

*Distribución de las cuotas de  
responsabilidad entre coobligados: una  
propuesta en base a análisis de criterios  
jurídicos y económicos para arribar a  
decisiones más equitativas*

*Distribution of Responsibility Among  
Concurrent Liable Parties: A Proposal  
Based on the Analysis of Legal and  
Economic Criteria for Fair Decisions*

Franco Andrés Melchiori\* <http://orcid.org/0000-0002-0495-2514>

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v17i23.1671>

\* Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina),  
doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).  
Correo electrónico: famelchiorit@gmail.com

Lex





*Música.* Óleo.  
Agustín Aquino Mejías (pintor peruano).

## RESUMEN

La distribución de la responsabilidad entre numerosos coautores de un daño parece no haber sido resuelta satisfactoriamente en el llamado “Derecho Continental”. Los criterios legales puestos a disposición de los juristas son, en general, insuficientes; algunas legislaciones, no obstante, proponen más herramientas que otras. Siguiendo la legislación más completa se exponen en orden los criterios más convenientes a seguir. Sin embargo, llegados a casos de causalidad compleja, difusa, una referencia legislativa a “otras circunstancias del caso” deja a los juristas sin criterios concretos, y se inclinan por una distribución igualitaria. Para cubrir la ausencia de criterios legales expresos se proponen, en este trabajo, criterios del Análisis Económico del Derecho, que también cumplen su papel en el análisis de los criterios legales mismos. Como criterios especialmente relevantes se analiza la fórmula de Hand y *Market Share Liability*.

**Palabras clave:** *derecho, daños, causalidad, daños colectivos, análisis económico, responsabilidad por cuota de mercado.*

## ABSTRACT

The Proportional distribution of responsibility among multiple liable parties seems unsolved in the "Continental Civil Law". The legal criteria available to the lawyers are generally inadequate; however, some legal systems propose more tools than others. Following the most complete legislation the author lists the most convenient criteria to consider. However, for cases of complex and diffuse causality, a legislative reference to "other circumstances" leaves the lawyers without specific criteria leaning towards equal distribution. In order to fill the lack of express legal criteria, the author proposes criteria from Economic Analysis of Law which also fulfills its role on the analysis of the legal criteria. The Hand formula and Market Share Liability are analyzed as particularly relevant criteria.

**Key words:** *law, damage, causality, collective damages, economic analysis, market share liability.*

## I. INTRODUCCIÓN

La creciente interrelación entre las personas, además de producir grandes beneficios, ha traído como saldo disvalioso el aumento de daños generados por numerosos sujetos. La intervención de una pluralidad de personas en la generación de consecuencias negativas es una realidad cada vez más frecuente.

La situación analizada, a la que se pretende dar respuesta, es aquella en la que varios agentes han sido señalados como responsables de un daño. La judicatura o el tribunal arbitral ha dictaminado condenándolos como responsables ante la víctima. Toca definir en qué medida corresponde a cada uno distribuir esas cuotas de responsabilidad entre ellos.

Muchas veces la intervención de varios agentes en el daño importa, a la vez, incertidumbre causal cuando se pretende determinar la injerencia concreta de cada uno de ellos para distribuir las cuotas de responsabilidad. Es más, es en esos casos de incertidumbre causal cuando el análisis que hacemos en el presente trabajo resulta más útil. Es una situación compleja que termina frecuentemente con una distribución igualitaria entre los coobligados. Distribuir paritariamente la responsabilidad no es siempre la decisión más justa, pero los operadores jurídicos se ven faltos de recursos para tomar decisiones más equitativas.

En este trabajo se ponen a disposición de los jueces algunas normas del derecho local de países sudamericanos. La legislación civil comparada sirve, al menos, como criterios a tener en cuenta ante vacíos legales, o para completar normas que brindan pocas herramientas para la solución de un caso.

Además, se propone un orden para el estudio de los elementos fácticos al alcance de los jueces; se busca sistematizar el análisis de los hechos sobre la base de criterios de derecho sustantivo y de derecho adjetivo.

Asimismo, se propone el recurso a criterios económicos como herramientas auxiliares. El estudio económico del Derecho ha hecho importantes aportes a la ciencia jurídica, y se presenta como herramienta útil para clarificar y dar objetividad a la distribución de responsabili-

dad. Pero, sobre todo, para que, ante la ausencia de otros elementos de juicio, la distribución resulte más equitativa que una sencilla asignación igualitaria de las cuotas de responsabilidad.

La distribución puede ocurrir en dos supuestos. Cuando la atribución de responsabilidad ha sido simplemente mancomunada frente a la víctima, y, ante responsabilidad solidaria, cuando se pretende distribuir la responsabilidad con miras a las acciones de regreso. En ambos supuestos, el tribunal debe recurrir a ciertos criterios para llegar a una “justa repartición de las cargas”.

Para distribuir la responsabilidad, la justicia, en primer lugar, exigirá la búsqueda de la verdad real, un acercamiento a la realidad de las cosas desde las herramientas que brinda el Derecho.

La verdad real, en la distribución de responsabilidad en cuestiones de justicia conmutativa, obliga a considerar los acuerdos de las partes. Sobre esto y el panorama que se presenta cuando las partes no han convenido nada tratará el Apartado 1.

Antes de iniciar el estudio más detenido de los inconvenientes que puedan presentar casos complejos para la distribución de responsabilidad, en el Apartado 2 se estudiarán los lineamientos normativos de algunos países sudamericanos.

Según los lineamientos jurídicos más razonables, ante ausencia de acuerdo de las partes, el operador jurídico deberá indagar la dinámica del hecho lesivo, estudiando los elementos de prueba a su alcance. Esos elementos pueden estar directamente relacionados con el hecho o referirse a él de modo indirecto, generando presunciones. En el Apartado 3 se profundizará sobre este aspecto de la cuestión.

Sobre el itinerario a recorrer entre elementos de prueba directos y presunciones versarán los Apartados 4, 5 y 6. Cada uno de estos dará un paso hacia la complejidad y, por ese motivo, hacia la aplicación de criterios económicos.

Algunos de los modelos económicos propuestos por los especialistas permitirán definir y fundamentar la visión general que se tenga sobre el modo en el que debe funcionar el derecho de daños en caso complejos. En el Apartado 4 serán tratados los criterios llamados *all or nothing* y “responsabilidad por probabilidad de causación”.

Cuando sea difícil o imposible saber en qué medida participó cada sujeto en la generación del daño (cuando sean insuficientes las pruebas directas), estos mismos criterios y otros nacidos bajo su amparo podrán aportar elementos de juicio para definir las cuotas de responsabilidad sobre la base de las circunstancias del caso que no se vinculan inmediatamente con el hecho dañoso. Algunos criterios económicos también podrán hacer su aporte a este respecto, según se verá en el Apartado 5.

Finalmente, cuando los elementos fácticos directa o indirectamente relacionados con el hecho lesivo no permitan distribuir la responsabilidad de un modo equitativo, los criterios económicos pueden aportar ideas de justicia basadas únicamente en los costos (Apartado 6).

## II. AUSENCIA DE ACUERDO ENTRE LAS PARTES: NECESIDAD DE INDAGAR LA DINÁMICA DE LOS HECHOS

Cuando toca a los operadores jurídicos aplicar el derecho en la materia que tratamos, se hace con miras a devolver el equilibrio en las relaciones de reciprocidad (*antipeponthos*); o, en su caso, comprender que en realidad no se ha roto ningún equilibrio, y cada sujeto tiene lo que le corresponde, que cada quien tiene lo *adecuado o ajustado según un tipo de igualdad*.<sup>1</sup>

Como de relaciones de reciprocidad se trata, el primer elemento que debe tenerse en cuenta es la decisión que, sobre cada situación de *intercambio*, han tomado las partes involucradas: las convenciones a las que hayan arribado las partes determinarán el modo en el que deban establecerse las cuotas de responsabilidad.

Esta es, además, la visión propia de lo que Calabresi ha denominado una sociedad “ideológicamente mixta” (donde se conjugan las visiones colectivistas de distribución de costos con las visiones individualistas, atomistas o “de mercado”). En estas, se deja librada a las partes el modo de “compensar” los posibles daños, pero solo como primera medida y en aquellos casos en los que las circunstancias lo hicieran posible y adecuado.<sup>2</sup>

El trabajo de la judicatura es analizar si esos contratos fueron celebrados realmente en situación de reciprocidad, o si alguna de las partes ha hecho pesar su potestad, configurándose un caso de abuso de posición dominante o lesión. Siempre debe seguir, evidentemente, la normativa vigente aplicable al caso sobre la licitud del objeto de un acto jurídico, sobre su celebración, interpretación y ejecución de buena fe, etc.

Ante la ausencia de un acuerdo válido que regule la cuestión, deben aplicarse otros criterios. Estos se fundan en la idea de que la mejor forma de restablecer el equilibrio es fijar las cuotas de responsabilidad según la realidad de las cosas: el Derecho solo puede fundarse en la

<sup>1</sup> Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, L. V, cap. 7 y 8; Julio Conte-Grand, *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, ed. Pedro Sánchez Herrero, 1a ed., vol. I, Parte General (Buenos Aires: La Ley, 2016), sec. 12.1.3; Carlos Raúl Sanz, “Reflexiones iusfilosóficas en torno a la problemática actual del contrato”, *La Ley* 1978-D (1978): 945 y ss.; Enrique Serrano, “La teoría aristotélica de la justicia”, *Isonomía* 22 (abril de 2005): 148-52.

<sup>2</sup> En efecto, aun ante circunstancias en las que se puede llegar a un acuerdo, existen normas “ideológicamente colectivas” que juzgan la validez de estos acuerdos. Nuestra sociedad es ideológicamente mixta aun en las medidas más colectivas y en las más atomísticas (cfr. Guido Calabresi, “Torts - The Law of the Mixed Society”, *Texas Law Review*, 65 (1978); también puede verse en Guido Calabresi, “Torts - The Law of the Mixed Society (1978)”, *Faculty Scholarship Series*, Paper, 1999, [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1999](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1999)).

verdad. En nuestro sistema continental, la búsqueda de la verdad real como presupuesto para impartir justicia es un valor innegociable.<sup>3</sup>

En primer lugar, en tanto se trata de supuestos de actividad dañosa, el tribunal debe resolver según la influencia real de cada uno en la causación del daño (desequilibrio); es decir, según lo que “verdaderamente” ocurrió. Por tanto, debe indagar por todos los medios a su alcance en la dinámica de los hechos. Pero no siempre es posible establecer de modo suficiente la influencia de cada sujeto en relación directa con el daño. En esos casos, el tribunal debe tener en cuenta otras circunstancias relacionadas de modo indirecto con el acaecimiento del daño.

En esta línea de ideas, parece que lo correcto es tratar de disminuir máximamente la aplicación del criterio de “distribución igualitaria” que se aplica como “cláusula de cierre” en algunos sistemas jurídicos.

En su aplicación es cuando, con mayor probabilidad, responderán inocentes por culpables, o quizás “parcialmente inocentes por parcialmente *más* culpables”. Muchas veces será la opción más distante de la realidad, pero quizá la única opción razonable.

### III. CRITERIOS NORMATIVOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CUOTAS DE RESPONSABILIDAD

Las ideas mencionadas con anterioridad se encuentran recogidas, de diversos modos, en la legislación civil de los países latinoamericanos. En dicha legislación, pueden encontrarse diversas formas de distribuir la responsabilidad entre coobligados. En algunos países no se trata el asunto de un modo explícito, como sucede con el Código Civil de Chile,<sup>4</sup> o el Código Civil de Colombia.<sup>5</sup>

Entre los que se dedican de modo explícito a dar criterios para la distribución de las cuotas de responsabilidad se encuentran el Código Civil y Comercial de Argentina, el Código Civil de Paraguay, el Código Civil de Perú y el Código Civil de Venezuela.

<sup>3</sup> Pedro Bertolino, *La Verdad Jurídica Objetiva*, 2ª ed., revisada, ampliada y actualizada (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007), 5-7 y cap. II; Federico Wagner, “Bertolino, Pedro, ‘La Verdad Jurídica Objetiva’ (comentario bibliográfico)”, *El Dial*, núm. elDial.com-CCD86 (2018): secs. IV-VI.

<sup>4</sup> Trata el asunto especialmente en tres artículos que refieren a contratos especiales o a las relaciones sucesorias (2.307, 2.367 y 1.354). La regla general es la división en cuotas viriles, pero permite excepciones. Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic, *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed., vol. 1 (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 115-16.

<sup>5</sup> Podrían extraerse algunos criterios por el juego de los Arts. 1.568, 1.580, 1.668, 2.395, entre otros, del Código Civil y Comercial, y el Art. 2 de la ley 28 de 1932. De allí surge la idea de la presunción de paridad hasta tanto se demuestre lo contrario. Fernando Hinestroza, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, 2ª ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 356-358.

La legislación paraguaya aporta, en su Art. 523, lo siguiente:

En las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores, y el crédito solidario entre los distintos acreedores, por partes iguales, salvo que haya sido contraída, según el título, en interés exclusivo de alguno de ellos en proporciones distintas (...).

La regla, más allá de lo “intrincado” de la redacción, es la división que hayan pactado las partes en función del interés. Si no han pactado nada, se distribuirá de modo igualitario. El artículo no aporta mayores luces sobre los criterios a tener en cuenta para evitar la distribución paritaria.

Tanto en Venezuela (Art. 1.195) como en Perú (Art. 1.983) la norma prevista al efecto contiene mayores precisiones, y son muy similares. En el código peruano se lee:

Si varios son responsables del daño (...) aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

El juez debe determinar la proporción de participación de cada sujeto considerando “la gravedad de la falta de cada uno”. Una clara referencia a la realidad de las cosas, a la intervención concreta de cada sujeto en la conducta o las conductas que generan daños.

Solo cuando no es posible “discriminar el grado de responsabilidad” debe distribuirse por partes iguales. De este modo, la división igualitaria es cláusula de cierre, *ultimaratio*, que opera solo cuando el juez no puede distinguir entre las conductas un grado diverso de injerencia. La preeminencia la tiene la determinación causal.

De modo similar a estas dos últimas legislaciones, el Código Civil y Comercial de Argentina contiene una norma que determina criterios para distribuir la responsabilidad entre coobligados: el Art. 841, cuya regulación es un poco más concreta, explícita, que las anteriormente nombradas:

**Art.841.-**Determinación de la cuota de contribución. Las cuotas de contribución se determinan sucesivamente de acuerdo con:

- a) lo pactado;
- b) la fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, la causa de la responsabilidad;
- c) las relaciones de los interesados entre sí;
- d) las demás circunstancias.

Si por aplicación de estos criterios no es posible determinar las cuotas de contribución, se entiende que participan en partes iguales.



El inc. a) del Art. 841 debería interpretarse como que incluye cualquier pacto o contrato. Es decir, incluye tanto el contrato que pudo haber hecho surgir la obligación, como otros pactos que puedan regular las acciones de regreso. Estos últimos pueden ser entre los mismos responsables, o entre los responsables y la víctima, o, incluso, involucrar a terceros; pueden ser anteriores o posteriores al surgimiento de la obligación principal.

El inc. b) habla de “la fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, la causa de la responsabilidad”. Diferencia las obligaciones de fuente contractual de aquellas de fuente extra contractual.<sup>6</sup> Para las primeras hace referencia a la fuente y a la finalidad. Aparece *la finalidad* del negocio jurídico como criterio de diferenciación, expresada o no en el título de la obligación. Es claro que abarca los dos conceptos de causa considerados por la doctrina como elementos de las obligaciones: la causa fuente y la causa fin.

Para las segundas hace referencia a la causa de la responsabilidad. En los hechos ilícitos se relaciona directamente con *la influencia causal* de cada quien.<sup>7</sup> La influencia causal es determinante a la hora de la atribución y distribución de la responsabilidad: implica uno de los principales nexos entre los hechos reales y el Derecho. Esta importante idea aparece en los códigos citados de Venezuela y Perú.

Por la relevancia de este elemento de consideración, algunos tribunales realizan esfuerzos ímprobos para establecer, con los elementos de juicio que poseen, una ponderación de la participación de cada uno en la dinámica de los hechos. Otros jueces se rinden ante las dificultades y optan por una distribución por partes iguales.

El inc. c) explicita algunas de las ideas que podrían ayudar a determinar las cuotas de responsabilidad cuando la distribución en razón de la influencia causal no es posible, o deviene injusta. Muchas veces existen relaciones previas, aunque no sean contractuales, cuya consideración permite llegar a una conclusión más justa.

Pueden considerarse a este respecto relaciones de subordinación “fáctica” o moral en el desarrollo de la acción lesiva, indicaciones sobre el modo de obrar que haya hecho cada in-

<sup>6</sup> El Dr. Hugo Acciarri, conjuntamente con miembros de la facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Sur, ha expuesto una lectura económica interesante sobre la posible unificación de las esferas de la responsabilidad (contractual y extracontractual). El objetivo que se propusieron no es nada sencillo, pero el resultado ha sido muy satisfactorio (cfr. Hugo Acciarri, Andrea Barbero, y Andrea Castellano, “Daños, instituciones e incentivos. Hacia un modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extracontractual”, Asociación Argentina de Economía Política, 2001, [https://aaep.org.ar/espa/anales/pdf\\_01/acciarri\\_castellano\\_barbero.pdf](https://aaep.org.ar/espa/anales/pdf_01/acciarri_castellano_barbero.pdf)). No podemos analizar la conveniencia de un trato igualitario de las esferas en este trabajo porque no resulta aplicable a las consideraciones que se harán.

<sup>7</sup> La causa jurídica está compuesta por dos *momentos*, la determinación más empírico-científica (fáctica) y la determinación jurídica, que toma el primer momento para juridizarlo. El segundo momento tiene, a su vez, dos tramos: uno que toma lo fáctico de la causalidad para analizarlo a la luz del derecho (adecuación del acto jurídico al daño), y otro que imputa la autoría cuando criterios jurídicos superiores así lo imponen (a veces, independientes de la adecuación).

terviniente (en la responsabilidad de un equipo médico pueden ser importantes tales datos), y otras circunstancias no relacionadas directamente con el hecho. Conviene señalar que en el criterio siguiente podrían haberse incluido estas consideraciones.

El último inciso contiene una cláusula general: “Las demás circunstancias”. Esta frase abierta le permite al juez recurrir a todo aquel otro elemento de juicio que considere relevante, relacionado directamente con el hecho o no.

Finalmente, el artículo, al igual que los otros dos códigos citados, contiene esta frase en su último párrafo: “Si (...) no es posible determinar las cuotas (...) participan en partes iguales”. Es una cláusula de cierre, y se aplica subsidiariamente. No fue la intención del legislador tomar como iguales a sujetos que pueden haber tenido diferente interés o diferente influencia en el nacimiento de la obligación.

Esta solución es “lógica y equitativa”,<sup>8</sup> pues parecería una solución deseable ante la imposibilidad de recurrir a un criterio claro que permita diferenciar los intereses de cada sujeto en el asunto, o la aportación individual a la causa fuente. El problema es que esa “imposibilidad de reglar las relaciones” quede siempre a criterio del juez con una amplia discrecionalidad.

#### IV. EVIDENCIA INTERNA DE LA RELACIÓN CAUSAL, PROBABILIDAD Y PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS

Hemos visto que, luego de que las partes no hayan acordado razonablemente el modo de distribuir las cargas de su obligación, el primer criterio que debe seguirse es la determinación de la injerencia de cada uno de ellos en la ruptura del equilibrio. Ello implica hablar de la relación entre su actuar, o su posición jurídica, y la lesión generada en el derecho de un tercero; es decir, de la relación causal.

Ahora bien, ¿cómo se determina el “porcentaje” de causación, o la injerencia de la acción de cada sujeto sobre el daño? Considerando la causa de la responsabilidad, las relaciones de los interesados entre sí, y las circunstancias del caso en el marco de un proceso judicial.

Un desarrollo útil del método a seguir en casos complejos, como aquellos en los que hay pluralidad de intervinientes, es el que postula la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de La Matanza en el caso “Rodríguez” (CAC y C de La Matanza, Sala I, 6/9/2005, “Rodríguez, María del C. y otros c. González, Ricardo O. y otros”, La Ley, 2005-Setiembre, p. 970).

El tribunal afirmó que en supuestos de pluralidad de intervinientes resulta más difícil seguir los parámetros de la que llama “*causalidad determinística*”, y propuso una línea de acción útil.

<sup>8</sup> Raymundo M. Salvat, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*. 6ªed., actualizada por Enrique V. Galli, vol. II (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953), 50.

Primero deben tratar de buscarse pruebas para establecer la influencia de cada sujeto según la *evidencia interna de la relación causal*. La “evidencia interna” está dada por aquellos elementos que hacen a la conexión *real y directa* entre la acción y el daño (responde a la búsqueda más concreta que la verdad real dentro del proceso judicial). Se pretende llegar mediante pruebas positivas y directas a establecer con alta probabilidad que los hechos hayan sido de una forma y no de otra. En términos de probabilidad, las pruebas permitirán establecer criterios de probabilidad *interna* o directa.

Recién después, el jurista debe recurrir a criterios probabilísticos más “alejados de la realidad fáctica que pretende conocer”, y basados en hechos externos a la relación causal, que permitan intuir de modo indirecto la influencia de cada sujeto para la generación del injusto; se trata de presunciones fundadas en hechos indirectos. Estamos hablando de probabilidad *externa* o indirecta, o “pura probabilidad”: la probabilidad se fundaría a su vez en otras probabilidades, distanciándose cada vez más de los hechos directos.

Es aquí donde deben realizarse los mayores esfuerzos, pues, a pesar de su dificultad, sigue siendo lo más justo que los autores respondan *realmente* según su colaboración al daño.<sup>9</sup> Siempre tendrán una gran relevancia las investigaciones científicas volcadas en los informes periciales —en general, estimativas—, los informes de instituciones nacionales o internacionales, y las constataciones *in situ*.

Richard Wright se ha referido correctamente a la reticencia de los jueces a recurrir a la pura probabilidad;<sup>10</sup> ello es lógico y, desde cierto punto de vista, justo: por eso, se ha dicho que solo corresponde recurrir a la pura probabilidad cuando no existan otros elementos de juicio, elementos que deben buscarse como a la propia verdad. Además, tratamos en este trabajo un supuesto especial: solo se recurrirá a la pura probabilidad a los fines de distribuir la responsabilidad entre quienes ya han sido sindicados como responsables.

Los juristas Morales Lamberti y Novak aplican sus criterios a daños ambientales causados colectivamente. Afirman que “el grado de responsabilidad de cada persona responsable” debe determinarse “de acuerdo con el aporte efectivo de cada agente en el resultado dañoso”. Y concluyen que “en estos casos las cuotas partes podrían asignarse razonablemente en proporción al riesgo”.<sup>11</sup> Afirman a continuación que “el riesgo, a su vez, puede determinarse de diversas maneras”, y mencionan elementos tales como “el volumen de efluentes, la calidad de efluentes, la peligrosidad de los productos, la cantidad de las materias primas, la falta de téc-

<sup>9</sup> Cfr. José Esain, “El daño ecológico leve y las pruebas científicas tasadas”, *Digesto Jurídico*, 2005-3 (2005): 702.

<sup>10</sup> Cfr. Richard W. Wright, “Causation in Tort Law”, *California Law Review*, 73 (diciembre de 1985), <https://doi.org/10.15779/Z38Q15Q>.

<sup>11</sup> Alicia Morales Lamberti y Aldo Novak, *Instituciones de Derecho Ambiental* (Córdoba: M.E.L. Editor, 2005), 259.

nicas de reciclado, el insuficiente tratamiento de efluentes (...).<sup>12</sup> Para concluir sostienen que existen “otros criterios menos justos quizás pero sin duda altamente operativos”, tales como “la diversa capacidad económica de los miembros del grupo”.<sup>13</sup>

Como puede verse en la propuesta de estos autores, no todos los criterios que mencionan son de carácter fáctico-jurídico. Proponen algunos criterios eminentemente económicos que presentan poca relación con la dinámica del hecho generador del daño.

#### V. *ALL-OR-NOTHING CRITERION* VS. RESPONSABILIDAD EN PROPORCIÓN A LA PROBABILIDAD DE CAUSACIÓN

Los criterios que veremos a continuación no han sido pensados para la regulación de las relaciones internas entre coobligados, sino para la atribución de responsabilidad. No obstante, la aplicación a la distribución de responsabilidad no requiere adaptaciones significativas.

Por un lado, la *distribución* de responsabilidad es en cierto modo una *atribución* de responsabilidad, porque se atribuye a cada sujeto lo que realmente le corresponde. Es más, en el proceso de repetición se hace más necesario indagar en la real dinámica del hecho para que la atribución parcial de responsabilidad sea justa. Por otro lado, en los casos de responsabilidad por causalidad disyunta la atribución de responsabilidad implica, a la vez, un proceso de distribución.

Las posturas contrapuestas que titulan este apartado tienen en común el recurso a la probabilidad y su búsqueda relativa de la verdad real de los hechos. Pero son mayores las diferencias.

##### 1) *All-or-nothing criterion*

Para aquellos que sostienen el *all-or-nothing criterion*, la responsabilidad es total para un sujeto si la probabilidad de que haya sido el causante del daño es superior a la de los demás. El “todo o nada” implica diversas situaciones, pero siempre considerando que en esta postura no caben atribuciones parciales:<sup>14</sup> quien más probablemente causó el daño, responde por el todo.

Algunos concretan aún más las exigencias: para que un sujeto responda, la probabilidad de haber sido el causante debe superar el 50% —*more probable than not*—.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Morales Lamberti y Novak..., 259.

<sup>13</sup> Morales Lamberti y Novak..., 259.

<sup>14</sup> Cfr. Omri Ben Shahr, “Causation and Foreseeability”, en *Encyclopedia of Law and Economics*, ed. Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest (Washington: Edward Elgar, 2000), 644-48 y 652-53.

<sup>15</sup> Cfr. Jorge Mosset Iturraspe, “La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual”, *Revista de Derecho de Daños*, 2003-2 (2003): 77; Pablo Salvador Coderch y Antonio Fernández Crende, “Causalidad y responsabilidad”, *InDret*, 1/2006 (enero de 2006): 5-6.

Si varios sujetos pudieron ser los autores de un daño, para unos responderá solo aquel que más probablemente lo haya generado. Para otros, solo aquel cuya probabilidad de ser el causante del daño supere una probabilidad de 0,5 (*more probable than not*), por lo que, si nadie supera el 0,5, el daño no será reparado (aplican a este criterio los baremos relativos a la prueba).

Las ventajas económicas que reporta la aplicación de este sistema llevan a diversos autores, como Kaye, a sostener que es la más apropiada en casos complejos.<sup>16</sup> Quienes propugnan estos criterios sostienen que el objetivo del derecho de daños en los casos de incerteza sobre la causalidad debe ser reducir *ex post* los costos de decisiones erróneas, y los costos de transacción para la determinación del responsable.<sup>17</sup> Queda en un segundo plano el interés por generar incentivos *ex ante* la generación del daño para la evitación de las conductas dañosas.

Quienes sostienen esta postura proponen un caso para ilustrarla: El daño es de 100 y la probabilidad de que el demandado sea responsable es de 40%. Si se aplica la regla se absolverá al demandado con un costo en caso de error de 40.<sup>18</sup> Si, por el contrario, se aplica la fórmula de la responsabilidad proporcional a la probabilidad de causación,<sup>19</sup> recaerá una condena sobre el demandado por 40 (100\*40%), habiendo una probabilidad de 60% de que no sea ese el autor, y, por lo tanto, un costo posible de error de 48<sup>20</sup>.

Otros motivos por los cuales se sostiene que este método de determinación de la responsabilidad disminuye los costos sociales son: a) incentiva a los demandantes a producir mejores pruebas; y b) reduce los costos administrativos de litigios por tres razones: habrá menos demandas que en el supuesto de responsabilidad proporcional,<sup>21</sup> habrá menos demandados,<sup>22</sup> y no exige la determinación de la probabilidad exacta de causación, basta con que supere el umbral de 50%: las exigencias probatorias serán menos estrictas en algunos casos, con la correspondiente disminución de los costos.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Cf. Kaye ctd. en Ben Shahaar, "Causation and Foreseeability", 653 y 654.

<sup>17</sup> Bajo dicha perspectiva, agregan que disminuye los costos sociales porque: a) incentiva a los demandantes a producir mejores pruebas (para lograr superar la probabilidad del 0,5); y b) reduce los costos administrativos de litigios.

<sup>18</sup> El costo de error aquí está medido según la fórmula de la responsabilidad proporcional; es decir, el costo es lo que se perdería por no utilizar la otra fórmula.

<sup>19</sup> Donde para hacer responsable al sujeto es suficiente que la probabilidad sea mayor a cero, pero el costo de su responsabilidad es el producto entre el daño y la probabilidad.

<sup>20</sup> Los autores citados llegan a este número sumando las probabilidades de error que serían dobles en el caso: hay un 40% de probabilidad de que el demandado fuera el causante del daño, por lo que si causó daños de 100 es condenado a pagar 40 y deja de pagar 60 (aquí el costo del error sería  $60 \cdot 40\% = 24$ ). Pero, además, también hay un 60% de probabilidades de que el demandado no causará ningún daño, y pagará 40 sin ser el causante (ese costo de error probable asciende al mismo monto  $40 \cdot 60\% = 24$ ).

<sup>21</sup> Ello es evidente, pues al haber mayores posibilidades de obtener resarcimiento, los damnificados demandan a cualquiera que pueda ser presumido autor, aunque mínimamente.

<sup>22</sup> Se demandará a todos los que puedan tener alguna vinculación y se permita presumir cierta probabilidad.

<sup>23</sup> Cfr. Ben Shahaar, "Causation and Foreseeability", 654.

No obstante, esta teoría no tiene las mismas ventajas cuando existe probable concurrencia de causas. El caso de concurrencia de causas<sup>24</sup> es imposible de resolver según esta postura, e impediría una responsabilidad proporcional. No es necesario ejemplo alguno pues resulta evidente que el criterio no puede resolver estos supuestos debidamente, el criterio *todo o nada* lo impide.

Sin embargo, tales ventajas no representan un valor muy estimable en nuestros sistemas jurídicos. Un primer argumento iusfilosófico es la orientación que ha tomado el Derecho de Daños en nuestros países: se pretende evitar la generación de daños, desincentivar y evitar las conductas lesivas es primordial y, una vez generados, prima la protección y resarcimiento de la víctima por sobre los posibles causantes. Además, los costos de transacción en nuestros sistemas se evalúan de un modo muy distinto: prima la búsqueda de la verdad real.

Finalmente, esta postura solo podría ser aplicable para el caso en el que uno de los posibles causantes ha generado el daño. No reporta las mismas ventajas cuando varios sujetos coadyuvan parcialmente a la consecución del resultado dañoso (concurrencia de causas), o en supuestos en los que la causa es única pero generada por un grupo de sujetos (causalidad grupal). No es posible aplicarla en esos supuestos.

Para los casos más complejos, nuestros sistemas jurídicos han tomado la decisión de responsabilizar a todo el grupo de posibles causantes. Y ello sucede, incluso, en algunos casos en los que se sabe que solo uno pudo ser el causante (causalidad disyunta). Un ejemplo es el caso de las cosas arrojadas o expuestas a caer en un edificio (2355 del Código Civil de Colombia, 1761 del Código Civil y Comercial de Argentina, etc.).

## 2) Responsabilidad en proporción a la probabilidad de causación

En el extremo opuesto al criterio "*all or nothing*", existen quienes proponen hacer responsables a todos los que pudieron haberlo causado y en la medida de la probabilidad en la que pudieron haberlo hecho: si existe una probabilidad del 30% de que A sea el causante del daño, A responderá por el 30% del daño, independientemente de que la probabilidad para B sea el 55% y de que para C sea 15%.<sup>25</sup>

Esta postura, por motivos económicos, llega a la misma decisión que el sistema jurídico en muchos de nuestros países latinoamericanos. La responsabilidad simplemente mancomunada frente a la víctima, para algunos casos, y la distribución proporcional de responsabilidad entre los que han sido condenados solidariamente, para otros, encuentra su paralelo en estos criterios.

<sup>24</sup> Varios sujetos coadyuvan parcialmente a la consecución del resultado dañoso.

<sup>25</sup> Cfr. Steven Shavell, "Causation and tort liability", en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, ed. por Peter Newman (New York: Stockton Press, 1998), 211-14, [http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/76\\_Causation\\_and\\_Tort\\_Liability\\_New\\_Palgrave.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/76_Causation_and_Tort_Liability_New_Palgrave.pdf).

La importancia de una visión *ex ante* que incentive la disminución de los riesgos generados es un extremo para considerar, y esta postura es más compatible con tal ideal. Siguiendo un análisis económico realizado desde una perspectiva *ex ante* podría decirse que la responsabilidad en proporción a la probabilidad de causación desincentiva a todo agente a tomar riesgos, pues todos los que pudieron haber generado un daño responderán.

Seguir el criterio *all or nothing* provocaría, por ejemplo, que las empresas pequeñas —si el tamaño disminuye la probabilidad de causación— nunca tomen medidas para evitar daños ni colaboren a la dilucidación de la verdad, pues difícilmente responderían. A esta primera distorsión se la suele llamar *recurring misses* —fallos repetidos—. <sup>26</sup>

Puede ocurrir también, que la empresa de grandes proporciones —si el tamaño es un elemento a considerar para la probabilidad de causación— tampoco tome medidas, pues muchas veces, por sus proporciones, será tenida como responsable en cualquier caso. ¿Para qué evitar tales riesgos con el consiguiente costo, si respondería de igual modo *y por el todo*, siga la conducta que siga? No muchas veces convendrá afrontar costos para evitar un daño por el que se respondería, aunque lo cause un tercero. Esto genera, además, un desajuste para los sistemas de seguros, y un desincentivo para que toda gran empresa se dedique a ciertas actividades riesgosas.

¿Cuál es, entonces, el papel de los modelos o criterios económicos? Su papel se desarrolla primeramente en el campo de las decisiones de política legislativa, o jurisprudencial cuando la ley debe ser integrada. Ayudan a definir y fundamentar el modelo que preferimos para el derecho de daños, cuáles son nuestros valores principales y, por tanto, cuáles serán las funciones de esta rama del derecho.

Pero ese papel no es el único, ni el más útil; en el apartado siguiente veremos su papel en relación con las pruebas indirectas, y finalmente, su papel cuando nada pueda saberse con certeza sobre el hecho en sí.

## VI. LA PROBABILIDAD BASADA EN PRUEBAS INDIRECTAS

Cuando, por la causa que sea, no existen o son insuficientes las llamadas *pruebas directas*, debe recurrirse a las pruebas indirectas. Es decir, elementos de juicio vinculados directamente con el hecho pero indirectamente con la relación causal. Estas pruebas serán incapaces de dar certezas sobre la aptitud de la acción del supuesto responsable para ser “la” conducta dañosa. Pero permitirán presumir cierta influencia, a veces con un alto grado de probabilidad.

<sup>26</sup> Cfr. Salvador Coderch y Fernández Crende, “Causalidad y responsabilidad”, tercera edición, 6.

Dentro de los elementos con los que cuenta el juez para establecer presunciones, se encuentran aquellos hechos a los que recurren ciertos modelos económicos para distribuir o atribuir responsabilidad. Y también, en muchos casos, los mismos fundamentos económicos; su misma dinámica y función serán criterios a tener en cuenta como elementos que permitan llegar a presunciones.

### 1) *Market share liability*

Dentro de los criterios que otorgan *elementos indirectos de juicio* debe citarse a la postura llamada *market share liability*. Esta es una manifestación de la postura de la responsabilidad en proporción a la probabilidad de causación.<sup>27</sup>

La teoría llamada “*market share liability*” fue utilizada por primera vez en el *leading case* “*Sindell v. Abbot Laboratories*”, fallado por la Corte Suprema de California en 1980 (26 Cal. 3d 588).<sup>28</sup> En el caso, la *Ford and Drug Administration* autorizó a ciertos laboratorios a comercializar un estrógeno sintético conocido por las siglas D.E.S. (*diethylstilbestrol*) cuyo fin era evitar la generación de abortos espontáneos.<sup>29</sup> La comercialización de la droga fue prohibida hacia 1971 debido a que estudios revelaban un alto grado de probabilidad de que la droga producía en las hijas de quienes la consumían una especie de tumor canceroso en el cuello del útero.

Las demandas contra los farmacéuticos, los médicos y la empresa estatal no fueron acogidas. No obstante, en lo tocante a los laboratorios, después de citar el caso “*Summers v. Tice*”, el juez Mosk entendió que existen excepciones a la regla general de la carga de la prueba, y que como en ese caso citado debe modificarse el estándar de la prueba (26 Cal. 3d 588, ap. IV). La falta de identificación de la o las empresas que habrían suministrado las drogas a las demandantes no es culpa de estos últimos. Además, las circunstancias del caso impiden que la sola inversión de la carga de la prueba mejore la situación, por lo que habiendo sido demandadas las empresas que, en su momento, cubrieron el 90% de la producción y venta de DES, existe un 90% de probabilidades de que estos hayan sido los responsables.

Luego, nombra una razón económica con base en la probabilidad de causación. Sostiene, en pocas palabras, que como un laboratorio “X” ha vendido cuatro quintos de la cantidad de DES que se consumió en el mercado, si los actores pudieran identificar los productos adquiridos, lo más probable es que este laboratorio afronte cuatro quintos de las demandas por

<sup>27</sup> Cfr. Ben Shahar, “Causation and Foreseeability”, 653-54.

<sup>28</sup> Cfr. Steven D. Eimert, “DES: Judicial Interest Balancing and Innovation”, *Boston College Law Review*, 22 (1 de mayo de 1981): 751 y 769.

<sup>29</sup> Se gestaron muchas teorías en EE.UU. a raíz del uso de “D.E.S.” (cfr. Eduardo Monti, “Responsabilidad civil de productos farmacéuticos”, *El Derecho*, 121 (1987)). Aquí no conviene tratarlas, porque el análisis económico llevado a cabo no es tan útil como la de *market share liability*.



responsabilidad. Y concluye que con esta teoría del *market share liability* se llega a la misma consecuencia.

Los términos del fallo hacen clara referencia a un criterio de imputación objetivo.<sup>30</sup>El demandado deberá demostrar la ruptura del nexo causal para evitar responder (que su producto no se encuentra entre los posibles dañadores).

Esta postura, afirmada como criterio para la atribución de responsabilidad frente a la víctima, suscita serias críticas. Algunas han sido sintetizadas en un párrafo del voto en disidencia del juez Richardson, en el mismo caso (26 Cal. 3d 588, parr. 8º de su voto). Sus críticas ideas podrían ser abarcadas diciendo que, sin fundamento jurídico aparente, el juez había buscado remediar la situación de la víctima, saltándose el requisito de la causalidad y recurriendo a elementos faltos de estricta justicia.

La gravedad de la solución se debe a la atribución de responsabilidad basada en una probabilidad tan abstracta que descuida el requisito de causalidad. Cuando en la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa se responsabiliza al dueño aunque no haya participado del hecho de modo alguno, la relación existe, al menos, en que el daño ha sido causado por o con “su cosa”. Aquí no se había demostrado siquiera si el daño había sido causado “con su cosa” o no. No obstante, ese es precisamente el campo de juego de las pruebas indirectas. El tribunal decidió que la cuota de mercado generaba una presunción suficiente en contra de los demandados, siendo altamente probable que sus productos hayan sido los que generaron el daño. Aquello primeramente útil de la postura es el inteligente recurso a la cuota de mercado como una prueba indirecta.

La fundamentación económica del caso permite comprender la ausencia de injusticia de la decisión: si jurídicamente se duda de que sea correcto aplicarla, el principio económico coadyuva a su fundamentación demostrando que de no aplicarse los costos serían mayores, y la víctima quedaría sin resarcimiento.

## 2) La fórmula de Hand (Hand Test o *calculus of negligence*)

El criterio de la cuota de mercado constituye un claro ejemplo de elemento de prueba indirecta que permite una razonable presunción. Aunque no se refiera estrictamente “al hecho” dañoso (en el caso, imposible de definir y determinar), sí aporta elementos de consideración para suponer cómo y cuál pudo haber sido la dinámica del hecho lesivo.

<sup>30</sup> Cfr. Rosa Cordobera González de Garrido y Lidia M. R. Garrido Cordobera, “La responsabilidad por participación en el mercado (Market share)”, en *La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, ed. por Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 362-363.

Dentro de las pruebas indirectas, existen supuestos que podrían encontrarse aún más lejos de “el hecho” lesivo concreto. Un aporte en este sentido podría ser el de la fórmula de Hand.

En el caso “*United States v. Carroll Towing Co.*” (159, F. 2d 169 -2d Cir.), de 1947, el gobierno de los Estados Unidos demandó a la empresa dueña del *Carroll*, un barco que causó el hundimiento (la relación causal estaba probada) de una barcaza rentada por dicho gobierno.

El juez Hand afirmó que no existía una regla legal para definir si actuó o no con negligencia el demandado en un caso como el que se presentaba, por lo que estableció una regla que podría sintetizarse de la siguiente manera:  $B < (P \cdot L)$ .

La fórmula establece que la pérdida proyectada de un accidente es igual al producto entre P y L, donde P (*Probability*) es la probabilidad de que tal accidente ocurra, y L (*Loss*) es la magnitud de la pérdida que acarrearía el accidente. El costo de las medidas que hubieran evitado el daño o disminuido la probabilidad de su ocurrencia es B (“*burden of adequate precautions*”): Si el costo de tomar medidas precautorias es menor al costo social que genera el accidente, la conducta debe considerarse culposa y el agente, responsable de los daños.

Un aspecto para analizar antes de continuar con el desarrollo es la posición jurídica de muchos autores que proponen esta fórmula en relación con la causalidad. Para algunos, la causalidad se subsume en la culpabilidad toda vez que uno de los objetivos del Derecho de Daños es la disminución de los costos de los accidentes, con especial hincapié en la disuasión de conductas riesgosas y en la toma de precauciones.<sup>31</sup> Otros utilizan esta fórmula para la determinación causal propiamente dicha, quedando esta establecida en función de tres variables: a) la probabilidad de que el accidente ocurra, b) el valor del daño y c) las medidas precautorias que hubieran podido adoptarse.<sup>32</sup>

Un autor español, haciéndose cargo de tal realidad en el ámbito jurídico anglosajón, explica que las más usuales de estas teorías “[asumen] que los daños esperados son una función de los distintos niveles de diligencia adoptados por los agentes. La efectiva producción del daño, que es un elemento esencial de la causalidad fáctica, es remplazada por la suma ponderada del coste de los accidentes que se espera que tengan lugar en el futuro”.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Por ejemplo, Richard A Posner, “A Theory of Negligence”, *Journal of Legal Studies*, 1 (1972): 31-36; Guido Calabresi, “Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.”. *University of Chicago Law Review*, 43 (1975): secs. I, B, 1, ver especialmente las páginas 82 y ss.

<sup>32</sup> Las posturas que identifican causalidad con culpabilidad cometen errores jurídicos y económicos que no corresponde analizar aquí. Carlos Muñiz, “El problema de la causalidad. Límites del análisis económico del derecho”, *El Derecho*, 240 (2011): 835; Diego Papayannis, “Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad”, *University of Girona - Legal Theory and Philosophy, Working Papers Series*, 37 (2012): 15-18.

<sup>33</sup> Papayannis, “Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad”, 19.

Por otro lado, la fórmula de Hand considera los costos marginales,<sup>34</sup> esto significa que puede existir una acción más *diligente* que otra (en términos absolutos, es decir, que evite mejor los daños) y, sin embargo, no ser la más *económica*, o la más *diligente* (en el sentido de la fórmula de Hand).

¿Cuál es el modo correcto de aplicar esta postura en nuestros sistemas jurídicos? Primero, dejando de lado la fórmula y tomando el criterio de análisis de las conductas tendientes a evitar el daño. Como criterio subsidiario e indirecto para la determinación de causalidad es válido, pues la actitud negligente en torno a las medidas tendientes a evitar el daño no necesariamente lo produce, pero constituyen una ocasión, aunque a veces sea necesaria. Habrá que analizar la probable efectividad general de las medidas y, de ser posible, de cada medida en relación con el daño concreto.

Alejándonos más del hecho, las medidas prudenciales de los posibles agentes dañosos es otro recurso importante. Si lo que se determina es la prudencia habitual, o la prudencia de los sujetos en una serie de actos o por el período de tiempo en el que el daño pudo haberse causado o agravado, el juzgador se acerca, aunque sea levemente, a los hechos: tendrá una probabilidad más indirecta, pero real sobre quiénes y en qué medida pudieron dar ocasión al daño.

Hasta el momento, lo que se toma de la fórmula es su valoración y ponderación de las conductas preventivas. La fórmula completa solo podrá ser aplicada cuando no existan otros elementos de juicio y se valoren las circunstancias en relación con los costos que asumió cada sujeto, nos encontraremos ya en estadio del análisis preponderantemente económico. La consideración del costo de las medidas de precaución aplicadas en función al costo del daño es, a nuestro modo de ver, muy atinada para distribuir la responsabilidad cuando los elementos indirectos de la relación causal resulten ineficientes. Por su utilidad, en Argentina, por ejemplo, existe quien la propone para la solución de daños ambientales.<sup>35</sup>

Asimismo, la fórmula de Hand suele “conjugarse” con el denominado “*cheapest cost avoider*”,<sup>36</sup> propuesto por Guido Calabresi.<sup>37</sup> Este criterio importa mirar de un modo “institucional” la situación, conjugando las posibles actuaciones de todos los involucrados para determinar a cuál de ellos le hubiera costado menos evitar el daño: a esa persona (*cheapest cost*

<sup>34</sup> Cfr. John Prather Brown, “Toward an Economic Theory of Liability”, *Journal of Legal Studies* 2, 2 (1979): 331-335.

<sup>35</sup> Cfr. Lydia E. Calegari de Grosso, “Las restricciones y límites al dominio en sus relaciones con el medio ambiente: En busca de un enfoque multidisciplinario a partir de una nueva lectura del derecho civil”, *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV (1998): 945.

<sup>36</sup> Cfr. Hugo Acciarri y Melisa Romero, “La Fórmula De Hand y el Cheapest Cost Avoider en el Derecho de Daños Argentino”, *La Ley Buenos Aires*, 5 (junio de 2007): 519-521.

<sup>37</sup> Cfr. Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *The Yale Law Journal* 70, 4 (marzo de 1961); Calabresi, “Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.”, especialmente.

*avoider*) debe hacérsela cargo de los costos del daño. Por el momento, resulta claro al lector que el criterio ha sido pensado como un recurso del Derecho de Daños para, principalmente a través de reglas generales, disminuir los costos sociales obligando a internalizar las externalidades a quienes cuesta menos hacerlo. Podría resultar útil para distribuir el costo entre varios sindicatos responsables; se tratará este aspecto más adelante.

## VII. AUSENCIA DE OTROS ELEMENTOS DE JUICIO Y CRITERIOS RELACIONADOS CON LOS COSTOS

Hasta el momento se han expuesto algunos criterios jurídico-económicos que se aplican para resolver situaciones de atribución de responsabilidad, en algún caso distributivamente. Esos criterios dan pautas, y las fundamentan económicamente, para que, dentro de la búsqueda de la verdad real en el proceso, el operador jurídico pueda aproximarse a la dinámica del hecho.

Los criterios anteriores no son de suyo incompatibles con la justicia, pero ¿son compatibles siempre y *per se*? O, dicho de otro modo, ¿la fundamentación económica es suficiente, puede ser un motivo autónomo para distribuir la responsabilidad?

En lo tocante a la justicia distributiva ello es claro. El legislador se vale de herramientas económicas para ordenar las conductas. Sin embargo, los casos que nos ocupan se escapan de las consideraciones previas y abstractas que podría hacer el legislador. Lo más importante es desentrañar la dinámica del hecho lesivo, pero ¿qué hacer cuando ello es imposible o parece insuficiente por diversas circunstancias? En ese momento, los criterios económicos cobran mayor relevancia: pueden ser en sí mismos criterios de justicia.

Algunos criterios que pueden ser en sí mismos justos en el caso concreto, además, podrían encontrar su correlato en principios jurídicos, aunque de modo parcial o análogo, o encuadrarse en principios jurídicos. Además, a veces puede ser más justo guiarse por la búsqueda del equilibrio económico que atribuir cuotas de responsabilidad igualitariamente. Toda vez que una distribución igualitaria no atiende a las particulares diferencias entre los sindicatos responsables es menos justa que aquella que distingue aquello que conviene distinguir.

En el marco de “las demás circunstancias del caso” a que hacen referencia algunas legislaciones para distribuir la responsabilidad, entran a jugar todos estos otros datos que no tienen directamente que ver con “las causas de haberse contraído la obligación”.

Conviene comenzar por criterios económicos generales; bajo su amparo se encontrarán concreciones útiles a nuestro propósito. La asunción de los costos sociales por parte de quienes se han beneficiado al generar el daño es un principio económico y jurídico:

La primera defensa frente al degrado ambiental es la imputación de sus costos a los culpables (...) el refrán *cuius est commudum eius est incommodum*, es decir, la atribución del costo de la contaminación al titular del beneficio en virtud del cual el daño ha sido producido.<sup>38</sup>

Económicamente, pagar los daños que produjo la actividad lucrativa que se desarrolló implicaría internalizar las externalidades negativas. Jurídicamente, podría incluirse dentro del monto que debe devolver aquel que se ha enriquecido sin una causa justa. Importa la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa, aunque con adaptaciones.

Es una opción posible, tanto para la atribución de responsabilidad, como para la distribución de las cuotas de responsabilidad entre los sindicados responsables: aquel que se haya enriquecido por una actividad que ha generado un daño, se ha enriquecido sin causa. Podría exigírsele *que satisfaga el daño en la medida o en proporción a su enriquecimiento*, dejando de lado la distribución igualitaria y llegando, por ejemplo, a responder por un monto mayor al de los demás responsables. Como resultado, tenemos un criterio de distribución de responsabilidad con fundamento en el enriquecimiento que reportó a cada involucrado la actividad dañosa.

Asimismo, la internalización de los costos no *cuesta* igual a todos los sujetos. Puede *convenir* que internalice los costos quien tiene mejores posibilidades de hacerlo. Se considerarán los costos marginales en relación con la actividad económica de cada sujeto: cuánto le cuesta a cada deudor responder por una “unidad” más de daño en relación con sus beneficios totales.

Ha sido mencionado el “*cheapest cost avoider*” en el apartado anterior. Es en este marco en el que su lógica cobra mayor sentido: cuando ante la inescrutable verdad de los hechos no deja como último recurso razonable antes de la distribución igualitaria. En efecto, se entiende que este criterio no puede ser tenido como un fundamento único ni como criterio determinante para definir a nivel macro quién debe hacerse cargo del costo de los accidentes. Pero la postura propuesta por Guido Calabresi sí resulta útil para distribuir los costos entre los victimarios siempre que no pueda establecerse una suficiente probabilidad en relación con la generación de los daños.

La utilidad aparece en diferentes circunstancias: cuando la asunción por parte de un sujeto de la cuota parte igualitaria que le tocaría podría generar su falencia; cuando la asunción por parte de uno de los sindicados responsables de su cuota le genera grandes complicaciones, sin llegar a producir su falencia, mientras que para otros no importa grandes sacrificios; cuando la distribución igualitaria generara la situación de que un responsable de gran capacidad eco-

<sup>38</sup> Héctor Alegría, “Economía, Medio Ambiente y mundo financiero”, en *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje a Atilio A. Alterini*, ed. por Aída Kemelmajer de Carlucci y Alberto J. Bueres (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997), párr. I, 6.

nómica no tuviera ningún incentivo para dejar de producir daños, mientras que a otros les sería demasiado gravoso.

En algunos casos, la regla dada no será más que aplicación de la asunción por parte de los demás coobligados de la cuota que le corresponde al insolvente (regla extensamente aplicada). Pero en otros, la regla lo supera: no es necesaria la insolvencia para tal distribución, basta que uno de los coobligados sea incapaz de responder por la cuota que correspondería sin sufrir severas dificultades económicas. Que supere la regla de la insolvencia no significa que se oponga, al contrario, parecen orientarse en un mismo sentido.

En definitiva, tanto la aplicación de la regla “el que más se beneficia, más paga” y de la regla “*cheapest cost avoider*” es justa en tanto colabore a evitar una distribución igualitaria, según la cual pagarían todos lo mismo, aun encontrándose en situaciones diversas frente a los costos y otras circunstancias del caso.

Lo óptimo sería que un plexo de principios jurídicos recogidos en algunas legislaciones civiles pueda brindar un marco adecuado para aplicar todos estos criterios económicos.<sup>39</sup> No obstante, los criterios y modelos económicos son elementos que razonablemente deben considerarse dentro de todas aquellas “circunstancias del caso”. Los criterios sobre la base de los costos serán aplicables cuando jurídicamente sea justo que, en una circunstancia dada, respondan todos según tal o cual criterio en vez de responder paritariamente.

## VIII. CONCLUSIONES

- a. Para la distribución de las cuotas de responsabilidad entre coobligados, el primer criterio que debe aplicarse es respetar la decisión que, mediante un acuerdo, han tomado las partes involucradas. Ello es lo justo en las relaciones de reciprocidad, es lo previsto normativamente y lo conveniente económicamente por la disminución de los costos que implicaría un proceso judicial. En su caso, el trabajo debido de la judicatura ante estos acuerdos es analizar si fueron celebrados realmente en situación de reciprocidad.
- b. En ausencia de acuerdo entre las partes, deben distribuirse las cuotas de responsabilidad tratando conforme a lo que se estime que cada uno realmente aportó cada uno al acaecimiento del daño —es decir, buscar la realidad de las cosas— según la probabilidad científica.
- c. A los fines de “descubrir” la realidad de las cosas, el riesgo creado por la actividad del sujeto es un elemento de análisis que permite la distribución de las cargas.

<sup>39</sup> El criterio de justicia por el que se reduce el monto a abonar por un sujeto cuando este le resultaría excesivamente gravoso existe en varios ordenamientos jurídicos. Son conocidas la “absorción de la cuota del insolvente por parte del resto de los coobligados” y la llamada “indemnización de equidad”.

- d. La búsqueda de la realidad de las cosas exige, en un primero momento, que se recurra a pruebas directas para llegar a la evidencia interna a la relación causal, lo cual responde, por ende, a criterios de probabilidad interna o directa.
- e. Una vez que no resulta posible distribuir la proporcionalidad sobre la base de pruebas directas, se debe recurrir a criterios probabilísticos basados en hechos externos o indirectos, aunque generen más presunciones que certezas; son criterios de pura probabilidad, o probabilidad externa o indirecta.
- f. A veces, la solución surgirá de la combinación de pruebas indirectas y criterios fundados especialmente en los costos. La cuota de mercado puede ser en determinados casos un elemento de prueba indirecto. En otros, la *market share liability* será un criterio aplicable en función de los costos.
- g. Cuando no sea posible determinar ni de modo indirecto la dinámica causal de los hechos, deben distribuirse las cuotas de responsabilidad sobre la base de los costos en sí mismos, aplicando la solución que menos costos genera dentro del marco de la justicia.
- h. La llamada “fórmula de Hand” puede resultar útil, a veces como elemento indirecto de análisis, a veces como parcialmente fáctico y parcialmente económico, otras como un criterio basado principalmente en los costos. La consideración del costo de las medidas de precaución aplicadas en función al costo del daño es, a nuestro modo de ver, muy atinada para distribuir la responsabilidad de los coobligados cuando los elementos indirectos de la relación causal resulten ineficientes.
- i. La internalización de los costos no cuesta igual a todos los sujetos y, ante la imposibilidad de determinar la verdadera influencia en el hecho, *conviene* que internalice los costos quien tiene mejores posibilidades de hacerlo “*cheapest cost avoider*”. Aunque no existan normas específicas, los ordenamientos jurídicos poseen institutos y principios generales suficientes para aplicar estos criterios.
- j. Aunque muchos jueces lo apliquen ante la primera dificultad que surja para establecer diferencias entre los responsables, la distribución igualitaria debe ser última ratio por resultar el más distorsivo de la realidad.

## REFERENCIAS

- Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Traducción de J. L. Calvo Martínez. 1.<sup>a</sup> ed. Madrid: Alianza, 2014.
- Acciarri, Hugo, Andrea Barbero, y Andrea Castellano. “Daños, instituciones e incentivos. Hacia un modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extracontractual”. Asociación Argentina de Economía Política, 2001. [https://aaep.org.ar/espa/anales/pdf\\_01/acciarri\\_castellano\\_barbero.pdf](https://aaep.org.ar/espa/anales/pdf_01/acciarri_castellano_barbero.pdf)
- Acciarri, Hugo, y Melisa Romero. “La Fórmula De Hand y el Cheapest Cost Avoider en el Derecho de Daños Argentino”. *La Ley Buenos Aires*, 5 (junio de 2007): 517-526.
- Alegría, Héctor. “Economía, Medio Ambiente y mundo financiero”. En *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Homenaje a Atilio A. Alterini*. Editado por Aída Kemelmajer de Carlucci y Alberto J. Bueres. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic. *Tratado de las obligaciones*. 2<sup>da</sup> ed. Vol. 1. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Ben Shahr, Omri. “Causation and Foreseeability”. En *Encyclopedia of Law and Economics*, editado por Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, II, 644-668. Washington: Edward Elgar, 2000.
- Bertolino, Pedro. *La Verdad Jurídica Objetiva*. 2<sup>da</sup> ed., revisada, ampliada y actualizada. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- Brown, John Prather. “Toward an Economic Theory of Liability”. *Journal of Legal Studies* 2, 2 (1979): 323-349. <https://doi.org/10.1086/467501>
- Calabresi, Guido. “Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr”. *University of Chicago Law Review* 43 (1975): 69-108. <https://doi.org/10.2307/1599192>  
———. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. *The Yale Law Journal* 70, 4 (marzo de 1961): 499-553. <https://doi.org/10.2307/794261>  
———. “Torts - The Law of the Mixed Society”. *Texas Law Review* 65 (1978): 519-536.  
———. “Torts - The Law of the Mixed Society (1978)”. *Faculty Scholarship Series*. Paper, 1999. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1999](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1999)
- Calegari de Grosso, Lydia E. “Las restricciones y límites al dominio en sus relaciones con el medio ambiente: En busca de un enfoque multidisciplinario a partir de una nueva lectura del derecho civil”. *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV (1998): 943-958.



- Conte-Grand, Julio. *Tratado de Derecho Civil y Comercial*. Editado por Pedro Sánchez Herrero. 1a ed. Vol. I, Parte General. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Cordobera González de Garrido, Rosa, y Lidia M. R. Garrido Cordobera. “La responsabilidad por participación en el mercado (Market share)”. En *La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, editado por Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana, 360-365. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- Eimert, Steven D. “DES: Judicial Interest Balancing and Innovation”. *Boston College Law Review*, 22 (1 de mayo de 1981), 747-781.
- Esain, José. “El daño ecológico leve y las pruebas científicas tasadas”. *Digesto Jurídico*, 2005-3 (2005): 702 y ss.
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Monti, Eduardo. “Responsabilidad civil de productos farmacéuticos”. *El Derecho*, 121 (1987): 820-826.
- Morales Lamberti, Alicia, y Aldo Novak. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Córdoba: M.E.L. Editor, 2005.
- Mosset Iturraspe, Jorge. “La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual”. *Revista de Derecho de Daños*, 2003-2 (2003).
- Muñiz, Carlos. “El problema de la causalidad. Límites del análisis económico del derecho”. *El Derecho*, 240 (2011): 830-837.
- Papayannis, Diego. “Causalidad, probabilidad y eficiencia en los juicios de responsabilidad”. *University of Girona - Legal Theory and Philosophy, Working Papers Series*, 37 (2012): 1-37.
- Posner, Richard A. “A Theory of Negligence”. *Journal of Legal Studies*, 1 (1972): 29-96. <https://doi.org/10.1086/467478>
- Salvador Coderch, Pablo, y Antonio Fernández Crende. “Causalidad y responsabilidad. Tercera edición”. *InDret* 1/2006 (enero de 2006): 1-40.
- Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*. 6ª ed., actualizada por Enrique V. Galli. Vol. II. III vols. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953.
- Sanz, Carlos Raúl. “Reflexiones iusfilosóficas en torno a la problemática actual del contrato”. *La Ley*, 1978-D (1978): 945 y ss.

- Serrano, Enrique. “La teoría aristotélica de la justicia”. *Isonomía*, 22 (abril de 2005): 123–160.
- Shavell, Steven. “Causation and tort liability”. En *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, editado por Peter Newman, 1 (A-D):211-14. New York: Stockton Press, 1998. [http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/76\\_Causation\\_and\\_Tort\\_Liability\\_New\\_Palgrave.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/76_Causation_and_Tort_Liability_New_Palgrave.pdf) // [https://doi.org/10.1007/978-1-349-74173-1\\_45](https://doi.org/10.1007/978-1-349-74173-1_45)
- Wagner, Federico. “Bertolino, Pedro, ‘La Verdad Jurídica Objetiva’ (comentario bibliográfico)”. *El Dial*, núm. elDial.com-CCD86 (2018).
- Wright, Richard W. “Causation in Tort Law”. *California Law Review* 73 (diciembre de 1985): 1735-1828. <https://doi.org/10.15779/Z38Q15Q>

RECIBIDO: 20/02/2019  
APROBADO: 18/05/2019