampoco lo hará ( $600 > 500$ , como se puede observar en la segunda columna). Si partimos de la decisión de C1 también llegaremos a

<sup>50</sup> Robert COOTER y Thomas ULEN. Ob. Cit. Pág.: 437.

<sup>51</sup> Nótese que nos estamos refiriendo a la fórmula económica de la culpa del juez norteamericano Learned Hand.

<sup>52</sup> Para el desarrollo de la presente sección utilizaremos básicamente el trabajo de Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE "Instrumentos de control social y derecho de daños". InDret. Noviembre de 2004. Pág.: 10 y sgtes; y el libro "Un primer curso de Teoría de Juegos" de Robert GIBBONS. Antoni Bosch editor. Barcelona. 1992.

la misma conclusión, resultando las dos situaciones de equilibrio señaladas en la tabla. Podemos observar que existe un equilibrio eficiente (casilla superior izquierda) y otro ineficiente (casilla inferior derecha), siendo ambos equilibrios de Nash en estrategias mixtas. ¿A cuál de ellos se llegará? Dependerá de circunstancias externas (como señalan SHAFER y OTT, citados por SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE<sup>53</sup>) como se verá en un ejemplo similar: si C1 sabe que C2 ha instalado el ABS, hará lo propio, pero si sabe que no lo ha hecho, tampoco lo hará él, pues un solo ABS no disminuye suficientemente la frecuencia y gravedad de las colisiones entre vehículos. En consecuencia, *a priori*, bajo un sistema de no responsabilidad no hay garantías de que ninguna de las dos partes se comportarán correctamente tras asumir que la otra lo hará.

Siguiendo con el mismo ejemplo, supongamos ahora que existe una serie de n conductores C1, C2, C3, ... Cn, para  $1 < n < \infty$  y p es la probabilidad de que un conductor haya instalado el sistema ABS en su vehículo. Entonces los beneficios esperados para C1 serán:

Beneficios en caso de ABS:  $B(\text{ABS}) = p \cdot 900 + (1-p) \cdot 500 = p \cdot 400 + 500$

Beneficios en caso de No ABS:  $B(\text{No ABS}) = p \cdot 600 + (1-p) \cdot 600 = 600$   
(donde probabilidad:  $p \in [0,1]$ )

C1 optará por instalar ABS siempre que:

$B(\text{ABS}) > B(\text{No ABS})$ , entonces:  
 $p \cdot 400 + 500 > 600$ ,  
 $p > 0,25$

Donde resulta que C1 instalará ABS en su automóvil siempre que la probabilidad sea superior al 25%, esto significa, cuando más de una cuarta parte de los vehículos dispongan del ABS, pero no lo hará si la proporción es inferior, pues no le será rentable.<sup>54</sup> Ahora, hay que destacar que, a pesar de que los individuos coincidan en que el uso de dicho sistema es beneficioso para la sociedad, la existencia de dos equilibrios de Nash puede llevar al fracaso el intento de extender dicho sistema, ya que no existen los incentivos privados necesarios para su instalación. Pero, aclaran los autores SALVADOR CODERCH y FERNÁNDEZ CRENDE, un cambio de jurisprudencia o, por supuesto, de legislación podría dar un vuelco a esta situación: si la Corte Suprema de Justicia (para nuestro caso) resuelve que, ante casos de choques entre vehículos, la falta de sistema de frenos ABS constituirá negligencia, los pagos se verían modificados de la siguiente manera:

		C2. C3. C4... Cn	
		ABS	NoABS
C1	ABS	$\frac{90}{n}$	$\frac{1}{100} \cdot 0$
	No ABS	$0$	$600$

Si instala ABS, en caso de choque de vehículos será indemnizado por aquél que fue negligente porque no lo instaló (a consecuencia de la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia). En cambio, si no instala el sistema deberá pagar una indemnización a quien lo había instalado, o bien, en caso de que el otro tampoco lo hubiera instalado cada uno asumirá sus propios daños.

Podemos observar cómo independientemente de la decisión de los demás individuos, para C1 resulta más beneficioso instalar ABS ya que los pagos de la fila superior son siempre superiores a los de la inferior. De esta forma, el precedente jurisprudencial habría inducido los incentivos privados necesarios para la generalización del producto en cuestión (sistema de frenos ABS), que de otra forma no hubiera podido producirse.<sup>55</sup>

### 1.6 Mercado de seguro y su relación con la responsabilidad civil extracontractual.

La presencia del seguro de responsabilidad civil por daños derivados de la circulación deviene sumamente importante, a la luz de varios factores que analizaremos sucintamente en las siguientes páginas.

<sup>53</sup> Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE “Instrumentos de control social y derecho de daños”. Pág.: 11.

<sup>54</sup> Esta idea podemos resumir así: a mayor número de usuarios de un mismo producto, mayor será la utilidad que cada uno de ellos obtendrá.

<sup>55</sup> Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE “Instrumentos de control social y derecho de daños”. Pág.: 12.

En muchos países existe la obligación legal de contratar una póliza de seguro de responsabilidad para la conducción de un vehículo. Tal es el caso de España, que en su artículo 2 de la Ley Española de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, reza lo siguiente:

“Todo propietario de vehículos a motor que tenga su estacionamiento habitual en España vendrá obligado a suscribir un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular que cubra, hasta la cuantía de los límites del seguro obligatorio, la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 1 anterior”

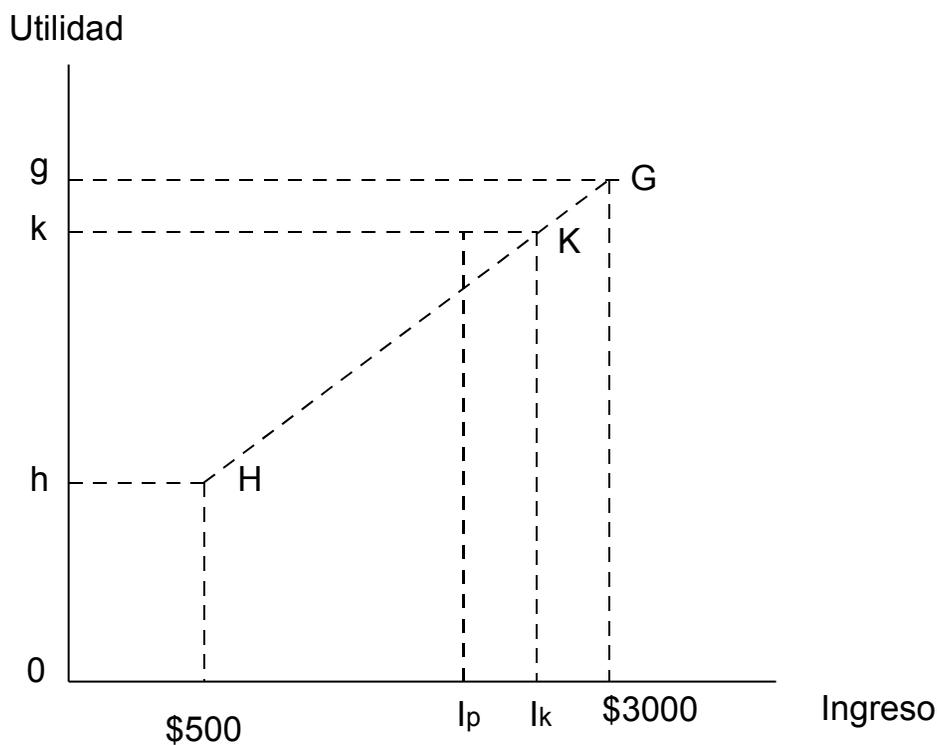
Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en España, Argentina o México, en Paraguay no se torna obligatoria la presencia de un contrato de seguro para la conducción de un vehículo a motor, por lo que, antes de exponer nuestro parecer sobre la conveniencia o no de la imposición de contratar seguro en nuestro país, esbozaremos a continuación, brevemente, algunas consideraciones sobre el mercado de seguro.

### 1.6.1 Actitudes frente al riesgo

Aun en ausencia de obligación legal de contratar seguro, sería esperable que un buen número de personas propietarias de vehículos contratasen una póliza de seguro para hacer frente a las eventuales obligaciones indemnizatorias. ¿A qué se debe este fenómeno?

Evidentemente, la respuesta está en la teoría económica de las actitudes frente al riesgo. Tal como expresa GÓMEZ POMAR, quien es adverso al riesgo y se enfrenta a la incertidumbre de la realización de un evento indeseable, está en principio dispuesto a pagar por liberarse de ese riesgo, trasladándolo a otro que no reciba ninguna desutilidad especial por la eventualidad en sí de afrontar ese suceso incierto. Para la mayoría de los propietarios de vehículos, el riesgo de causar un accidente y verse forzado a cargar con la indemnización de daños y perjuicios, constituye un riesgo del que preferirían poder escapar, aunque ello les suponga pagar una prima (igual o incluso superior al valor esperado del incierto evento indeseado) a quien absorba tal riesgo<sup>56</sup>.

Con el fin de ilustrar la opción del mercado de seguros, consideraremos la gráfica siguiente que describe la función de una persona que siente aversión al riesgo.<sup>57</sup>



Supongamos que esta persona enfrenta una perspectiva incierta, por ejemplo: la pérdida de ingresos a causa de ser encontrada responsable en un accidente de tráfico durante el año próximo, digamos también que dicha persona no está cubierta por ningún seguro de responsabilidad civil. Si no es encontrada responsable, con seguridad ganará \$3000 durante el año. Un ingreso monetario de \$3000 le da una utilidad de  $0g$  (correspondiente a la distancia vertical que va de \$3000 en el eje de los ingresos al punto G de la función de utilidad). Si es encontrado responsable en un grave accidente de tráfico que ocasionó y, en consecuencia, deberá responder con una alta indemnización, su ingreso disminuirá a \$500, traduciéndose esto en una utilidad de  $0h$ .

<sup>56</sup> Fernando GÓMEZ POMAR. “Coches y accidentes (II): algunos problemas del seguro de responsabilidad civil del automóvil”. InDret 03/2000. Pág.: 2

<sup>57</sup> El ejemplo es tomado con ciertas modificaciones de Robert COOTER y Thomas ULEN. Ob. Cit. Pág.: 75 y sgtes.

Para decidir si le conviene comprar un seguro de responsabilidad civil, el individuo deberá estimar la probabilidad de que ocasione un accidente de tráfico y sea encontrado responsable, calcular el valor monetario esperado de ese resultado y comparar esa expectativa con el costo de una póliza de seguro (la prima). La probabilidad de que ocasione un accidente de tráfico y sea encontrado responsable determina un punto en el segmento lineal GH, desde el cual podrá calcularse el valor monetario esperado del evento incierto. Supongamos que la probabilidad del accidente está dada por el punto K sobre GH. El valor monetario esperado de ese resultado incierto es  $I_k$ , y la utilidad  $0_k$ . Adviértase que un ingreso cierto de  $I_p$  daría a esta persona una utilidad de  $0_k$  exactamente igual a la del ingreso cierto de  $I_k$ . Se desprende de aquí que esta persona que siente aversión al riesgo estaría dispuesta a sacrificar una suma ligeramente menor que  $(\$3000 - I_p)$  su ingreso cierto para no tener que soportar el riesgo de una indemnización elevada, y que se consideraría en mejor situación con un ingreso menor, por cierto, ligeramente mayor que  $I_p$ , que con un ingreso incierto de  $I_k$ .

Esta es básicamente la función del contrato de seguro: el asegurado – adverso al riesgo – prefiere renunciar a una cierta cantidad de dinero de su patrimonio (prima del seguro) para así trasladar los riesgos de un evento incierto a una persona que sea neutral al riesgo (la compañía aseguradora).

Pero esto no quiere decir que el contrato de seguro de responsabilidad no pueda servir para otros objetivos distintos a la traslación del riesgo desde una persona adversa a una neutral. Afirma GÓMEZ POMAR lo siguiente:

“Por ejemplo, un seguro obligatorio de responsabilidad civil puede resultar atractivo, aun en ausencia de aversión al riesgo del causante potencial de daños, si éste presenta solvencia limitada (lo que reduce el incentivo de adopción de precauciones oportunas) y el asegurador puede razonablemente controlar el cumplimiento de las medidas de precaución por parte del asegurado. En definitiva, la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil en estas circunstancias vendría a ser un medio de emplear a las compañías de seguro como agentes de control de medidas de seguridad pública, si se quiere, casi, sería una modalidad de privatización de *law enforcement*.”<sup>58</sup>

Sobre la función reguladora del seguro ante un escenario de posible insolvencia o solvencia limitada por parte de los potenciales causantes de daños nos referiremos en las secciones siguientes. Antes de ello, quisiéramos manifestar que el seguro de responsabilidad civil (al igual que otros tipos de seguros) se enfrenta a problemas, especialmente graves, además, en el ámbito de los accidentes de tráfico.

### 1.6.2 Dificultades del seguro

Tal como expresáramos anteriormente, el contrato de seguro se enfrenta a problemas, tales como (i) de incentivos y (ii) de información.

En relación al problema de incentivos tenemos el conocido en la teoría económica como “riesgo moral” (*moral hazard*). Cuando una persona está completamente asegurada y no puede ser controlada totalmente por su compañía de seguros que posee una información limitada al respecto, puede comportarse de manera tal que aumenten sus probabilidades de sufrir un accidente o lesión.

Tal como expresan PINDYCK Y RUBINFELD, *el riesgo moral se da cuando la parte asegurada cuyas acciones no se observan pueden influir en la probabilidad o en la magnitud de un pago relacionado con un acontecimiento*.<sup>59</sup>

Si por ejemplo, tenemos contratado una póliza de seguro de responsabilidad civil contra todo riesgo es probable que seamos menos diligentes a la hora de conducir, o al momento de estacionar el automóvil en algún lugar de la ciudad, a sabiendas de que tenemos una cobertura total en caso de robo del vehículo, no nos preocuparemos lo necesario por dejarlo estacionado en el lugar más seguro posible. La posibilidad de que una persona cambie de conducta porque ha comprado una póliza de seguro es un ejemplo corriente de lo que se conoce con el nombre de “riesgo moral” (*moral hazard*).

Afortunadamente, el obstáculo del riesgo moral no es del todo insalvable. El asegurador tiene en sus manos distintos métodos para paliar este déficit, tales como: (i) la posibilidad de que el asegurador pueda observar *ex ante* el grado de precaución del causante potencial y hacer depender la cobertura de que el asegurado ajuste sus medidas de precaución al nivel de diligencia social y legalmente exigible; (ii) la no asunción del coste de los daños ocasionados por el asegurado por parte de la aseguradora a raíz de una verificación *a posteriori* del vehículo: un automóvil que no ha superado una Inspección Técnica; (iii) la cobertura parcial o la aplicación de franquicias mínimas a la cobertura; (iv) el análisis del historial de siniestralidad del asegurado a los efectos del cálculo de la prima por los aseguradores de la responsabilidad civil. Tal es el caso que, *in extremis*, si el alza de la prima es de suficiente magnitud, el incentivo comporta la renuncia a conducir (cuando el seguro es obligatorio), al no encontrarse Compañía de Seguro dispuesta a asegurar la responsabilidad civil a un precio asequible.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Fernando GÓMEZ POMAR. Ob. Cit. Pág.: 2.

<sup>59</sup> Robert S. PINDYCK y Daniel L. RUBINFELD. “*Microeconomía*”. Pearson Educación, S.A. Madrid. 2001. Pág.: 631 y sgtes.

De cualquier manera, resulta difícil pensar en la desaparición total de los efectos del riesgo moral en la responsabilidad civil.

En relación al problema de asimetría de información, este fenómeno se da cuando el asegurado, frecuentemente, tiene más información sobre el riesgo que el asegurador, originando lo que se conoce en la literatura económica como: *problema de selección adversa*.

En efecto, siguiendo nuevamente la tesis de PINDYCK Y RUBINFELD, podemos definir a la selección adversa como un tipo de fallo del mercado provocado por la información asimétrica: si las compañías de seguros deben cobrar una prima única porque no pueden distinguir entre los individuos de alto riesgo y los de bajo riesgo, se asegurarán más personas de alto riesgo, por lo que no será rentable vender seguros.<sup>61</sup>

Si el asegurador no puede distinguir los buenos riesgos de los malos riesgos, la prima uniforme desincentiva a los buenos riesgos a contratar. Supongamos que una compañía de seguros quiere ofrecer una póliza por un determinado suceso, por ejemplo, un accidente de automóvil que causa daños a terceros. Selecciona la población a la que desea dirigirse y venderle esta póliza – por ejemplo, personas menores de 30 años – y estima la frecuencia con que tiene accidentes ese grupo. La probabilidad de algunas de estas personas de sufrir un accidente es baja, muy inferior a 0,01; la probabilidad de otras es alta, muy superior a 0,01. Si la compañía de seguros no puede distinguir entre las personas de alto riesgo y de bajo riesgo, basará la prima que cobrará a todas las personas en la experiencia media, es decir, en una probabilidad de sufrir accidente de 0,01. Disponiendo de más información, algunas personas (las de baja probabilidad de sufrir accidentes) optarán por no asegurarse, mientras que otras (las de alta probabilidad de accidente) comprarán seguro. Esta tendencia elevará, a su vez, la probabilidad de sufrir un accidente de los que se aseguran por encima de 0,01, lo que obligará a la compañía de seguros a subir su prima. En el caso extremo, sólo optarán por asegurarse las personas que tengan probabilidades de sufrir un accidente, lo que hará inviable la venta de un seguro.<sup>62</sup>

Nuevamente, el problema no es del todo insuperable. El asegurador posee medios para paliar tales como: (i) clasificación de riesgos por factores observables, (ii) menús de contratos (screening), (iii) cuestionarios y búsquedas de información.

### 1.6.3 La falta de seguro y las distintas reglas de responsabilidad

A continuación plantearemos una situación donde los posibles causantes de daños están sujetos a responsabilidad, y el seguro no es obligatorio, tal cual como sucede en Paraguay. Para ello, nos apoyaremos en el esquema aportado por SHAVELL.<sup>63</sup>

Dada la situación planteada en el párrafo precedente los posibles dañantes serán inducidos a reducir el riesgo a consecuencia de los efectos de la regla de responsabilidad bajo la cual esté operando el derecho.

Bajo una regla de responsabilidad objetiva (donde los posibles causantes de daños tendrán incentivos a reducir el daño esperado ya que siempre cargarán con la indemnización, y las víctimas serán compensadas antes cualquier pérdida que sufran) si el posible causante del daño es neutral al riesgo, su asunción de los daños causados por su actividad no será un problema, y el resultado será el óptimo social.

Ahora bien, bajo la misma regla, pero con posibles dañantes adversos al riesgo, el resultado no será el óptimo social porque ellos, en virtud a su participación en la actividad y la consecuente probabilidad de responder por los daños causados, quizás sean inducidos a tomar excesivas medidas de precaución a fin de esquivar la responsabilidad. A consecuencia de ello, los posibles dañantes serían indeseablemente desanimados a participar en algunas actividades.<sup>64</sup>

La situación se torna diametralmente diferente cuando operamos bajo una regla de responsabilidad por culpa porque los dañantes no cargarán con los posibles daños – y por ende con las indemnizaciones – siempre que adopten los niveles de precaución exigidos por los tribunales. Por lo tanto, no habrá problemas cuando los posibles causantes del daño sean adversos al riesgo; ellos no estarán inducidos a tomar excesivas medidas de precaución ni tampoco serán desalentados a participar en determinadas actividades a consecuencia de su adversidad al riesgo, deberán únicamente adoptar el nivel de precaución exigido.

<sup>60</sup> Fernando GÓMEZ POMAR. Ob. Cit. Pág.: 3 y sgtes. Asimismo, GÓMEZ POMAR hace referencia a Steven SHAVELL, “Economic Analysis of Accident Law” Harvard University Press, (1987) y Gary SCHWARTZ, “Insurance, Deterrence and Liability, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law”. (1998).

<sup>61</sup> Robert S. PINDYCK y Daniel L. RUBINFELD. Ob. Cit. Pág.: 622 y sgtes.

<sup>62</sup> Ejemplo tomado, con leves modificaciones, de Robert S. PINDYCK y Daniel L. RUBINFELD. Ob. Cit. Pág.: 623.

<sup>63</sup> Steven SHAVELL. “*Foundation of Economic Analysis of Law*”. The Belknap Press of Harvard University Press. 2004. Pág.: 260 y sgtes.

<sup>64</sup> SHAVELL propone, para esta situación, lo siguiente: *one way of alleviating these problems of excessive care and too low a level of activity under strict liability is to reduce damages; indeed, it can be shown to be beneficial for damages to be less than harm for this reason. In other words, if injurers are risk averse, it is not socially desirable to “internalize” fully the harm they do.* Ob. Cit. Pág.: 260.

Las víctimas, por el otro lado, asumirán los daños (suponiendo que los causantes del daño no serán encontrados negligentes). En consecuencia, el bienestar social será menor que el óptimo si las víctimas son adversas al riesgo y no están aseguradas.

Dado lo visto anteriormente, se introduce un nuevo punto en la comparación entre las reglas de responsabilidad, tanto la objetiva como la culpa. Bajo la regla de responsabilidad objetiva, el daño será asumido por los causantes del daño, y bajo la regla de responsabilidad por culpa el daño será asumido por las víctimas. En la ausencia de seguros, el relativo interés en la responsabilidad objetiva será aumentado cuando los dañantes son neutrales al riesgo o, más general, cuando ellos son menos adversos al riesgo que sus víctimas, y el relativo interés por la responsabilidad por culpa será aumentado cuando las víctimas son menos adversas al riesgo que los dañantes.

#### 1.6.4 Insolvencia de los conductores y seguro

Tal como hemos expuesto más arriba, otra de las ventajas del contrato de seguro de responsabilidad civil se manifiesta ante un escenario de solvencia limitada o insolvencia de los potenciales causantes de daños (*Judgement Proof Problem*).

El caso de los agentes con solvencia insuficiente para responder por los daños que producen es un problema frecuentemente tratado en el análisis económico de la responsabilidad de derecho privado.<sup>65</sup>

Si pensáramos que todos los propietarios y conductores de vehículos tuviesen un patrimonio tal capaz de hacer frente a las posibles indemnizaciones provenientes de accidentes de tráfico el contrato de seguro se tornaría enteramente redundante (a pesar de que los conductores adversos al riesgo seguirían comprando pólizas de seguros para trasladar el riesgo), pero sabemos que en la realidad esto no es así. A decir de GÓMEZ POMAR<sup>66</sup>, esto afecta al comportamiento de los conductores de varias maneras, a saber:

Primero, la solvencia limitada opera como un límite superior al daño esperado a su cargo, como un tope a la indemnización esperada. El conductor se ve inducido a adoptar un nivel de precaución que queda por debajo del que corresponde al daño que verdaderamente pueda derivarse de su actividad (al no hacer frente al coste social de su actividad su decisión de conducir o no, o del nivel de actividad, siempre será la incorrecta desde el punto de vista del óptimo social).

Segundo, los incentivos al aseguramiento por parte del conductor adverso al riesgo tampoco serán los correctos. Considerando que sus recursos son inferiores al daño que pueda producir, parte de la prima que habría de abonar a la compañía aseguradora serviría para pagar la cobertura de una porción de responsabilidad que el conductor, merced a su limitada solvencia, no habría de afrontar. Efectivamente, por debajo de un cierto nivel de solvencia, el conductor optaría por no asegurarse y preferiría asumir el riesgo – limitado por su escasa solvencia – de pagar una indemnización a la víctima.

Y, por último, se destaca que la insolvencia del responsable del daño incide negativamente sobre las posibilidades de compensación de las víctimas. Cuanto mayor sea el número de personas que realizan una actividad peligrosa – conducción de un automóvil – y en la medida de que no tengan patrimonio suficiente para responder por los posibles daños causados a consecuencia de su actividad, mayor será el número de víctimas que quedarán sin compensar; tornando ello ilusorio el funcionamiento y la eficiencia del derecho de daños. Tal como expresan ACCIARRI, CASTELLANO y BARBERO, el sistema de responsabilidad civil muestra sus fallas cuando se admite la posibilidad de que el dañador no posea los activos suficientes para afrontar la indemnización que debe pagar si resulta responsable de un daño.<sup>67</sup>

#### 1.6.5 La (falta de) obligatoriedad del seguro.

A la luz de las consecuencias negativas derivadas de la insolvencia (tanto total como parcial) por parte de quienes realizan la actividad de conducir vehículos a motor, cabrían varias soluciones teóricas; sin embargo, la solución prácticamente universal adoptada por los sistemas jurídicos es la obligatoriedad de contratación de una póliza de seguros para quedar facultado a realizar dicha actividad.

En efecto, tal como advierten los expertos en la materia, el seguro obligatorio de responsabilidad civil no es una panacea, pero evidentemente presenta grandes ventajas, como la eliminación de las ineficiencias del insuficiente aseguramiento de los conductores adversos al riesgo y la reducción de los riesgos de falta de compensación para las víctimas; sin olvidar tampoco de las desventajas – el riesgo moral (*moral hazard*) -. De cualquier manera, hay que valorar las ventajas que presenta la obligatoriedad y compararlas con las alternativas que tenemos a disposición.

<sup>65</sup> Hugo ACCIARRI, Andrea CASTELLANO y Andrea BARBERO. “*Daños y Costos Sociales: El problema de los Judgment Proof como una alternativa de Elección*”. X Conferencia de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía. Buenos Aires. 2006. Pág.: 3.

<sup>66</sup> Fernando GÓMEZ POMAR. Ob. Cit. Pág.: 7.

<sup>67</sup> Hugo ACCIARRI, Andrea CASTELLANO y Andrea BARBERO. Ob. Cit. Pág.: 8.

Sin tener en nuestras manos estudios empíricos sobre costes y beneficios de la misma, nos decantamos por la idea de establecer la obligatoriedad del seguro de responsabilidad para la conducción de vehículos a motor, sosteniendo – aunque intuitivamente – que las ganancias derivadas de la imposición del seguro superan con creces sus inconvenientes. Asimismo, una cuestión a tener en cuenta es prever si efectivamente las empresas aseguradoras en Paraguay – en caso de que se establezca la obligatoriedad del seguro de responsabilidad – estarían en condiciones de hacer frente a la avalancha de demanda de pólizas que se vendrían a consecuencia de dicha imposición.

## **2. Análisis práctico de los accidentes de tráfico en Paraguay**

En esta segunda parte del trabajo, expondremos a continuación una versión más práctica que la anterior, con el fiel intento de plasmar la teoría expuesta hasta ahora, como también el de analizar el funcionamiento de la rama del derecho que es objeto central del trabajo: el derecho de daños derivado de accidentes de tráfico en Paraguay.

### **2.1 Situación general y nivel de accidentes de tráfico**

En el año 2005 se produjeron en Paraguay 4.678 accidentes de tráfico con víctimas. Esta cifra de accidentes se tradujo en 720 muertos y 3958 con lesiones corporales, de acuerdo al Anuario Estadístico General del año 2005, obtenido de la Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos.

Haciendo un desglose de los datos estadísticos podemos observar que, de los 720 muertos por accidentes de tráfico en el año 2005, el 29,5% eran personas entre 18 y 25 años; y, de esos 29,5% fallecidos, el 89,2% eran de sexo masculino. Los accidentes de tráfico constituyen la primera causa de muerte para las personas de sexo masculino de 18 y 25 años de edad.

Asimismo, en relación a las 3958 personas con lesiones corporales a consecuencia de accidentes de tráfico en el año 2005, el 38% eran personas entre 18 y 29 años; y, de ese 38% de lesionados, el 73% eran de sexo masculino.

En relación a las posibles causas de accidentes registrados en el interior del país – siempre durante el año 2005 -, de acuerdo al informe de la Policía Caminera, dependiente del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, notamos que en el 77% de los casos la posible causa del accidente fue la imprudencia del conductor.

De igual manera, la Policía Nacional maneja su propia estadística y señala que en el lapso de junio de 2006 a julio de 2007 murieron 700 personas en las rutas nacionales a causa de accidentes de tráfico, lo cual significa un promedio de 2 muertos y 25 heridos por día. Nuevamente, el 80% de las víctimas tiene entre 15 y 34 años y son del sexo masculino.

En relación a costes, en 2006, el Centro de Emergencias Médicas (institución encargada de los accidentados) gastó en concepto de atenciones hospitalarias por accidentes de tráfico la suma de 6.308.702 dólares (unos 32.174.380.200 guaraníes).<sup>68</sup>

## **2.2 Regulación jurídica de los accidentes de tráfico en Paraguay**

### **2.2.1 Niveles de seguridad.**

El Decreto-Ley nro. 22.094/47, por el cual se establece el Reglamento General de Tránsito Caminero, regula cuestiones generales relacionadas al tránsito de vehículos en la República del Paraguay, estableciendo en su art. 1 que *el uso de los caminos públicos trabajados o mejorados, se ajustará a las disposiciones de éste Reglamento. Su fiel cumplimiento corresponde a todo usuario de caminos, transeúntes, conductor o propietario de vehículos o animales, así como a todo propietario, locatario y ocupante de predios linderos de los caminos, so pena de las sanciones que establece.*

En cuanto a las normas de seguridad que impone dicho reglamento podemos señalar que, conforme a su art. 4, *el conductor de un vehículo en marcha debe estar constantemente en condiciones, situación y posición de dirigir y dominar completamente su vehículo, debiendo advertir la presencia de éste a los otros conductores y a los peatones que encuentre en su camino, y a tomar todas las precauciones para evitar accidentes y obstrucciones del tránsito.*

Asimismo, se destacan los sptes. artículos: (i) prohibición de conducir por los caminos públicos con cualquier clase de vehículos a toda persona que, tenga o no licencia para el efecto, se halle en estado de embriaguez o bajo influencia de estupefacientes (art. 5); (ii) exigencia de edad mínima de 18 años para la conducción de cualquier vehículo automotor (art. 6); prohibición de conducir o estacionar en las carreteras a vehículos destruidos o equipados o encargados, en forma que constituya un peligro para el tránsito público, o impida a

<sup>68</sup> De acuerdo a un informe del periódico paraguayo: ULTIMAHORA, presentado en fecha 23/08/2007, los accidentes de tráfico ocupan el primer lugar de causas de muerte en el Paraguay. Fuente de acceso: [www.ultimahora.com.py](http://www.ultimahora.com.py)

sus conductores tener una visibilidad suficiente para conducirlos con seguridad o derramen total o parcialmente la carga que contenga (art. 7).

En cuanto al tamaño reglamentario de los vehículos, se establece la prohibición de conducir vehículos en los caminos públicos cuyas dimensiones excedan los límites establecidos de la siguiente manera: *los vehículos, con o sin carga, tendrán las siguientes dimensiones máximas: ancho 2,40 metros; largo 10 metros; y alto 4 metros medido de la parte más elevada de la carga a la superficie de pavimento* (art. 13 y 14).

Se destacan también ciertos artículos que regulan los accesorios obligatorios que todo vehículo debe portar para estar habilitado para su conducción, tales como: la obligación de estar equipado con, por lo menos, dos series de frenos independientes: frenos de pie y frenos de mano (art. 23); la provisión de espejo retroscópico que permita ver al conductor por reflexión, la parte de atrás de la carretera hasta una distancia por lo menos de 50 metros (art. 26); la tenencia de un artefacto adecuado para limpiar en parabrisas en caso de lluvia o humedad condensada (art. 28); la instalación de un silenciador que deberá funcionar en forma constante, a fin de evitar ruido excesivo y humo desagradable (art. 29).

Ahora bien, en relación a los requisitos exigidos para obtener la licencia para el manejo de vehículos a motor, la Municipalidad de Asunción establece ciertos requisitos, tales como:

- a) Tener la edad exigida de acuerdo con la Categoría.
- b) Saber leer y escribir.
- c) Demostrar actitud física y mental para conducir mediante examen médico y psicotécnico practicado por médicos debidamente registrados ante la autoridad competente para este efecto, de conformidad con la reglamentación que establece la Intendencia Municipal.
- d) Demostrar ante la autoridad de tránsito competente aptitud para conducir un vehículo, mediante examen práctico.
- e) Demostrar, mediante examen ante la autoridad competente, conocimientos de las normas vigentes de tránsito y de seguridad vial, de primeros auxilios médicos, prevención y extinción de incendios y de los demás que determine la Intendencia Municipal para cada categoría de Licencia de Conductor.
- f) Estar domiciliado en Asunción o tener el centro de sus actividades en la misma.
- g) Acreditar no tener sentencia firme de Juez competente que lo inhabilite para conducir.
- h) Presentar fotocopia de cédula de identidad policial, o pasaporte en el caso de ser extranjero.
- i) Expedir certificado de Grupo Sanguíneo.

Para la obtención de la licencia de conductor de motocicletas, triciclos, o cuatriciclos a motor y vehículos similares, el aspirante deberá haber cumplido 16 (diez y seis) años de edad para vehículos de hasta 100 c.c., y 18 (diez y ocho) años de edad para más de 100 c.c., además de llenar el formulario de solicitud.

Finalmente, otra cuestión a tener en cuenta es la no obligatoriedad de contratación de póliza de seguro para conducir vehículos a motor, situación a la que ya nos hemos referido en el apartado 1.6.

## **2.2.2 Legislación aplicable**

### **2.2.2.1 Regla de responsabilidad**

En el ordenamiento jurídico de Paraguay no existe norma jurídica alguna que regule expresamente la responsabilidad derivada de los accidentes de tráfico. Sin embargo, *a priori* los Tribunales suelen utilizar indistintamente dos artículos del Código Civil vigente<sup>69</sup> que se encuentran regulados en el Capítulo III “De la responsabilidad sin culpa”, a saber:

Art. 1846 – *El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por lo medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder.*

Art. 1847 – *El dueño o guardián de una cosa inanimada responde por el daño causado por ella o con ella, sino prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un*

<sup>69</sup> Ley 1183/85. En adelante, “CC”

*tercero por quien no debe responder. El propietario o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta.*

En efecto, afirmamos que los Tribunales utilizan indistintamente dichos artículos a la hora de definir las responsabilidades de las partes, a la luz de algunos fallos, entre los cuales citamos los siguientes:

*La demanda por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito constituye un típico caso de responsabilidad objetiva – o responsabilidad sin culpa – prevista en el art. 1846 del Código Civil, en el que la prueba para la determinación de la responsabilidad se ha invertido.<sup>70</sup>*

*Si bien en los casos de accidente de tránsito la carga de la prueba incumbe al dueño o guardián de la cosa inanimada, quien debe demostrar que de su parte no hubo culpa para eximirse de la responsabilidad (art. 1847, 1º párrafo), esta inversión del "onus probandi" no es aplicable, y se retorna a la norma general establecida en el art. 249 del Código de Forma, cuando la colisión se produce entre dos vehículos en movimiento.<sup>71</sup>*

*Corresponde atribuir la responsabilidad civil del demandado por los daños y perjuicios causados a una menor en un accidente de tránsito, si no se ha comprobado la culpa exclusiva de la víctima, en atención a lo previsto en el art. 1846 del Cód. Civil.<sup>72</sup>*

*Resulta responsable el conductor del vehículo embistente frente al daño causado al conductor del vehículo embestido por su calidad de dueño y guardián de la cosa riesgosa, en aplicación del art. 1847 del Cód. Civil.<sup>73</sup>*

Como vemos, a pesar de que se utilizan ambos artículos indistintamente, la regla general de responsabilidad que rige para los accidentes de tráfico es la de *responsabilidad objetiva o sin culpa* (al menos *a priori*, como se verá más adelante).

Asimismo, nos merece la pena realizar ciertos comentarios en relación a la tan polémica (y criticada, de alguna manera) regulación de la responsabilidad sin culpa en nuestro Código Civil vigente y la no inclusión de los accidentes de tráfico en la legislación, a pesar de constituirse en la principal causa de accidentes que llegan a los Tribunales; para lo cual, en ciertos casos, haremos un paralelismo con su fuente directa, el Anteproyecto de Código Civil del maestro paraguayo Luís De Gásperi.<sup>74</sup>

Hemos explicado cómo se utilizan indistintamente dos artículos (1846 y 1847) para regular las consecuencias que derivan de los accidentes de tráfico (colisión entre vehículos, arrollamiento de peatón, etc.). Esto probablemente se dio así dado que la conducción de un vehículo a motor puede ser considerado como “*el que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados...*” (1846); o también “*el dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella...*” (1847). Como no se delimitó claramente, ambos se prestan a la confusión.

Ahora bien, una cuestión a tener muy en cuenta y que podría tornar sustancial la diferencia entre ambos artículos es: *la causa de exclusión de responsabilidad*. Efectivamente, si los Tribunales fallan conforme al artículo 1846, el dañante se exime probando (i) *fuerza mayor*; (ii) *perjuicio ocasionado por culpa exclusiva de la víctima*, o (iii) *de un tercero por cuyo hecho no deba responder*; ahora, si fallan conforme al artículo 1847, se exime (el dañante) si no prueba que de su parte no hubo culpa. También continúa el mencionado artículo expresando que *cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder*.

Así las cosas, dependiendo del artículo bajo el cual se intente resolver el proceso de indemnización de daños y perjuicios derivado de accidente de tráfico, el causante del daño tendrá o no la adición de un nuevo *item* que probar para salvar el escollo de indemnizar los daños a la víctima: “*la prueba de la no culpa*”. Asimismo, consideremos que dicha causa de exclusión introducida por el art. 1847 condiciona en exceso el propio concepto acerca de lo que se está regulando: justamente la responsabilidad sin culpa.

En cuanto al artículo 1846 del CC, éste no tiene una fuente directa en el Anteproyecto, sí una fuente indirecta (por decirlo de alguna manera) que sería el 2511 del mismo; ya que, si sirvió de modelo, indefectiblemente fue cercenado.

<sup>70</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Comercial. 2005/02/08. Romero, Liborio c. Candia, Juan Ramón s/ Indemnización de daños y perjuicios (Ac. y Sent. Nro. 16).

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Comercial. 1998/06/29. Robles, Juan David c/ Fariña González, Emigdio (Ac. y Sent. n° 160).

<sup>72</sup> Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala de acuerdos. Vega Cañete, Rosalindo c. Verón, Desiderio E. (Ac. y Sent. 1074).

<sup>73</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 3. 2003/09/17. Gagliardone Elizeche, Graciela c. Díaz Peña, Mario Guillermo (Ac. y Sent. N° 96).

<sup>74</sup> En adelante, el “Anteproyecto”.

2511. Los propietarios de empresas o establecimientos movidos por fuerzas naturales (vapor, gas, electricidad, agua, etc.) y de aquellos en que se fabrican o emplean materias explosivas, son responsables del perjuicio causado a la persona o a los bienes de otra a consecuencia del funcionamiento de la empresa o del establecimiento. Esta responsabilidad cesa si ellas prueban que el perjuicio ha sido ocasionado por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, de cuyos hechos la empresa o el establecimiento no es responsable, o bien que el daño es debido a fuerza mayor.<sup>75</sup>

Asimismo, el artículo 2508 del Anteproyecto se indica como fuente del art. 1847 del CC (con cambios sustanciales), que se detalla a continuación:

2508. Cuando de cualquier cosa inanimada resultara daño a alguno, su dueño responderá de la indemnización, como en los casos siguientes:

1. Explosión de máquinas, o inflamación de sustancias explosivas.
2. caída de edificios o de otras obras, aunque sean causadas por defecto de construcción.
3. caída de árboles expuestos a caer por casos ordinarios.
4. humareda excesiva de horno, fragua, etc. sobre las casas vecinas.
5. exhalaciones de cloacas o depósitos infestantes, causadas por la construcción de éstas, sin las precauciones necesarias.
6. humedad en las paredes contiguas, por causas evitables.
7. atajos en los ríos, para servicio de las heredades propias.
8. obras nuevas de cualquiera especie, aunque sean en lugar público y con licencia si causaren perjuicio.<sup>76</sup>

Como hemos visto en las dos fuentes de ambos artículos, De Gásperi con meridiana claridad enumeró las posibilidades en que se puede dar la responsabilidad objetiva, no dejando al arbitrio de la jurisprudencia su delimitación. Lastimosamente, sus pasos no fueron seguidos por la Comisión Nacional de Codificación a la hora de redactar el CC actual, trayendo esto como consecuencia una situación de inseguridad e incertidumbre jurídica a la hora de resolver las disputas derivadas de accidentes de tráfico, donde fue la jurisprudencia la que se encargó de regularlos bajo los artículos establecidos en el capítulo III “De la responsabilidad sin culpa”; aunque sabemos que las dudas persisten hasta la fecha.

En virtud de ello sostenemos que, como en nuestra legislación la responsabilidad por culpa es la regla general de la responsabilidad civil, y la responsabilidad objetiva es la regla excepcional, es sumamente conveniente establecer precisamente en qué casos se da dicha excepción. De hecho De Gásperi, al plantear la incorporación de la teoría de la responsabilidad objetiva – o por riesgo creado –, intenta dejar bien en claro, a través de una cita de Jossierand, que:

*Sin duda, la responsabilidad objetiva no destronará jamás completamente, a la responsabilidad subjetiva. No se deseable, agrega, que la noción del riesgo suplante a la de la culpa. (autor cit. Tours de Droit Civil Positif Francais)*<sup>77</sup>

En suma, dado el carácter excepcional de la responsabilidad por riesgo creado, se debió establecer claramente cuáles son las cosas verdaderamente riesgosas y qué se entiende por la *creación de un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por los medios empleados* (1846) o bien *por la cosa inanimada* (1847), y si la conducción de un vehículo a motor puede ser considerada o no dentro de ambas categorías, ya que, a raíz de la modernidad de nuestros tiempos, qué cosa no puede ser considerada peligrosa? Paralelamente, tampoco llegar así al lamentable caso argentino, citado por MORENO RODRÍGUEZ, en el que se pretendió que la dentadura de un sujeto que mordió a otro era una “cosa riesgosa”.<sup>78</sup>

Ciertamente no encontramos respuesta a la pregunta de por qué los accidentes de tráfico no han sido regulados expresamente en nuestra legislación (ni en el CC ni en una ley especial), cuando que De Gásperi los reguló precisamente en los artículos 2512 y 2513 de su Anteproyecto.

En efecto, el 2512 del Anteproyecto establecía que:

*La responsabilidad prescripta por el artículo anterior incumbe igualmente a los propietarios de vehículos mecánicos de transporte movidos por fuerzas naturales.*

*Siempre que el vehículo mecánico de transporte haya sido dado en comodato a otra persona, para usarlo por su propia cuenta y riesgo, o si el propietario ha sido privado de la facultad de disponer de él por hecho ilícito de un tercero, el que tenga el poder de disponer del vehículo de transporte es, en lugar del propietario, responsable del perjuicio causado*<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Art. 2511 del Anteproyecto.

<sup>76</sup> Art. 2508 del Anteproyecto.

<sup>77</sup> Anteproyecto. Pág.: 785.

<sup>78</sup> Roberto MORENO RODRÍGUEZ. “El sistema de Responsabilidad civil en el Anteproyecto De Gásperi: un ejercicio de arqueología jurídica” La Ley Paraguaya. Pág.: 80.

<sup>79</sup> Art. 2512 del Anteproyecto.

Nótese que dicho artículo deriva la responsabilidad por accidentes de tráfico a su artículo anterior (2511 del Anteproyecto), que establecía la responsabilidad objetiva por daños causados por propietarios de empresas o establecimientos movidos por fuerzas naturales (vapor, gas, electricidad, agua, etc.) y de aquellos en que se fabrican o emplean material explosivos.

Finalmente, el 2513 del Anteproyecto, en su primera parte, establecía lo siguiente:

*En caso de colisión de vehículos mecánicos de transporte, las personas que, a tenor del artículo anterior, son responsables, no pueden demandarse recíprocamente por reparación de los perjuicios derivados de la colisión sino conforme a los principios generales.*<sup>80</sup>

De Gásperi consideró notablemente cómo la responsabilidad objetiva no funciona correctamente al momento de colisión entre dos vehículos. Efectivamente, en dicha situación ambos conductores son al mismo tiempo causante y víctima, y ambos desarrollan una actividad peligrosa, por lo que lo más aconsejable es acudir a reglas que midan la incidencia de las medidas de precaución de cada parte en la producción del evento dañoso; esto es: *recurrir a la responsabilidad por culpa*. Nuevamente esta sobresaliente distinción que realizó el maestro De Gásperi no fue tenida en cuenta por la Comisión Nacional de Codificación.

Al no haber decidido adoptar expresamente nuestro CC la responsabilidad por accidentes de tráfico, el resultado directo ha sido que la jurisprudencia ha interpretado a ésta responsabilidad dentro de los estándares de los arts. 1846 y 47, lo cual no sería del todo inadecuado, salvo si se considerara que también se aplican estos artículos ¡cuando el accidente implica una colisión entre dos automotores!<sup>81</sup>, tal como hemos visto en la jurisprudencia que acompañamos al comienzo de la presente sección.

#### 2.2.2.2. Concurrencia de culpas

En virtud al artículo 1836 del CC, se destaca la existencia de la “*concurrencia de culpas*” prevista como atenuante a la hora de fijar las indemnizaciones, a saber:

*Si en la producción del daño hubieren concurrido su autor y el perjudicado, la obligación y el monto de la indemnización dependerán de las circunstancias, y en particular, de que el perjuicio haya sido principalmente causado por una u otra parte.*

Esta “*concurrencia de culpas*” prevista por nuestro ordenamiento jurídico tiene las mismas consecuencias que la “*negligencia comparativa*”, que, a decir de POSNER, significa que cuando ambas partes (el lesionado y la víctima) son negligentes se reducirán los daños que deben pagarse al demandante, pero no hasta cero.<sup>82</sup> La aplicación del mencionado artículo lo podemos comprobar en las jurisprudencias de los Tribunales, tales como:

*En el caso en el accidente la responsabilidad es atribuible a los conductores del biclo y del transporte público, existiendo culpa concurrente en la proporción de 40% para el primero y 60% para el segundo teniendo en cuenta la mayor responsabilidad del vehículo que al girar introduce un cambio en el desplazamiento o marcha.*<sup>83</sup>

*Es obligación del conductor detener el vehículo por completo ante el cartel señalizador de "Pare". Este neutraliza o restringe la preferencia del vehículo que circula a la derecha. En el caso, la excesiva velocidad del micro ómnibus que le impidió frenar y así evitar la colisión determina la existencia de culpa concurrente en una proporción del 50 % para cada uno.*<sup>84</sup>

En suma, la existencia de esta institución dentro de la legislación de daños viene a paliar la falta de incentivos a adoptar medidas óptimas (y socialmente deseables) de cuidado por parte de las víctimas, tal como hemos expuesto al momento de desarrollar los modelos disponibles de accidentes.

#### 2.2.2.3 Carga de la prueba

De conformidad a los dos artículos del CC utilizados para resolver cuestiones de responsabilidad derivada de accidentes de tráfico, se deduce que la carga de la prueba incumbe al causante del daño, a saber:

Art. 1846 – *El que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas, o por lo medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder.*

<sup>80</sup> Art. 2513 del Anteproyecto.

<sup>81</sup> Roberto MORENO RODRÍGUEZ. Ob. Cit. Pág.: 80.

<sup>82</sup> Richard POSNER. Ob. Cit. Pág.: 164

<sup>83</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción. Sala 1. 2002/02/26. Sosa de Izquierdo, Aparicia c. Valdez, Carlos A. y otro -Ac. y Sent. N° 17.

<sup>84</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción. Sala 2. 1995/10/11. Casanovas Bello, Mario J. c/Empresa de Transporte Ciudad Universitaria S.R.L.

Art. 1847 – *El dueño o guardián de una cosa inanimada responde por el daño causado por ella o con ella, **sino prueba que** de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. El propietario o guardián no responderá si la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta.*

Como hemos resaltado en los artículos precedentes, el causante del daño responde siempre salvo que pruebe las circunstancias que lo eximen de responsabilidad.

Asimismo, el maestro De Gásperi, en sus comentarios realizados al art. 2511 del Anteproyecto, explicó lo siguiente:

*Acaso no sea éste el sitio propio para exponer la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva que, desde su admisión jurisprudencial en la segunda mitad del siglo XIX en materia de accidentes ferroviarios; de incendios provocados por chispas escapadas de una locomotora; por daños causados con el humo de una usina, en todos los cuales fueron condenadas las compañías a responder del daño a pesar de la excusa de no haber incurrido en culpa y de haber observado todas las precauciones para evitar el daño; y posteriormente, desde su fundamentación doctrinal por Mataja en Alemania, Orlando en Italia, por Josserand, Saleilles, Geny, Capitant, Demogue, etc. en Francia, según los cuales toda actividad que implica un riesgo, expone a herir intereses que deben ser indemnizados a la víctima, eximida de la carga de la prueba de la culpa que crea el riesgo..<sup>85</sup>*

Finalmente, esto fue asimilado por la jurisprudencia, expresando lo siguiente:

*Cuando la acción surge del hecho ilícito ocasionado por el manejo de cosas riesgosas (vehículos), la carga de la prueba corresponde al propietario o tenedor de la cosa inanimada.<sup>86</sup>*

### 2.2.3 Daños compensables

Nuestro CC, a través de su art. 1835, contempla la posibilidad de resarcir los daños causados, a saber:

*1835. Existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión.*

*La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.*

El mencionado artículo, según SILVA ALONSO, distingue tres categorías diferentes de daños:

- (i) daño causado a la persona en su salud o en su vida;
- (ii) daño causado a los bienes, y,
- (iii) daño causado a la persona en sus facultades o en sus afecciones legítimas (daño moral).<sup>87</sup>

Prosigue el mencionado autor manifestando lo siguiente:

- (i) *los daños causados a la persona o a su salud* pueden ser nuevamente (a) *heridas*, el atentado a la integridad corporal de la persona es un daño que se ha tornado tan frecuente por el desenvolvimiento del maquinismo y por la intensidad de la circulación automovilística... En esta situación la reparación tiende a conceder a la persona lastimada los gastos necesarios para el tratamiento médico correspondiente, honorarios de médicos, medicamentos y gastos de hospital; (b) *enfermedades*, las enfermedades se deben asimilar a las heridas; y (c) *muerte de la víctima*, la muerte de la víctima de un accidente da lugar a una seria de cuestiones.
- (ii) *los daños causados al patrimonio*: se pueden dar (a) *daño material a bienes corporales*: la forma más neta del perjuicio es la pérdida o deterioro de un bien corporal de pertenencia de otro: daño de un automóvil por una colisión. El monto del perjuicio es fácilmente evaluable por el valor del objeto. (b) *daño pecuniario*: el daño puede consistir en una disminución del valor del patrimonio al margen de menoscabos materiales. Así, la explotación de una industria en determinadas condiciones disminuye el valor de las propiedades vecinas.

<sup>85</sup> Comentarios al art. 2511 del Anteproyecto. Pág.: 785.

<sup>86</sup> Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Sala Civil y Com. 1998/04/08. Agustín Duarte Morel c/ Soriano Arzamendia y Trans Tur S.A. (Ac. y Sent. n° 75)

<sup>87</sup> Ramón SILVA ALONSO. Ob. Cit. Pág.: 139.

- (iii) *daño moral*: el daño que puede acarrear a las personas puede alcanzar a otros bienes que los descriptos más arriba. El daño puede a menudo afectar sus afecciones legítimas, sus facultades, es decir aquellos bienes inmateriales que son objeto de protección de la ley.<sup>88</sup>

### 2.3 Revisión de la jurisprudencia

En este apartado, analizaremos algunas jurisprudencias de procesos derivados de accidentes de tráfico en Paraguay, y que hayan sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia o, en su defecto, por Tribunales de Apelaciones.

A modo recordatorio, habíamos dicho que *a priori* la regla de responsabilidad que rige para los accidentes de tráfico es la responsabilidad *objetiva* o *sin culpa*, en base a los arts. 1846 y 1847 del CC, delimitada así por la jurisprudencia, ya que no existe norma legal alguna que establezca expresamente la regla de responsabilidad para accidentes de tráfico.

Sin embargo, decimos justamente *a priori* porque encontramos en la jurisprudencia un uso indistinto tanto de la regla de responsabilidad objetiva como la de la culpa.

En ciertos casos se utiliza la responsabilidad sin culpa u objetiva:

*La demanda por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito constituye un típico caso de responsabilidad objetiva – o responsabilidad sin culpa – prevista en el art. 1846 del Código Civil, en el que la prueba para la determinación de la responsabilidad se ha invertido.*<sup>89</sup>

Asimismo, en otros casos, encontramos lo siguiente:

*Para que cualquier demanda de daños y perjuicios en accidente de tránsito prospere se deberá demostrar la producción del accidente, los derechos del accionante, la obligación del demandado, responsabilidad o culpa, y el monto del perjuicio sufrido.*<sup>90</sup>

*El concepto de culpa es un concepto de derecho, sin embargo, es un concepto que se deduce de hechos y la cuestión para determinar si determinados hechos son aptos para configurar una culpa resulta, por ende, una cuestión fáctica. El accidente de circulación, no es más que una especie de los múltiples supuestos que conforman y dan origen, entre otro tipo de responsabilidades, a la responsabilidad civil, cuya determinación requiere precisión sobre factores de atribución de responsabilidad.*<sup>91</sup>

*Para responsabilizar civilmente al infractor es menester que exista relación causal entre inobservancia de las normas sobre tránsito y el daño cuya reparación se persigue; así, se ha juzgado que la falta de patente del vehículo, la carencia de registro habilitante para conducir, el estacionamiento irregular, la velocidad superior a la reglamentaria, no son suficientes para responsabilizar al conductor del vehículo si tal relación no existe. Pero como aquellas normas tienen por objeto resguardar la seguridad pública, existe una presunción hominis de que el accidente ocurrido en momentos en que ellas eran violadas, ha sido causado por culpa del infractor; pero para ello debe tenerse en cuenta la naturaleza de la infracción, pues no siempre puede deducirse de ella una presunción de culpabilidad, y aun la maniobra antirreglamentaria puede resultar aconsejada por las circunstancias, por lo que debe examinarse la conducta de todos los que intervinieron en el hecho, para establecer quién fue realmente el autor del daño*<sup>92</sup>

*Contra la Resolución de Segunda Instancia se alza el actor, quien afirma que los hechos no sucedieron como concluyó el Tribunal, sino que los vehículos no se encontraban en movimiento y el semáforo no estaba con la luz verde encendida. Cabe recordar que en los juicios de indemnización de daños y perjuicios, como lo es el sub-examine, es relevante analizar diferentes cuestiones al momento de dictar resolución, como ser la existencia del acto ilícito, la imputación de la culpa y su graduación en su caso, y la estimación y apreciación del monto de los daños ocasionados. En el caso en estudio existe coincidencia tanto por parte del actor como del demandado en lo atinente a la existencia de acto, tal como puede constatarse en los escritos de demanda y contestación (f. 23 y sgtes. y 47 y sgtes.). Los extremos discutidos por las partes y resueltos en forma divergente por las instancias inferiores se circunscriben a la forma en que ocurrió el accidente así como a la culpabilidad y estimación de los daños.*<sup>93</sup>

<sup>88</sup> Ramón SILVA ALONSO. Ob. Cit. Pág.: 139 y sgtes.

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Comercial. 2005/02/08. Romero, Liborio c. Candia, Juan Ramón s/ Indemnización de daños y perjuicios (Ac. y Sent. Nro. 16).

<sup>90</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción. Sala 2. 2003/07/07. Casola Vda. de Leguizamón, Nélida c. Banco Central de Paraguay (Ac. y Sent. N° 85)

<sup>91</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Comercial. 2001/02/22. Gerónimo Zubizarreta Angulo c/ Empresa López Comercial S.R.L. y Pedro Melgarejo s/ Indem. de Daños y Perjuicios. (Ac. y Sent. Nro. 25).

<sup>92</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Comercial. 2003/08/14. Bernarda Cabrera Ramírez c/ Ramón Mar y Carlos Soto Caballero s/ Indem. de Daños y Perjuicios. (Ac. y Sent. Nro. 1337).

<sup>93</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil y Comercial. 2001/02/12. Federico Gabriel Jesús Duarte Masi y Norma Elvira Masi De Duarte c/ Liu Huan An s/ Indem. Daños y Perjuicios. (Ac. y Sent. Nro. 16).

En suma, hemos visto como notablemente tanto la regla de responsabilidad objetiva y la por culpa están a la orden del día en relación a los accidentes de tráfico. Ahora bien, entendemos que la razón podría ser que para accidentes de tráfico con colisión entre dos vehículos se esté utilizando la responsabilidad por culpa (ya que sabemos que la responsabilidad objetiva no es recomendable en este caso), pero esto tampoco es enteramente cierto, a la luz de algunas jurisprudencias, tales como:

*Resulta responsable el conductor del vehículo embistente frente al daño causado al conductor del vehículo embestido por su calidad de dueño y guardián de la cosa riesgosa, en aplicación del art. 1847 del Cód. Civil*<sup>94</sup>.

*Para determinar la responsabilidad de los daños acaecidos como consecuencia de la colisión entre dos vehículos -camioneta y motocicleta-, resultan aplicables las normas establecidas en los arts. 1846 y 1847 del Código Civil, que se refieren al daño proveniente de una actividad peligrosa y por el uso de una cosa.*<sup>95</sup>

En consecuencia, no tiene mucho sentido que daños resultantes de un mismo evento queden sometidos a reglas de responsabilidad distintas, especialmente si se tiene en cuenta que, desde la perspectiva *ex ante* del comportamiento del conductor, éste, al momento de adoptar las decisiones relevantes para el riesgo de producir un accidente de tráfico, no tiene conocimiento sobre la regla a la cual estará sometido (ya que hemos visto que se utilizan ambas).

La formulación de la regla de responsabilidad objetiva como regla legal en ese sector de accidentes de circulación, con el objeto de poder prescindir de un examen detenido de la conducta del agente causante del daño en términos de culpa o negligencia nos parece fuera de toda duda razonable. Asimismo, para las situaciones entre colisiones de vehículos, consideramos que es aconsejable acudir a reglas que midan la incidencia de las medidas de precaución de cada parte que ha participado en el evento dañoso: esto es, responsabilidad por culpa. Además, en este caso, una regla de responsabilidad objetiva recíproca por los daños sufridos por la otra parte beneficiaría, sin justificación aparente, a los propietarios de vehículos más grandes, caros y atestados de ocupantes.<sup>96</sup>

Otra cuestión llamativa es la comprensión entre objetivación y concurrencia de culpas, que se trasluce en algunas decisiones tales como:

*La demandada se refiere a la circunstancia de que los padres de la víctima descuidaron sus deberes al dejar salir a un niño de dos años a jugar solo en la calle. Este argumento resulta atendible por ser evidente que un menor de esa edad no puede permanecer solo en la calle, porque el mismo es absolutamente inconsciente de los peligros que asechan. Por ello debe considerarse que ha existido una cuota de responsabilidad de los padres de la víctima que obliga a aceptar que la culpa no es solo del chofer. No obstante, la existencia de una culpa concurrente no implica igualdad en la responsabilidad, porque es obvio que el chofer del ómnibus, al mando de una cosa potencialmente peligrosa, estaba obligado a extremar las precauciones al realizar la maniobra de retroceso. De ahí que se concluye que su culpa es mayor, debiendo estimarse en un 80% su responsabilidad en el accidente, y por ende la de los demandados como responsables de los hechos de su dependiente.*<sup>97</sup>

En este caso entendemos que no se aplica una regla de responsabilidad objetiva o por riesgo, sino una regla de culpa (donde se valora también la conducta del chofer del ómnibus) cuando la conducta de la víctima es encajable dentro de la categoría de concurrencia de culpas. La peligrosidad de la conducción y la regla de responsabilidad aplicable, pues, dependería del comportamiento de la víctima concreta.

Con esta visión se desnaturaliza por entero el fundamento de la peligrosidad para la responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva ofrece ventajas en la regulación de actividades inherentemente peligrosas, esto es, aquellas que, aun realizándose con el nivel de precaución socialmente deseable, siguen manteniendo unos niveles apreciables de daño esperado; y esta peligrosidad es la de la actividad *per se*, y no depende de que, *a posteriori*, quien desarrolla la actividad peligrosa se encuentre con una víctima prudente o imprudente. Una actividad podrá o no ser calificada como peligrosa, pero el comportamiento de cuidado de la concreta víctima no es – ni debe ser – un factor de juicio sobre tal peligrosidad. El causante, a la hora de decidir su comportamiento (nivel de actividad y de precaución) ignora si la víctima potencial desconocida será o no en concreto prudente, tampoco podrá saber por anticipado qué regla de responsabilidad va a gobernar el desarrollo de su actividad.

También quisiéramos exponer una situación que se da frecuentemente en la jurisprudencia paraguaya sobre accidentes de tráfico: la presunción de culpabilidad.

<sup>94</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 3. 2003/09/17. Gagliardone Elizeche, Graciela c. Díaz Peña, Mario Guillermo (Ac. y Sent. N° 96).

<sup>95</sup> Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Sala Civil y Com. 2005/02/08. Romero, Liborio c. Candia, Juan Ramón s/ Indemnización de daños y perjuicios (Ac. y Sent. N° 16).

<sup>96</sup> Fernando GÓMEZ POMAR. “*Coches y accidentes (I): La Posición del Tribunal Supremo*”. InDret. Pág.: 7.

<sup>97</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción. Sala 1. 1999/08/18. Valdez, Gregorio c. Empresa El Inter S.R.L. y/o Campos, Nélon. (Ac. y Sent. No.: 49)

*Conforman presunciones de culpabilidad que el vehículo se desplace a una velocidad superior a la reglamentaria y que el conductor maneje de contramano.*<sup>98</sup>

*La circunstancia de que el embistente carecía de registro automotor, el cual lo habilita suficiente y legalmente a conducir, hace plena fe, constatada directamente por el oficial público interviniente, crea una presunción en contra del conductor; ya que supone que el mismo, en principio, no cuenta con las habilidades y conocimientos necesarios para conducir un vehículo.*<sup>99</sup>

Visto y considerando la utilización de ciertos requisitos que hacen presumir la culpabilidad del causante del daño quisiéramos recordar, nuevamente, que bajo la regla de responsabilidad objetiva o sin culpa se torna innecesaria la utilización de las presunciones de culpabilidad. Claramente, conforme a dicha regla, quien causa un daño debe responder por él, salvo que pruebe las causales que lo eximen de responsabilidad. Si el causante del daño no logra demostrar las causales de exclusión de responsabilidad previstas en los arts. 1846 y 1847 indefectiblemente deberá responder por los daños causados, tornándose dicha presunción de culpabilidad superflua.

Sí nos parece obvio utilizar la presunción cuando las consecuencias del accidente de tráfico están siendo tratadas en sedes penales y criminales, tales como:

*Del hecho que uno de los conductores se haya negado al test de alcoholemia, cabe inferir, que por causa de dicha conducta se imposibilita comprobar la existencia o no de una conducta antijurídica y reprochable de exponer a peligro del tránsito terrestre, y en consecuencia, no se pudo determinar el estado de sobriedad o no de dicho conductor de automotor; apareciendo no sólo la duda al respecto a favor del otro conductor -que sí se sometió a dicha comprobación- sino, además la presunción de culpa en el otro.*<sup>100</sup>

No obstante, es bueno aclarar que tampoco todo es malo en la jurisprudencia. También encontramos sentencias que confirman la aplicación correcta de la responsabilidad objetiva, tales como:

*En principio toda vez que un peatón en la vía pública es embestido, atropellado o contactado por un vehículo en movimiento, como este es un objeto generador de riesgo, es de aplicación la norma del art. 1846 del Cód. Civil, razón por la cual, el dueño o conductor del rodado, para eximirse de responsabilidad deberá acreditar de una manera plena, la culpa de la víctima en la ocasión, que si es exclusiva lleva a una liberación total y siendo concurrente con la de aquel, determinará una disminución proporcional de esa responsabilidad.*<sup>101</sup>

*En los accidentes de tránsito cuando el damnificado o la víctima es un tercero que nada tiene que ver con otro vehículo en circulación, la entidad demandada dueña o guardiana de la cosa sólo puede eximirse de responsabilidad probando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, en virtud del "riesgo de la cosa (Art. 1847 C.C.)."*<sup>102</sup>

### 3. Conclusión

La presencia del derecho de daños, como uno de los pilares fundamentales del derecho privado, descansa en la idea de costes de transacción prohibitivos para ciertas situaciones, tales como el tráfico de vehículos; por lo que, no pudiéndose dejar en manos de las partes privadas la asignación de recursos para posibles eventualidades surgidas en accidentes de tráfico, la solución se da con la regulación y control público de la actividad, es decir: un derecho de daños. Desde sus comienzos, dicho derecho de daños tuvo como única finalidad la de compensar; sin embargo, en los últimos tiempos, se pretende también una función preventiva. Hemos desarrollado cómo la función preventiva puede instalarse en el sistema de derecho: bajo un determinado nivel de precaución (el óptimo) y dependiendo de la regla de responsabilidad, los accidentes y sus costes podrán ser minimizados. En consecuencia, las normas jurídicas deben tener como misión la de fijar incentivos a las partes para que tomen medidas de precauciones óptimas y socialmente deseables. Si los posibles causantes de daños internalizan los costes de los accidentes, tendrá incentivos suficientes para invertir en un nivel de precaución eficiente, que maximice el bienestar social.

A raíz de los informes estadísticos existentes sobre las consecuencias que traen aparejadas los accidentes de tráfico, creemos sumamente importante replantear la situación vigente e intentar, con todos los medios posibles y disponibles, cambiar el curso de los acontecimientos; y, para ello, hemos visto en el presente trabajo cómo el Derecho en general, y el derecho de daños en particular, puede contribuir a lograr una reducción de las externalidades negativas que ello origina. La tarea no será nada fácil, ni mucho menos, pero consideramos que existen razones más que nobles para intentarlo.

<sup>98</sup> Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Sala Civil y Com. 1998/04/08. Agustín Duarte Morel c/ Soriano Arzamendia y Trans Tur S.A. (Ac. y Sent. n° 75)

<sup>99</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción. Sala 3. 2001/03/07. Ovelar Martínez, Sixta c. Crédito Agrícola de Habilitación (Ac. y Sent. No. 6)

<sup>100</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Criminal de Asunción. Sala 1. 2002/02/18. Galeano, Hugo Alberto. (Ac. y Sent. N° 17).

<sup>101</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción. Sala 2. 2001/12/07. Villalba Vera, Lourdes c. Zárate, Pedro P. Espínola y otros. (Ac. y Sent. N° 169).

<sup>102</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción. Sala 3. 1996/08/28. Lourdes Concepción Ramírez M. de Westhoff c/ Empresa de Transporte Yberá S.A. Línea 19 (Ac. y Sent. N° 73).

En lo que respecta al derecho de los accidentes de tráfico en Paraguay, mucho más aún, se requieren, de manera urgente, ciertos cambios que hacen a su funcionamiento, y queremos hacer un fuerte hincapié en dos cuestiones trascendentales: (i) *la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil para conducir* y (ii) *normas jurídicas claras y concretas que regulen las situaciones derivadas de accidentes de tráfico*.

En cuanto al primer punto (*la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil para conducir*), habíamos dicho en la sección correspondiente que no es ninguna panacea; efectivamente acarrea problemas que no se pueden dejar de considerar; sin embargo, a la par trae aparejado beneficios que, a nuestro juicio, superan ampliamente aquellas desventajas; por lo que nos decantamos totalmente por su implementación en nuestro país.

En relación al segundo punto (*normas jurídicas claras y concretas que regulen las situaciones derivadas de accidentes de tráfico*) no nos queda más que llamar la atención en relación al desconcierto, cuando no confusión, que reina en nuestro derecho de accidentes, a raíz de su desacertada regulación jurídica, por lo que nos merece a todas luces un cambio de rumbo en la legislación.

Indefectiblemente, las normas jurídicas que regulan a los accidentes de tráfico se tornan relevantes para alcanzar los ideales propuestos, ya sea compensar únicamente, ya sea también prevenir. Así, a través de los modelos económicos de accidentes – en sus cuatro versiones desarrolladas –, hemos explicado cómo las distintas reglas de responsabilidad influyen en los incentivos de los individuos a fin de lograr reducir las externalidades negativas de los accidentes, pero, no podemos hablar – en relación a Paraguay – de alcanzar un óptimo social que maximice el bienestar si ni siquiera se tienen definidas qué reglas regirán para dicho suceso. No queremos precipitarnos en dar una conclusión sobre el tipo de regla de responsabilidad de nuestra preferencia, pero sabemos que la responsabilidad objetiva con compensación de culpas lleva las de ganar (en accidentes donde las partes son claramente distinguibles), y una regla de responsabilidad por culpa en accidentes que incluyan una colisión entre vehículos.

Finalmente, nos quedamos con la idea de que *no se compensa correctamente si, al hacerlo, no se previene*.