

IRRESPONSABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD

Francisco González de Cossío*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. DIAGNÓSTICO 2.1. Importancia del Derecho de la Responsabilidad 2.2. Estatus del Derecho de Responsabilidad 3. PROPUESTA 3.1. Concepción 3.2. Valuación Económica o Financiera 3.3. Fórmula Hand 3.4. Daño Moral 4. COMENTARIO FINAL 5. PREGUNTAS PARA EL CONGRESO

1. INTRODUCCIÓN

El estatus actual de la responsabilidad en México es lamentable. Como resultado, fomentamos actividad ilícita o deplorable. Afortunadamente, su corrección no es difícil. A continuación se comenta el problema y se propone una solución.

2. DIAGNÓSTICO

Como en tantas áreas de nuestro Derecho, el Derecho de la Responsabilidad¹ es parco, no en su *lex scripta*, sino en su aplicación. Ello genera resultados serios. A continuación se comentarán, enfocándome en la responsabilidad civil.

2.1. Importancia del Derecho de la Responsabilidad

Considero (y postulo) que una de las instituciones más importantes y trascendentes de todo sistema jurídico es la responsabilidad. Sociológicamente, es una forma de dar seguridad. Económicamente, atribuye las consecuencias a quien las genera, propiciando incentivos adecuados.

Tradicionalmente se dice que la institución de la responsabilidad civil tiene tres funciones: (1) *compensatoria* (determinar cuándo una compensación es necesaria); (2) *sancionatoria* (atribuir el daño a quien lo genera); y (3) *preventiva* (instrumento de prevención general de incidentes mediante la procuración del nivel óptimo de inversión en seguridad).

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx). Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

¹ El lector podría extrañarse que no especifique qué tipo de responsabilidad, pues existen especies. Ello es intencional. Las observaciones que realizaré son aplicables a todas las especies de responsabilidad. Por consiguiente, la alusión al tema en forma genérica es apropiada.

Sin embargo, el ángulo económico de la comprensión del derecho de la responsabilidad civil ha sido descuidado. En mi opinión, debe enfatizarse. De ser eficiente el derecho de la responsabilidad no sólo hará que quien incurre en un hecho soporte sus consecuencias, sino que logrará algo importante: quien decida incurrir en una actividad tendrá que sopesar los beneficios de la misma ante sus costos *totales*, y la realizará sólo cuando los primeros rebasen los segundos; lo cual implicará que es una actividad socialmente deseable. De pesar más los costos sobre los beneficios, se tratará de una actividad que no debe tener lugar.

Cuando la responsabilidad civil es ineficaz, el análisis económico descrito arroja resultados indeseables. Al fracasar como mecanismo de canalización de costos, el costo *individual* de la actividad no reflejará su costo *social* (que es soportado por terceros mediante externalidades²). Quien considere incurrir en la actividad tendrá incentivos para llevarla a cabo. Después de todo, recibirá beneficios a cambio de un 'precio' parcial de la actividad; y el resto de la sociedad pagará la cuenta. Al no ser responsable de los costos *totales*, pero si beneficiario de sus utilidades, llevará a cabo una actividad que económica y socialmente no debía tener lugar (pues 'cuesta' socialmente (agregadamente) más de lo que beneficia). Y todo ello por la ausencia de un mecanismo eficaz que canalice consecuencias.

Es decir, *el Derecho de la Responsabilidad internaliza externalidades*. Incentiva que quien lleve a cabo una actividad incurra en el costo de cuidado socialmente óptimo. Un ejemplo puede ilustrar porqué. El dueño de una compañía de transporte de personas debe incurrir en costo de mantenimiento de las unidades. De no hacerlo, incrementa la probabilidad de que ocurra un siniestro que afecte a terceros. En un sistema donde funciona la responsabilidad civil extracontractual, de materializarse el siniestro, el dueño será forzado a cubrir todos los daños sufridos por la víctima. En dicho caso, existirán incentivos para que invierta en un correcto mantenimiento. (De lo contrario, la indemnización por los daños puede llevarlo a la ruina.) En un sistema donde no funciona la responsabilidad civil extracontractual (como el mexicano), el dueño no tiene incentivo para invertir en un correcto mantenimiento. Después de todo, de ocurrir el siniestro, no será responsable. Ante ello, ¿por qué 'desperdiciar' recursos en mantenimiento? Como resultado, repercute un costo importante a la sociedad: el riesgo de que ocurra el siniestro. Dicha sociedad ve su bienestar reducido por el fracaso del Derecho (de responsabilidad).

² Las 'externalidades' son costos o beneficios generados a terceros por la actividad económica. Si resulta en perjuicios se tratará de una externalidad *negativa*. Si genera beneficios será una externalidad *positiva*.

No estoy solo en esta manera de concebir el derecho de la responsabilidad.³ Un tratadista italiano hace apreciaciones pertinentes:⁴

La tarea de la responsabilidad civil es la traslación de un daño de un sujeto a otro.⁵ ...

El problema de la responsabilidad civil se torna entonces en un problema de organización del derecho privado, coordinando la actividad que, sea por lo que sea, no se desea prohibir. Tal problema se muestra en la determinación del sujeto que debe soportar un determinado costo provocado por tal actividad. Esta es la principal, mas no la única, función de la responsabilidad civil, y hoy por hoy, organizativa: producir una coordinación satisfactoria de las acciones sociales, basadas no en una serie de órdenes centralizadas, sino en una serie de decisiones descentralizadas de los diversos agentes. Seguramente, por lo tanto, las reglas de la responsabilidad civil han tenido un efecto redistributivo. Se comportan como una imposición de una tasa determinante de la actividad, importando un costo eventual que puede trasladarse al generador de un daño potencial, mediante el mercado o de otro modo, a sujetos diversos. Las reglas de la responsabilidad civil distribuyen entre determinados sujetos el costo de su actividad, y de esta manera regulan, o mejor inducen, su regulación espontánea.⁶

Cuando no se entiende así la responsabilidad se procura un resultado deplorable: *se subsidia actividad ilícita*. Y por ende, se fomenta.

³ Para un análisis interesante sobre ello se recomienda Acciarri, Hugo A., ELEMENTOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE DAÑOS, Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE), George Mason University Law and Economics Center, 2009.

⁴ Monateri, Pier Giuseppe, LA RESPONSABILITÀ CIVILE, UTET Giuridica, Wolters Kluwer Italia Giuridica S.r.l., 2006, p. 16.

⁵ Sus palabras exactas son: "*Il compito della responsabilità civile è quello di traslare un danno da un soggetto ad un altro.*" (id. p. 16)

⁶ Monateri, p. 22. (notas suprimidas) Sus palabras exactas son: "Il problema della responsabilità civile si pone, allora, oggi come problema dell'organizzare tramite il diritto privato, un coordinamento delle attività che, comunque, non si intendono vietare. Tale problema si estrinseca nella scelta del soggetto che deve sopportare un determinato costo provocato da tali attività. Cioè la principale, ma non unica, funzione della responsabilità civile è, oggi, quella organizzativa: produrre un coordinamento soddisfacente delle azioni sociali, basato non su una serie di comandi centrali, ma su una serie di decisioni decentrate dei vari agenti. Sicuramente, pertanto, le regole di responsabilità hanno effetti redistributivi. Esse si comportano come l'imposizione di una tassa su determinate attività, importando costi eventuali, che possono venire traslati dai danneggianti potenziali, tramite il mercato o in altri modi, su soggetti diversi. Le regole di [responsabilità civile] distribuiscono tra determinati soggetti il costo delle loro attività, ed in questo modo regolano, o meglio inducono un loro regolamento spontaneo."

Si. ¡Se subsidia! No es exageración. El efecto de no pagar indemnizaciones (o pagar indemnizaciones bajas) es equivalente al de un subsidio, sólo que en lugar de ser pagado por el Estado, es pagado por las víctimas.

Como todo subsidio incentiva consumo, el efecto que los tribunales propician cuando hacen condenas lacónicas es incentivar actividad ilícita. Ello merma el bienestar de toda la sociedad.

2.2. Estatus del Derecho de la Responsabilidad

Desafortunadamente, el estado de esta institución es lamentable. El problema no reside en el Derecho escrito, sino en su aplicación: nuestros códigos contemplan normas suficientes y adecuadas para atribuir responsabilidad a quien la genera. Haciendo eco de una observación emitida por un jurista mexicano (Emilio González de Castilla del Valle):⁷

El derecho común se parece al sentido común: es con frecuencia el menos común (conocido) de todos

Las condenas en materia de responsabilidad civil son lacónicas. Si bien existen excepciones, son justamente eso. Y son tan excepcionales, que encontrar una siempre merece una disquisición.⁸

3. PROPUESTA

Deseo realizar una doble propuesta, no sin antes hacer un comentario sobre su concepción. Las propuestas son:

1. Utilicemos modelos financieros para cuantificar la indemnización; y
2. Adoptemos la fórmula Hand sobre responsabilidad por culpa.

Explicaré cada una.

3.1. Concepción

El problema reside en su concepción y aplicación. En su *concepción*, la institución de la responsabilidad necesita reevaluarse. Tomemos como ejemplo la responsabilidad civil. No es noticia alguna que la responsabilidad civil es la obligación de responder por un daño y de reparar sus consecuencias

⁷ Observación emitida en una sesión de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

⁸ Llevo algunos años haciendo eco de esta idea en clase. En ocasiones ha sucedido que alumnos me comunican que conocen de algún caso en que sí se realizó una condena no lacónica. Ello siempre ha motivado especial interés de todos los asistentes, lo cual ilustra su excepcionalidad.

indemnizando a la víctima. Pero estando de acuerdo en su enunciado conceptual, la contundente mayoría de tribunales se quedan en dogmática y no llevan el derecho a sus consecuencias — es aquí donde entra el problema en la *aplicación*: no hacen condenas monetarias, o las que hacen son ridículas.⁹ La excusa¹⁰ que dan es que la cuantificación es ‘difícil’ o ‘imposible’. O que sería ‘especulativo’.

La respuesta es inverosímil.

3.2 Valuación Económica o financiera

El estado actual de la ciencia financiera es lo suficientemente rica y sofisticada como para valuar en forma objetiva casi cualquier circunstancia.¹¹ Ante ello, considero que la respuesta de los tribunales a la valuación de daños y perjuicios refleja ignorancia, no imposibilidad. Y la ignorancia es supina: es decir, no es cualquier tipo de ignorancia, sino aquella que descuida algo que debería saberse. La ciencia financiera ofrece modelos diversos para cuantificar casi cualquier activo o situación (incluyendo daños). Como todo modelo, tiene límites. Pero descartarlo *in toto* es un yerro.

La concepción y aplicación de la responsabilidad debe reevaluarse y actualizarse. *Utilicemos el modelo y sus límites en detrimento de quien lleva a cabo el acto ilícito, no de quien lo sufre.*¹² Las condenas monetarias deben lograr su objetivo: indemnizar a la víctima. Para cuantificar el monto debe echarse mano de los métodos financieros y contables de valuación, implementados por profesionistas especializados.

La dificultad de determinación del monto de valuación no debe ser un óbice. El problema relacionado con la ‘especulación’ como límite señalado con anterioridad es serio pues la negativa a indemnizar correctamente genera frustración social e invita conducta repudiable. Y los (pseudo)límites del Derecho se utilizan en contra de la víctima de la conducta, no contra quien incurre en conducta ilícita. El resultado debería invertirse, generando riesgo al malhechor en lugar del bienhechor.

⁹ No es que el dinero se conciba como lo más importante, si no utilizarlo justamente para lo que se creó: como unidad (y depósito) de valor y medio de intercambio.

¹⁰ Caracterizo el argumento de ‘excusa’ puesto que considero que no justifica el resultado que se le da. De justificar, lo llamaría ‘razón’.

¹¹ El argumento que existe falta de certeza en el quantum también me parece insuficiente. Es cierto que algo hay de especulación por el simple hecho de que el evento valuado no ocurrió. Pero así son todos los modelos conceptuales: sirven de barómetro de algo. No entender esto es ir en contra de algo superado, y amputarle las alas a las ciencias.

¹² El estatus actual de la práctica invierte la sugerencia. Al negar indemnización a la víctima por ser difícil cuantificar el daño, en efecto se está usando el límite de la ciencia en su detrimento. El mensaje: el autor del ilícito se sale con la suya.

Pregunto, ¿porqué no invertir la regla? ¿Porqué no sostener que se indemnizará con una cantidad apropiada dado el objeto y los sujetos involucrados (y su patrimonio)? Es cierto que existiría un elemento de especulación, pero sería utilizado a favor —no en contra— de la víctima. De adoptar la regla por la que postulo el mensaje sería *caveat delinquent*: si te portas mal, asumes el riesgo de ser responsable por consecuencias imprevisibles de dicha actividad. Mucho mejor Derecho, en mi opinión.

3.3 Fórmula Hand

En *United States v Carrol Towing*¹³ un importante juez estadounidense (Learned Hand) determinó que la obligación del propietario de adoptar medidas contra daños es una función de tres variables: (1) la probabilidad de que el daño ocurra; (2) la gravedad del daño resultante, si es que ocurre; y (3) el costo de tomar las precauciones adecuadas.

Existirá responsabilidad cuando *costo* sea menor que *daño* multiplicado por la *probabilidad* de que ocurra. Expresado algebraicamente: $C < DP$; donde C es el costo de adoptar las medidas de precaución, D daño y P es probabilidad de que ocurra el siniestro.

Adoptar esta fórmula dotará de más certeza al optar por un método objetivo. Además, es congruente con la forma en que las personas razonan, consciente o inconscientemente.

3.4 Daño moral

Un caso particular de lo anterior es el daño moral. O mejor aún la indemnización por lesión a bienes inmateriales.¹⁴ Incluye reputacional. El perjuicio extramatrimonial genera un problema: ¿cómo valorar en dinero daños infligidos a bienes no materiales¹⁵ o que siendo materiales tienen un valor

¹³ 159 F.2d 169 [2d. Cir.1947].

¹⁴ Al respecto, ver Bustamante Alsina, Jorge, TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 9ª edición, p. 237 *et seq.*

¹⁵ Por ejemplo, lesión a los derechos de la personalidad, la lesión a la afección, la desgracia por muerte de un ser querido, el daño sentimental, el perjuicio estético, el perjuicio sexual (dificultad o imposibilidad de tener relaciones íntimas y de procreación), el perjuicio de desagrado.

sentimental?¹⁶ La práctica mexicana sobre indemnización por daño moral es anacrónica y deplorable: no se puede.¹⁷

No tiene porqué ser así. No sólo existen fórmulas financieras que lo abarcan,^{18,19} sino que además no existe un razonamiento correcto que lo justifique. Una mejor postura es esbozada en un caso reciente, donde, como razonamiento de una importante condena por daño reputacional, se dijo:²⁰

los daños no materiales pueden ser muy reales. El que sean difíciles de medir o cuantificar monetariamente no los hace menos reales, ni es motivo para que la víctima no sea indemnizada

Es hora que nuestros tribunales adopten dicho razonamiento y método.

4. COMENTARIO FINAL

Estoy convencido que la responsabilidad civil es una de las instituciones más importantes de la ciencia jurídica: canaliza (atribuye) las consecuencias de los

¹⁶ Por ejemplo, un bien que, careciendo de valor de intercambio, tiene un valor intrínseco por razones sentimentales de su propietario. Sería ofensivo condenar al pago de su precio de mercado.

¹⁷ No deseo comunicar que el derecho escrito o tesis judiciales indiquen que no se puede. Claramente sí (ver por ejemplo artículo 1916 del Código Civil Federal y la tesis **DAÑO MORAL. FUNDAMENTACIÓN DE SU CUANTIFICACIÓN**, Registro No. 914497, Octava Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Apéndice 2000 Tomo IV, Civil, P.R. TCC, p. 624; **DAÑO MORAL, PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACION POR**, Registro No. 356346, Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación LVIII, p. 1954.). Mi observación es sobre la *práctica* seguida por tribunales al aplicar dichos cánones, que tiende a ser lacónica.

¹⁸ Por ejemplo, la fórmula de Gordon sobre daño al *goodwill*:

$$G_0 = \frac{D_0(1+g)}{k_s - g} - \sum_{N=1}^8 \left[\frac{D_0}{(1+k)^N} \right] + \left[\frac{D_0(1+g)}{(k-g)} \right] \frac{1}{(1+r)^8}$$

donde, P_0 = valor teórico de la firma, D_0 = dividendo anual más reciente, g = tasa de crecimiento, k_s = rendimiento esperado y D_1 = dividendo anual esperado el presente año.

¹⁹ Existe literatura al respecto. Por ejemplo, Gitman, Lawrence J. (2003), PRINCIPLES OF MANAGERIAL FINANCE, Brief, 3rd. Edition; Huang, Litzenger, R.H., FOUNDATIONS FOR FINANCIAL ECONOMICS, 1988; Eich Harper, I. R., FINANCIAL ECONOMICS, 1997.

²⁰ *Desert Line Projects LLC v Yemen*, Caso CIADI No ARB 05/17; Laudo del 6 de febrero de 2008, ¶289. En sus palabras: “non-material damages may be “very real, and the mere fact that they are difficult to measure or estimate by monetary standards makes them none the less real and affords no reason why the injured person should not be compensated”. Citó casos internacionales que apoyan el principio: *Lusitania* y *U.S. v. Germany* (Noviembre 1923, VII RIAA 32, p. 42).

actos a quien las genera. Entre menos eficaz es, más 'externalidades negativas' se generan. Es decir, más costos se tienen que soportar por conducta de otros. Y ello merma el bienestar de toda la sociedad.

5. PREGUNTAS PARA CONGRESO

1. Dificultad de adoptar las sugerencias propuestas.