

Responsabilidad de la empresa*

Company responsibility

Guido Alpa**

Universidad de Roma,
La Sapienza (Italia).

Sumario: I. La competencia desleal. — II. La tutela de la competencia y del mercado. — III. Interrogantes sobre la concepción normativa de la responsabilidad de la empresa. — IV. La responsabilidad de la empresa en el análisis económico del derecho. Deterrence y compensation. — V. Distribución de las pérdidas y de los costos. — VI. El paradigma del juez Hand y la simulación del mercado. — VII. Referencias bibliográficas.

» RESUMEN

Se reflexiona sobre los siguientes puntos: ¿la competencia se tutela de manera individual y/o articulada con otras fuentes afines?, ¿la competencia y el mercado son instituciones que de conceptos económicos se han transformados en conceptos jurídicos?, ¿sería ilícito concluir que las reglas de responsabilidad objetiva son disuasivas e incentivadoras de actividades dañosas?, entre otras.

» PALABRAS CLAVE

Competencia; Mercado; Directrices del mercado

Fecha de recepción: 21-08-2017

Fecha de aprobación: 19-09-2017

» ABSTRACT

It wonders about the following points: from the different regulations that regulate the responsibility, can be distinguished the nature of them? Is the objective liability one of the forms of responsibility of the company? Does the responsibility of the producer also include the information about the product or the labels?, among others.

» KEYWORDS

Objective responsibility; Prevention; Presumptions by the producer

I. La competencia desleal

Antes de empezar, se debe precisar que un tema es la disciplina —de alcance general— que concierne a la competencia y otro es la disciplina concerniente a la competencia *desleal*: no se trata de dos ámbitos contrapuestos, sino de ámbitos yuxtapuestos. La disciplina alcance general es, sin embargo, objeto de una ley especial, mientras la disciplina más específica, que lleva el nombre de competencia desleal, está contenida en el Código Civil (arts. 2595 y ss.) y -en cuanto tal- debería tener un ámbito de aplicación general, lo cual no es así.

* Este artículo constituye una parte de un trabajo más extenso. Ha sido traducido por Camila Wendy Chamorro Poma, estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, asistente de la cátedra de Derecho Civil I y becaria por el gobierno de Canadá en la Université de Montréal (2017).

** Contacto: rosati@studiodilegalpa.it

© Este artículo, publicado por la revista *Aequitas* de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, es de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución -No Comercial-Compartirigual 4.0 Internacional. <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>>, que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada. Para uso comercial, por favor póngase en contacto con revista@aequitas.fdcip@unmsm.edu.pe.

Existe una razón en esta diferenciación de objetos normados, ocasionada por la distinta óptica con la cual el legislador se ha puesto frente al mercado competitivo. En el año 1942, en el cual entró en vigencia el Código Civil en su integridad, no se tenía una concepción liberal e individualista del mercado, pero la economía era dominada por el principio de cooperación y era considerada dentro de la perspectiva de la ideología corporativa: el *homo economicus* debía realizar también los intereses del Estado.

Si bien el código fija la prohibición de que la competencia se lleve a cabo de una manera que lesione los intereses de la economía nacional, legitima los acuerdos de limitación de la competencia si se encuentran probados por escrito, si están circunscritos a una determinada zona o a una determinada actividad, y si son *infra* quinquenales; prevé el deber de contratar para el empresario monopolista; identifica los actos de competencia desleal (uso indebido de nombres o signos distintivos, imitación servil de productos, actividad directa destinada a confundir al consumidor,

lesión de la reputación económica); considera acto desleal aquel llevado a cabo por quien se vale directamente o indirectamente de cualquier otro medio no conforme a los principios de la corrección profesional e idóneo para dañar la empresa de un tercero; prevé asimismo el resarcimiento del daño por estos actos en tanto sean realizados con dolo o con culpa; “determinados los actos de competencia, la culpa se presume” (art. 2600, 3° del Co.). La legitimación es extendida a las asociaciones empresariales cuando los actos lesionen los intereses del cuerpo profesional.

El informe del ministro de Justicia (*“Relazione del Guardasigilli”*) no había sido muy difundido al respecto, subrayando sobre todo los aspectos de política de Derecho que eran perseguidos, y evocando la Ley N.º 2701, del 29 de diciembre de 1927, para la ejecución de la Convención Internacional de París revisado en la “Haya”. Estos son los pasos esenciales:

Mientras en el art. 2595 se ha querido solemnemente afirmar el principio general que la competencia debe desenvolverse en modo de no lesionar los intereses de la economía nacional y bajo los límites establecidos por la ley y por la normativa corporativa; en las sucesivas disposiciones se consideran los principales límites a la competencia, distinguiendo, según la doctrina ya firme, entre los límites extra contractuales y los límites contractuales. En estos últimos quedan comprendidas también las normas relativas a los consorcios, si bien en relación a estas distinta sea la preocupación que debe guiar la obra legislativa, debiéndose tener en consideración no solo la tutela de la autonomía del individuo contra el peligro de limitaciones graves y excesivas, sino también la tutela del interés colectivo [...]. Es conocida la singular condición en la cual se encuentra al respecto nuestro ordenamiento. A falta de normas especiales, nuestra jurisprudencia ha trabajado por muchos años para la represión de la competencia desleal con la única arma de la responsabilidad extracontractual fundada sobre el art. 1151 del Código Civil de 1865. Condición de evidente malestar, sea porque esta norma aparecía solo como una norma complementaria para la defensa de un derecho que, en el caso, no era definido de manera positiva, sea porque restringía la disciplina de la competencia desleal considerando una simple función de resarcimiento, y hacía de los elementos culpa y daño indispensables presupuestos de este.

Como se ve, las disposiciones —sin perjuicio de la visión corporativa y la legitimación de las asociaciones— han traducido en precepto una orientación consolidada de la doctrina y jurisprudencia precedente. Orientación avalada también por la Convención de París (art. 10 *bis*).

La precisión del Informe es útil porque permite entender que se quería introducir un régimen particular para las empresas, limitadas en el derecho contractual por el deber de contratar -si se encuentran en un régimen de monopolio- puesto a tutela de los consumidores; y limitadas por la corrección profesional, con la identificación de algunas hipótesis típicas pero no exhaustivas, puestas en tutela de los competidores. No es de extrañar el hecho de que se pongan como presupuestos de la acción resarcitoria (del competidor dañado) la culpa o el dolo. Estos eran, en realidad, criterios de imputación indiscutibles bajo el código derogado, dado que, como se ha visto, la responsabilidad sin culpa era en aquel entonces considerada excepcional y circunscrita a algunas *fattispecie* precisas.

Entrado en vigor el nuevo código, la doctrina no ha discutido particularmente sobre los dos requisitos, dado que la norma es clara: discute, y no hay acuerdo sobre el bien tutelado, sobre el significado de corrección profesional y sobre el ámbito de las *fattispecie* típicas identificadas. A su parecer la disciplina de la competencia, en particular a lo que se refiere a la competencia desleal, desató muchas cuestiones interpretativas, que no se resolvieron en el curso del tiempo. Se situaron en este campo los maestros del derecho comercial: Tulio Ascarelli, Giuseppe Auletta y Alberto Asquini.

Según Giuseppe Auletta, el bien tutelado es la clientela y, por ende, legitimado a actuar es solo el empresario competidor. Según Tullio Ascarelli el bien jurídico tutelado es la competencia, en cuanto el mercado no es espontáneo, pero debe ser regulado tutelando la libertad de empresa y agrupando en torno a esta todos los instrumentos de los cuales se vale el empresario, incluidos los bienes objeto de propiedad industrial.

Al bien tutelado, Tulio Ascarelli le dedica varias páginas de su tratamiento sobre la competencia: contrariamente a la orientación predominante en la doctrina y en la jurisprudencia de los años cincuenta descarta que el bien tutelado sea la empresa, la organización de la empresa o la clientela. Su razonamiento es lineal: si estos fueran bienes tutelados cuya lesión implica las acciones reconocidas a favor de su titular, no sería lícito algún ningún de competencia, y no se podría distinguir entre acto de competencia *tout court* y acto desleal. “No parece exacto destacar que la diferencia entre competencia leal y desleal recaería en una diversa intensidad de tutela, no obstante, siempre dirigidas al mismo bien (emprendimiento o clientela). En verdad, el admitir la libre competencia implica real-

mente excluir una tutela general de emprendimiento o de la clientela”. Por ello, “[...] el interés tutelado es precisamente el de lealtad de la competencia en relación a la probabilidad de la ganancia que corresponda [...] al ejercicio de la actividad frente a terceros en régimen de (leal) competencia”¹.

En cuanto a los presupuestos de la acción de responsabilidad en caso de competencia desleal, habida cuenta que es el empresario quien será titular del derecho lesionado, Ascarelli precisa que, para la calificación del acto de competencia desleal, no se requiere el perjuicio al competidor “[...] y mucho menos la culpa”². Culpa y dolo son, sin embargo, requeridos para el resarcimiento del daño, el cual debe ser concreto; la culpa es presunta, pero está permitida la prueba en contrario³.

En materia de competencia desleal, la jurisprudencia ha seguido una orientación restrictiva: la interpretación de las normas del código ciertamente habría podido, recurriendo al principio de corrección profesional, consentir una intervención más coherente, sistemática y extensa, dirigida a reprimir los comportamientos anticompetitivos. Pero en la real situación, la tutela de la competencia se ha aparejado, si no enredado, a la tutela de la propiedad industrial, de las marcas y patentes, a pesar de que estos bienes sean protegidos por una disciplina detallada, articulada en diversas fuentes, *distintas* de la disciplina de la competencia.

Se lee en la jurisprudencia reciente que “la responsabilidad a título de competencia desleal, con arreglo al art. 2598, n.º 3 del CC, presupone que el empresario se haya valido de un medio, no solo contrario a los principios de la competencia profesional, sino también idóneo para dañar la empresa de tercero; por tanto tal responsabilidad no opera cuando el juez compruebe que el comportamiento denunciado no haya generado ningún peligro de desvío de la clientela dañando al empresario denunciante”⁴.

No es menos cierto que no está excluida la legitimación pasiva de quien no encontrándose en una re-

lación de competitividad con el empresario desleal, lo ayude en la comisión del ilícito. En tal caso, por tanto, el tercero es legítimamente considerado responsable, solidariamente, con el empresario que se haya beneficiado de su conducta, en tanto, faltando del todo tal vínculo entre el tercero autor del comportamiento lesivo del principio de la competencia profesional y el empresario competidor del dañado, el tercero mismo es llamado a responder con arreglo al art. 2043 del CC -y no por el posterior artículo 2598- con todas las consiguientes diferencias en tema de prueba del elemento psicológico del ilícito “de quo”⁵.

Pero el elemento subjetivo es siempre exigido con rigor. Por ejemplo, en el caso de transferencia de dependientes, se considera que para que pueda ser calificado como acto de competencia desleal por parte de la empresa competidora, no es suficiente la mera conciencia, por parte del agente, de la idoneidad del acto para dañar otra empresa, sino que es necesaria la intención de conseguir tal resultado (denominado *animus nocendi*), la cual debe ser considerada existente toda vez que la transferencia de dependientes sea realizada mediante modalidades no justificables a la luz de los principios de corrección profesional, salvo cuando se presuma en el autor la intención de dañar la empresa competidora⁶.

Sin embargo, el daño no debe ser necesariamente actual, pudiendo ser también potencial; en otros términos, es relevante el “daño por riesgo”:

El ilícito concurrencial del artículo 2598 del CC no se perfecciona necesariamente a través de la producción de un perjuicio actual al patrimonio del sujeto competidor, siendo suficiente la potencialidad o el peligro de un daño, concretado en la idoneidad de la conducta prohibida para causar un perjuicio. Del mismo modo, la publicación de la sentencia —prevista por el art. 2600, segundo párrafo, del CC en caso de actos de competencia desleal realizados con dolo o culpa— es una medida autónoma que puede ser dispuesta independientemente de la existencia (o de la prueba) de un daño actual genérico, tratándose de un remedio que cumple una función reparadora con relación a situaciones de perjuicios específicos ya producidos (como el descrédito), a saber una función preventiva respecto a aquellas que podrían verificarse a futuro⁷.

1 ASCARELLI, Tulio, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, Milano: 1957, p. 150-151.

2 Cass., 22 de julio de 1946, p. 1046.

3 ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale, op. cit.*, p. 210.

4 Cass. n.º 8215, 2 de abril del 2007: *fattispecie* en materia de uso por parte de un empresario a fin de publicitar marcos anodizados, del catálogo de un competidor, productor de marcos en la fase anterior a la anodización.

5 Cass. n.º 5375, 11 de abril del 2001.

6 Cass. n.º 5718, 20 de junio de 1996.

7 Cass. n.º 12103, 23 de noviembre de 1995.; Cass. n.º 5772, 15 de noviembre de 1984.

II. La tutela de la competencia y del mercado

La disciplina de la responsabilidad de la empresa por violación del derecho de la competencia, en general, está confiada a la aplicación de las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a las otras fuentes del derecho comunitario, así como al derecho interno (sin perjuicio de las conexiones con la disciplina constitucional, en particular, con el art. 41, 2 del Co., el art. 33 de la Ley N.º 287 del 10 de octubre de 1990, y las otras disposiciones concernientes, en general, al ilícito civil). En efecto, el art. 33 no menciona explícitamente reglas especiales si no es en materia de “competencia jurisdiccional”, y alude a acciones *de nulidad y resarcimiento del daño*, además de recursos dirigidos a obtener medidas de urgencia, es decir, a la inhibición de los comportamientos contrarios a la ley.

La disposición nada dice respecto a las conexiones con otras disposiciones, del código o de leyes especiales, ni explica la conexión entre la acción de nulidad y la acción de resarcimiento; nada dice respecto a la legitimación para actuar, y no se preocupa de esclarecer cuáles sean los elementos del ilícito concurrencial; tanto menos se ocupa de indicar los criterios con los cuales valorar el daño. Estas graves lagunas han obligado a la doctrina y la jurisprudencia a colmar el precepto, operando en vía sistemática y construyendo, por lo tanto, una responsabilidad de la empresa por violación de la normativa antitrust, que es fruto, por tanto, de la creatividad doctrinaria y jurisprudencial.

Pero, precisamente por ello, las opiniones son divergentes, y las orientaciones jurisprudenciales no son reconducibles a modelos unívocos de decisión. Sobre el tema se ha recogido una literatura muy copiosa, y, por lo tanto, a los fines del presente trabajo, se tendrá cuenta, de manera ejemplificativa, las opiniones y los pronunciamientos que han desplegado mayor incidencia. Sin embargo, se debe estar atentos en la investigación, porque la materia ha sido objeto de una incesante evolución, a tal punto que teorías y decisiones deben ser ubicadas, históricamente, en la época en la cual han sido elaboradas: siendo una materia en la cual las reglas son formuladas de modo muy elástico —contienen cláusulas generales, se refieren a algunas hipótesis tipificadas, pero no descartan que el ilícito se pueda verificar también en *fattispecie* ulteriores respecto a su específica identificación— es bastante posible que el aterrizaje de la investigación pueda ser superado en el breve transcurso del tiempo.

Precisamente en los primeros lustros de la entrada en vigor del código viene a emerger también otro perfil de la disciplina de la competencia, que está referida a los acuerdos y al abuso de posición de dominio.

Según Alberto Asquini, los comportamientos “de cualquier modo mencionados, constituyen indirectamente otros tantos ilícitos (al igual que el abuso de derecho, para quien lo admite, es una figura particular de ilícito). Se trata, sin embargo, de ilícitos objetivos, que a los efectos de la acción inhibitoria prescinden entonces de cada elemento subjetivo de dolo o culpa, el cual puede adquirir relevancia solo a los efectos del resarcimiento del daño, cuando requieranse cumplan sus extremos”.

Las categorías examinadas no son solo las de los empresarios y los consumidores. En este sentido, el autor considera que la disciplina del Código Civil se alinea a aquella prevista por el texto del entonces denominado Tratado CEE (o MEC), en el art. 86. Sin embargo, descarta que se pueda aplicar, a la alteración de la competencia, sea la figura del abuso de derecho, en ese entonces acogida por algunos autores pero rechazada por la doctrina más autorizada; sea analógicamente las reglas sobre la competencia desleal, consideradas sometidas a una estricta interpretación. Esta última tan restringida, que Asquini no discute —tampoco se vuelve su defensor— la tesis con base en la cual el resarcimiento del daño se podría invocar solo “por inobservancia de las prohibiciones dictadas por la autoridad administrativa”.

Tampoco Ascarelli había dado crédito a la interpretación analógica en cuanto consideraba que la solución debiese encontrarse en el derecho contractual y en el control de la autonomía privada.

Con diverso énfasis, Auletta, Ascarello y Asquini confiaban en la ética profesional sin llevar a extremas consecuencias este razonamiento y, por ende, admitir que la violación de los principios de corrección en el desenvolvimiento de la actividad de la empresa pudiese conducir directamente al resarcimiento del daño.

Desde entonces, mucha agua ha pasado bajo los puentes. Se ha formado una doctrina y una jurisprudencia sobre los arts. 101 y ss. del Tratado FUE, y doctrina y jurisprudencia no solo sobre el artículo 2600 del CC, sino principalmente sobre la disciplina especial de la competencia y *del mercado*. En cumplimiento de los principios contenidos en el Tratado, el legislador italiano ha ampliado el horizonte de los intereses tutelados, colocando a los consumidores en primera línea entre las categorías protegidas por la dis-

ciplina de la libre competencia. Es así que la doctrina y la jurisprudencia han propuesto interpretaciones conformes al Tratado (adecuando a este también la disciplina más bien lagunosa del art. 41, 2 del Co., Cost.).

Se ha introducido entonces un sistema articulado de intervención pública que permite el *public enforcement* del principio de libre competencia; al mismo tiempo, dado que la vigilancia pública de la Comisión europea y de las autoridades administrativas nacionales no son suficientes para garantizar el funcionamiento eficiente de la competencia a nivel europeo ni a nivel nacional, se ha previsto un sistema de *private enforcement*, en el cual se conectan los principios del Tratado, que se consideran directamente aplicables también a las relaciones entre privados, a los ordenamientos nacionales. La Corte de Justicia de la Unión europea no tiene dudas al respecto⁸.

Obviamente, como ya sucede en el caso de la *fattispecie* concerniente al ilícito cometido por el Estado por la violación de la normativa comunitaria, la estructura del ilícito es compleja: si la violación es comprobada en sede comunitaria, al juez nacional compete aplicar los remedios del derecho interno, cuando se encuentre ya verificado el requisito del daño injusto; por tanto, será preciso determinar el daño, el nexo causal y cuantificar el daño. El elemento subjetivo es requerido solo si en sede comunitaria está previsto. Por ende, puede suceder que el comportamiento anti-competitivo sea ya determinado en vía administrativa por la Comisión de la Unión Europea, y por lo tanto al juez nacional no le quede más que complementar la determinación de los requisitos para poder liquidar el daño; o que no haya esta previa determinación, lo que no impide el recurso directo al juez nacional.

Esta nueva dimensión hermenéutica ha dejado huella también en materia de responsabilidad de la empresa.

Antes de nada, ha cambiado la óptica considerada: mientras en la fase anterior a la aplicación del derecho antitrust comunitario el intérprete se encontraba concentrado en acto de competencia y se preocupaba por incorporarlo solo en la evaluación comparativa de los intereses privados en juego; acto seguido a la introducción de los artículos del Tratado y a la difusión de un mayor conocimiento y conciencia de las exigencias del mercado competitivo, la óptica ha devenido pública. La libre competencia es considerada un sistema

de institución, conservación y promoción de las relaciones económicas a proteger en sí y por sí misma. Se ha transformado entonces el concepto económico de competencia, que se ha convertido en un concepto jurídico. Competencia y mercado son *bienes jurídicos* que el derecho comunitario tutela.

De otra parte, no considerando la flexibilidad, a menudo la fugacidad, y —ciertamente— el poco rigor conceptual con el cual se crean y se utilizan los términos, las categorías, y las fórmulas del derecho en el ordenamiento comunitario, puede existir bienes jurídicos que no se identifiquen con un objeto real y concreto ni sean reconocibles en favor de sujetos específicos, siendo ya desde decenios superada sea la teoría de los *Rechtsgueter*, que vinculaba el resarcimiento del daño a los derechos subjetivos, sea la personalización del interés, siendo admitida la tutela de intereses colectivos y difusos. La tutela *del ambiente* —entendido como bien en sí— es la más palpable ejemplificación.

En este sentido, el mercado y la competencia, endiádis establecida en el título de la primera ley especial italiana en la materia, son precisamente los bienes tutelados. Este discurso conduce a la consecuencia que en el ámbito de la responsabilidad de la empresa se pueden plantear diversas soluciones a propósito de los criterios de imputación de la responsabilidad y de los sujetos legitimados para solicitar el resarcimiento del daño, si se considera que haya identidad, superposición, unicidad de finalidades, entre la disciplina especial y las reglas del Código Civil, y que la disciplina especial no hace más que articular con ulteriores hipótesis de competencia *fattispecie* que reentrarían en el precepto general de la corrección profesional, pero aspirarían a precisar mejor sus confines (además de prever las modalidades de *public enforcement*).

Identificar los bienes (o los intereses) violados por los cuales se puede reclamar el resarcimiento del daño es más fácil en sede de aplicación del art. 2600 del CC, en cuanto hoy se incluyen en el área de los intereses tutelados no solo el de los empresarios competidores, sino también el de los consumidores (además de las asociaciones de profesionales, como precisa la disposición misma). Doctrina y jurisprudencia son unánimes al respecto. Sin embargo, se discute que esta disposición pueda generalizarse, concerniendo a ella una *fattispecie* particular de competencia.

Más problemática es la solución de la cuestión en el caso de violación de la competencia mediante acuerdos, abuso de posición de dominio y concentraciones, todos estos, actos y comportamientos idóneos para falsear la competencia según las modalidades es-

⁸ Véase, al respecto, las sentencias G. Giust. CE, 30 de enero de 1974, C-127/73, Brt-Sabam; G. Giust. CE, 18 de marzo de 1997, C-285/95, Guérin Automobiles.

tablecidas por los arts. 101 y ss. del TFUE y por la Ley N.º 287/1990.

En el derecho comunitario, como se desarrollará, en ausencia de una disposición *ad hoc* se ha procedido mediante soluciones creativas elaboradas por la Corte de Justicia, la cual ha reconocido el derecho al resarcimiento del daño directamente a favor de los consumidores, siempre que sean respetados el principio de equivalencia y el principio de efectividad (M 370)⁹. Y reconocer el resarcimiento del daño implica la aplicación de una norma de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual.

A este punto los problemas no se encuentran resueltos.

Si se considera —como el texto del Tratado deja inducir— que son inválidos, en cuanto prohibidos, los acuerdos y los actos de abuso de posición de dominio, así como las concentraciones cuando alteren la competencia, se requiere establecer qué remedio aplicar (si invalidante o solo resarcitorio); si el remedio deba incidir sobre las relaciones contractuales y sobre cuáles (relaciones contractuales aguas arriba, es decir, acuerdos entre empresas, y relaciones contractuales aguas abajo, es decir, contratos entre la empresa que ha falseado la competencia y el consumidor); y, si el resarcimiento del daño deba derivar de la aplicación del remedio invalidante o sea independiente de este.

La misma problemática se plantea para la disciplina especial de la competencia en la Ley N.º 287/1990, la cual transcribe, *grosso modo*, las disposiciones del Tratado.

Ahora, si se aplica la disciplina del art. 2043 del CC, ¿qué interés protegido se considera lesionado?, ¿la libertad contractual del consumidor, el patrimonio del consumidor que ha contratado bajo condiciones anti-competitivas, o la competencia como bien?

Y, ¿se debe —como para la competencia desleal— considerar que es necesario determinar la culpa o el dolo; o, es suficiente calificar el acto anticompetitivo en sí, y por tanto considerar que la simple violación de ley, concretamente, el principio de corrección profesional es suficiente para obtener el resarcimien-

to (demostrado el daño y el nexo causal entre daño y comportamiento)?

En doctrina, no todos los autores distinguen el resarcimiento derivado de la invalidez de contrato o de la invalidez de la cláusula individual -en contraste con la disciplina de la competencia- de la hipótesis de resarcimiento derivado de la aplicación del art. 2043 del CC. Tampoco se pone en cuestión si, en lugar del art. 2043, se deban aplicar las normas que prevén una responsabilidad sin culpa. Se discute, al contrario, si se pueda aplicar analógicamente los arts. 2595 y ss. del CC.

Por otro lado, se ha considerado (i) que el art. 33, 2º Co., de la Ley N.º 287/1990 es solo una norma que tiene naturaleza procesal y que no es suficiente la mención de la responsabilidad para inferir de ello la subsistencia de una *fattispecie* particular de ilícito; (ii) que la norma está dirigida a tutelar solo a los sujetos directamente involucrados, en cuanto participantes (y por tanto solo los empresarios); (iii) que en cabeza del consumidor no se ha instituido un interés protegido, ni jurídicamente configurable como derecho subjetivo ni como interés legítimo de derecho privado; (iv) que en caso de contratos entre empresarios se puede determinar la nulidad derivada del objeto ilícito; (v) que los contratos aguas abajo son también ilícitos; (vi) que no se puede hacer valer sobre el plano extracontractual el principio de corrección profesional, cuya lesión daría paso solo a una acción de derecho contractual, (vii) que la nulidad deriva de la violación de normas imperativas, (viii) que el consumidor tiene, por ende, derecho a la restitución de lo indebido, es decir, de la cuota indebida; (ix) que además de la restitución, el consumidor tiene derecho al resarcimiento del daño *ex art.* 1338 del CC.

Sin embargo, se podría objetar que la norma define la competencia en cuanto considera que existe una acción legítimamente fundada (y, por tanto, establece el juez que debe conocerla) y precisamente hace referencia a la nulidad y al resarcimiento del daño, sin por otro lado establecer si las dos acciones se encuentran correlacionadas o son alternativas; por otra parte, es comprensible que, si se trata de relaciones contractuales, la contraparte dañada puede estar interesada a mantener en vida la relación, sin ejercitar la acción de nulidad, y a pedir solo el resarcimiento del daño; pero también puede darse que el daño no tenga una relación contractual con el empresario que viola la disciplina de la competencia, en cuanto es el empresario competidor quien ha sufrido los efectos negativos del acuerdo (por ejemplo, en el caso de aplicación del art. 2, 2 del Co., con barreras de acceso al mercado), o ha

9 Véase, al respecto, G. Giust. CE, 13 de junio de 2006, C-295/04, Manfredi; v. para todos LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, *DResp*, vol. 3, 2005, p. 241, con referencias de doctrina, incluso extranjera, y de jurisprudencia comunitaria y nacional.

sufrido el abuso de posición dominante, siempre por razones no correlativas a acuerdos [v. art. 3, 1 del Co., lett. c)].

Por la misma razón, es suficiente la siguiente referencia para definir el ilícito concurrencial: el comportamiento que puede ser considerado ilícito en cuanto adoptado en violación de la disciplina que tutela la competencia y el mercado; puede sea tal por ser en sí o por sí mismo ya calificado en estos términos, no siendo necesario identificar ulteriormente un interés en cabeza de los dañados si no para instituir una relación causal con el daño invocado; de otro modo, puede ser tal por ser expresión de un comportamiento lesivo del principio de corrección profesional o de un comportamiento de cualquier modo abusivo; por haberse contratado en violación de un deber legal que prohíbe los acuerdos, el abuso de posición de dominio o las operaciones de concentración restrictivas de la libre competencia; e incluso por haberse contratado en violación de un norma de orden público económico: todas estas vías son factibles, no habiendo solo una y no existiendo solo la vía contractual.

En este sentido la jurisprudencia es clara:

Tanto la demanda de anulación como aquella de nulidad de un negocio, dada la diversidad de los presupuestos y requisitos propios de alguno de los vicios invalidantes, son encomendadas a acciones muy distintas, cuya acumulación (con formulación alternativa o subordinada) está vinculada a la competencia en el objeto del juicio de los requisitos que identifican cada uno de los vicios invocados. La relativa deducción no puede, por tanto, introducir un problema de calificación, confiada (con una solución en una función selectiva) al poder-deber del juez en base al principio *iura novit curia*, sino que se refiere, más bien, al examen de los fundamentos de mérito, que conducen con base en un juicio de adherencia de cada elemento de hecho a los requisitos de cada una de las diversas *fattispecie* normativas enunciadas. La relativa verificación no puede ser confiada a simples inducciones o presunciones o a criterios de verosimilitud, sino que debe ser precisa y rigurosa, recayendo sobre la parte que alega el concurso de más vicios la carga de la exposición y demostración de los elementos de hecho y de derecho de los cuales se pueda deducir su subsistencia¹⁰.

10 Cass. n.º 14, sez. II, 9 de enero de 1971, CED,

El acuerdo, si se expresa verdadera y propiamente como tal, es contrario a las normas legales (si satisface los requisitos requeridos por la disciplina especial); y, por tanto es nulo en su causa; no es nulo por ilicitud del objeto, porque no es el precio el que ha sido previsto por la ley como ilícito¹¹.

Sin embargo, hay quien sostiene que estos acuerdos en cuanto tales no suponen una nulidad sino solo el resarcimiento del daño al empresario lesionado o al consumidor lesionado; y, que para obtener la nulidad se requiere que se acumule el abuso de posición dominante con el abuso de dependencia económica. En este sentido, entonces, la nulidad sería determinada no por el art. 33 de la Ley antitrust sino por el art. 9 de la Ley n.º 192 del 18 de junio de 1998, sobre el abuso de dependencia económica¹².

En cuanto a la repetición del pago indebido, la jurisprudencia ha asumido una posición restrictiva en materia de competencia¹³.

La competencia funcional de la corte de apelación, prevista en el art. 33, Ley n.º 287, del 10 de octubre de 1990, se refiere a las únicas hipótesis en las cuales, en presencia de un abuso de posición dominante, se actuará para obtener la declaración de nulidad o el resarcimiento del daño, no comprendiendo, por tanto, la demanda de repetición de lo indebidamente pagado.

Los intereses tutelados no pueden ser solo aquellos de los empresarios, no solo porque la misma disciplina haga referencia [en el art. 3, 1º co., lett. b)] al *daño a los consumidores*, sino también porque, como fue señalado al momento de su entrada en vigor, la ley tutela la competencia y el mercado; y, en el mercado, los consumidores (si no debieran ser calificados como “operadores”) siguen siendo de cualquier modo sujetos activos y directamente lesionados por una actividad anticompetitiva.

Aquello que cuenta —ha señalado a este propósito Bernardino Libonati— es el hecho anticompetitivo [...] por los efectos que directamente produce en la esfera económica [y jurídica, se podría añadir, n.d.r.]

349313: en el caso de autos, habiendo el juez de mérito considerado genérica la deducción de vicios invalidantes concurrentes con el *metus ab extrinseco*, el recurrente planteó un problema de calificación y reclamado al principio *iura novit curia*.

11 V. sobre la cuestión LIBERTINI, *Ancora*, cit., p. 247.

12 V. LIBERTINI, *Ancora*, cit., 249.

13 Cass., sez. VI – 1, (ord.) 23 de febrero de 2012, n. 2777, CED, 621574.

del cliente-consumidor, en cuanto si el hecho anticompetitivo se verifica [...] es la actividad antitrust a la cual el daño al consumidor se encuentra conectado, y no al negocio del cual aquella actividad se deriva la que adquiere una referencia particular; es la conducta empresarial contraria a las leyes que tutelan la competencia y el mercado la que "representa el hecho del cual deriva el daño injusto".

El comportamiento antijurídico es imputable a la empresa que no ha observado las reglas de mercado, como ha sido impuesto por la ley.

No se formula, entonces, como es temido, un problema de exceso de tutela y extensión excesiva del daño resarcible, en cuanto se requiere todavía demostrar el daño y el nexo causal; el nexo causal tiene una función selectiva de los daños resarcibles. El interés protegido cuyo titular es el consumidor concierne al patrimonio de este último. En cuanto a la invalidez de las relaciones aguas abajo, se han recorrido varias vías: la nulidad por ilicitud de la causa (pero no me parece que se pueda configurar tal vicio en cuanto al contrato aguas abajo es lícito y debe ser diferenciado del acuerdo), la nulidad del objeto (tampoco es posible la configuración de esta hipótesis porque la prestación es lícita de la misma manera que la contraprestación), la anulabilidad «de protección»; sin embargo, al límite se podría hablar de dolo incidental.

En realidad, es dudoso que el contrato aguas abajo sea ilícito; y si no se tratase de un problema de validez del vínculo, sino de la lesión de un deber legal, el resarcimiento del daño no debería, en este caso (distinto del abuso de posición de dominio) resultar de la negociación o de la imposición de un contrato a tarifas o a un precio anticompetitivo (es decir, por un daño en la negociación), sino más bien de la lesión del patrimonio al haberse pagado un precio, una tarifa superior a la del mercado. Sin embargo, no se puede hablar de pago indebido ni de restitución de cuotas al no haber un precio de mercado, ni puede aquel precio ser establecido en vía equitativa por el juez: en caso alguna vez el daño fuera a ser determinado en vía equitativa por el juez.

Precisamente el particular, la Unión Europea está elaborando una disposición dirigida a establecer de manera uniforme los criterios de determinación del daño en caso de *private enforcement*.

Aquí, sin embargo, vuelvo a recalcar que se requiere distinguir muy claramente las diversas hipótesis que la normativa especial toma en consideración: los acuerdos, el abuso, las concertaciones. La posición de los sujetos tutelados varía según su rol en el mercado,

y de vez en vez envuelve relaciones de tipo contractual o relaciones de tipo extracontractual.

En el caso de responsabilidad de la empresa, no es necesario recurrir a la analogía con el art. 2600 que contempla *fattispecie* determinadas. Es suficiente hacer referencia a los arts. 2043 y ss. del CC; sin embargo se debe verificar si es necesaria la prueba de la culpa o del dolo. Si se debiera considerar que la culpa es *in re ipsa*, por violación de la ley, la cual impone el principio de corrección profesional, la situación se acerca a la responsabilidad objetiva.

Se considera que en ausencia de una norma expresa de excepción, sea necesaria la prueba de la culpa o del dolo¹⁴ o que sea aplicable por analogía el artículo 2600 del CC.¹⁵ Pero para el caso referido, la culpa deriva de la violación de la ley.

La actividad anticompetitiva no es connatural al proceso de fabricación, no es típica del riesgo de la empresa, por lo que no se puede aceptar la idea que la empresa responda objetivamente. No obstante, cuando sea suficiente la identificación de la norma violada o la calificación del comportamiento como anticompetitivo, la prueba de culpa o dolo devienen superfluas. Aquello que resulta relevante es la prueba del daño y del nexo causal.

Se ha también propuesto incluir toda la problemática en el ámbito de la relación contractual: pero de cuanto ha sido ya observado, esta solución es demasiado restrictiva al no comprender todas las *fattispecie* de comportamiento anticompetitivo. Tampoco parece exhaustiva la tesis que considera que el interés lesionado del que es titular el consumidor sea su derecho de libertad contractual, es decir, el hecho de no haber podido negociar libremente (lo que implicaría, entre otros, la aplicación del art.1337 o del art. 1338 del CC) o de haber negociado condiciones distintas de aquellas que habría logrado alcanzar si hubiera conocido la realidad de las cosas (invocándose el dolo incidental ex art. 1440 del CC)¹⁶.

En realidad, la libertad contractual no es restringida -en tanto el contrato ha sido concluido sobre la base de una elección- y precisa demostrar que esta elección —iniciada por la contraparte— fue imposibilitada por

14 De este parecer LIBERTINI, *Il private enforcement e le sanzioni*, *CeM*, 15, Id., *L'azione pubblica e i mercati*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cargo de Castronovo-Mazzamuto, III, Milano, 2007.

15 CASTRONOVO, *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, *DResp*, 2004.

16 A este respecto v. LIBERTINI, *Ancora*, cit., 243.

el hecho de ser la contraparte monopolista; el acuerdo entre varios empresarios —contraparte de por sí no sería suficiente para demostrar las restricciones o limitaciones en la conclusión del contrato; y en cuanto a las distintas cláusulas, estas no podrían calificarse como vejatorias porque —por el momento— el control de la vejatoriedad no versa sobre el objeto y, por tanto, sobre el precio, la tarifa o sobre la contraprestación.

Es el resarcimiento del daño, por lo tanto, el remedio más oportuno para consentir al consumidor una adecuada satisfacción, sobre la base de la responsabilidad extracontractual. De ello se derivan también las consecuencias en materia de prescripción y la imposibilidad de reparación en forma específica, que implicaría la sustitución de una cláusula por otra que debería ser escrita por el juez. Al respecto, precisa una previsión legislativa *ad hoc*, que al estado de la causa hace falta, no siendo suficiente aducir los inconvenientes —sobre el plano de la satisfacción del daño y el de la aplicación efectiva de la acción inhibitoria— para colmar la laguna¹⁷.

La jurisprudencia en este sector parece más abierta de lo que es en ámbito de competencia desleal.

No es menos cierto que se ha sostenido que “de la declaración de nulidad de un acuerdo entre empresas por lesión de la libre competencia, emitida por la autoridad antitrust con arreglo al art. 2 de la Ley N.º 287/1990, no se deduce automáticamente la nulidad de todos los contratos realizados por las empresas adheridas al acuerdo, los cuales mantienen su validez y solo pueden dar lugar a la acción de resarcimiento de daños frente a las empresas por parte de sus clientes”¹⁸.

Sin embargo, las disposiciones de la ley especial son interpretadas de manera extensiva. La acción interpuesta por abuso de posición dominante no requiere, en realidad, que sea identificable un acto específico, del cual predique su nulidad y respecto al cual quien actúe para el resarcimiento sea destinatario actual o potencial, siendo suficiente que el actor deduzca y demuestre, a los fines de la aceptación del mérito de la demanda, ser un operador en el mercado en el cual se ha consumado el abuso de posición de dominio y de haber sufrido un perjuicio económico derivado de este¹⁹.

También al consumidor final se le reconoce la legitimación para actuar:

[...] la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad y de resarcimiento del daño prevista por el art. 33 de la ley de 10 octubre 1990, n.º 287, corresponde no solo a los empresarios, sino también a los otros sujetos del mercado que tengan intereses en la conservación de su carácter competitivo y, por ende, también al consumidor final que sufre un daño proveniente de una contratación que no admite alternativas, como resultado de una colusión entre los empresarios del sector, aun cuando aquel no sea partícipe de la relación de competencia con los autores de la colusión; y ello tanto para el caso en que una acción resarcitoria sea desplegada, como cuando sea promovida una acción restitutoria “ex” art. 2033 del c.c., dado que el sujeto que solicita la restitución de aquello que considera haber pagado por efecto de un acuerdo nulo alega aún esta última, así como la imposibilidad jurídica de que esta produzca efectos²⁰.

Están legitimados a actuar también las asociaciones de consumidores:

La institución más representativa de los intereses de los usuarios de servicios de seguro (en el caso, Condacons) está legitimada para interponer todas aquellas demandas que permitan eliminar los efectos de las violaciones en daño de los mismos usuarios y para imponer al transgresor comportamientos conformes a las reglas de la corrección, transparencia y equidad en las relaciones contractuales, con arreglo a los arts. 1 y 3, l. 30 de julio 1998, n. 281, aplicables *ratione temporis* (entre estas, las demandas dirigidas a determinar: la violación de las reglas de la competencia; la nulidad de las cláusulas que contienen la determinación de las primas, pactadas en el periodo al cual se remontan las violaciones; las modalidades con las cuales la compañía aseguradora ha procedido y procede al cálculo de las primas y a la determinación de los criterios para el correspondiente recálculo, con la finalidad de alinear las contraprestaciones a aquellas que las compañías aseguradoras habrían podido determinar de no haber existido un acuerdo ilícito; así como demandas dirigidas a que sean adoptadas las medidas idóneas para informar a los asegurados de sus derechos, incluida en esta aquella de publicación de la sentencia de condena). La misma entidad representativa está, asimismo, legitimada para proponer, en base a las citadas disposiciones, las demandas de restitución y de resarcimiento de los daños resultantes de los ilícitos concurreniales, en los límites en los cuales hagan valer el interés común de la entera categoría de los usuarios de servicios de seguro a obtener un pronunciamiento declarativo sobre aspectos como la existencia del ilícito, responsabilidad, nexo causal entre ilícito y daño, y existencia y

17 LIBERTINI, *Relazione conclusiva. Le fonti del diritto commerciale*, Milano: 2008 p.27.

18 Cass. n.º 9384, 11 de junio del 2003.

19 Cass. n.º 30175, 30 de diciembre del 2011.

20 Cass., n.º 14716, 30 de julio del 2005; Cass. n.º 993, 21 de octubre del 2010.

entidad potencial de los daños (prescindiendo de las peculiaridades de cada una de las posiciones individuales), y cualquier otra cuestión idónea para facilitar las iniciativas individuales, liberando a los dañados de las relativas cargas y riesgos. Debe, al contrario, ser descartada la legitimación de la entidad representativa en lo referente a las demandas de condena de la compañía aseguradora para pagar una suma determinada a un sujeto asegurado concretamente individualizado, a falta de una demanda expresa del interesado [Cass. n.º 17351, del 18 de agosto del 2011].

Es indudable la incidencia de la normativa comunitaria sobre la interpretación de la legislación especial:

Las disposiciones de tenor general — precisamente los arts. 101 y ss., contenidos en el Tratado FUE— han sido articulados en disposiciones más detalladas por una serie de reglamentos, la última de las cuales, adoptada el 16 de diciembre del 2002 [Reglamento (CE) n. 1/2003] ha dotado a la Comisión europea de poderes declarativos, sancionatorios, inhibitorios o exoneratorios destinados a controlar y cuestionar el comportamiento anticompetitivo de las empresas. Revisten particular importancia, desde nuestro punto de vista, los reglamentos de excepción, los cuales fragmentan la operatividad de la normativa y el ámbito de intervención de la Comisión (y por tanto de aplicación de la disciplina antitrust); de tal manera que, existiendo dicha exoneración, incluso el daño sufrido por los competidores, consumidores y terceros como resultado de la competencia puede no ser considerado relevante y, por consiguiente, no ser resarcido. Reglas especiales, al interior de esta disciplina especial, son dictadas por el reglamento (CEE) n. 19/65 relativo a la aplicación del artículo 81, párrafo 3, del tratado a categorías de acuerdos y prácticas concertadas; por el reglamento (CEE) n. 2821/71 relativo a la aplicación del artículo 81, párrafo 3 del tratado a categorías de acuerdos y prácticas concertadas; por el reglamento (CE) N. 487/2009 del 25 de mayo de 2009, relativo a la aplicación del artículo 81, párrafo 3 del tratado a algunas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo; por el reglamento (CEE) n. 1534/91 relativo a la aplicación del artículo 85, párrafo 3 del tratado a algunas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros; por el reglamento (CE) n. 246/2009, del 26 de febrero 2009, relativo a la aplicación del artículo 81, párrafo 3, del tratado a algunas categorías de acuerdos, de decisiones y de prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios).

Más allá de las reglas especiales es, sin embargo, unánime, en el derecho comunitario, la orientación que los arts. 101 y 102 del Tratado: “Crean derechos

y deberes para los individuos que pueden ser aplicados por los jueces nacionales de los estados miembros” (así, la propuesta de Directiva 11 de junio del 2013 COM 2013 404 final p.2). Ello es referido explícitamente por el art. 6 del Reg. n. 1/203/CE (“Las jurisdicciones nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del tratado”), y ha sido expresamente dispuesto la Corte de Justicia en diversas decisiones²¹.

Se precisa en los considerandos del Reg. n.1 /203/CE lo siguiente:

[...] en la medida en la cual tal legislación nacional persigue principalmente un objetivo distinto al de protección de la competencia en el mercado, las autoridades garantes de la competencia y las jurisdicciones de los estados miembros pueden aplicar tal legislación en sus respectivos territorios. Los estados miembros pueden por tanto [...] adoptar en sus respectivos territorios una legislación nacional que prohíba o sancione prácticas comerciales desleales, sean estas unilaterales o contractuales. Una legislación como tal persigue un objetivo específico, independientemente de los efectos reales o presuntos de tales actos sobre la competencia en el mercado. Ello es particularmente cierto para la legislación que prohíbe a las empresas imponer a sus “partner” comerciales, obtener o intentar obtener de los mismos condiciones no justificadas, desproporcionadas o irrazonables.

Por tanto, deben combinarse derecho comunitario y derecho nacional, siendo este último eventualmente de más amplio alcance en lo referente a la tutela resarcitoria —siempre con respeto de los límites de eficacia y equivalencia— para determinar en qué términos el daño sufrido por los competidores, consumidores y terceros pueda ser resarcido.

Si bien el resarcimiento del daño debe ser *pleno* —sobre el punto insiste la Propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo del 11 de junio de 2013 COM (2013) 404 final, art. 2-, las técnicas de valoración del daño son objeto de una amplia discusión y de valoraciones divergentes en la jurisprudencia de mérito, manera tal punto que estudios profundos han sido elaborados en sede comunitaria para poder uniformar los criterios de valoración y encomendar a

21 Causa 127/73, *BRT e SABAM*, *Racc.* 1974, 51, punto 16, y la causa C-282/95 P, *Guérin Automobiles v Commissione*, *Racc.* 1997, I-1503, punto 39; causa C-453/99, *Courage e Crehan*, *Racc.* 2001, I-6297; autos acumulados por C-295 a 298/04; *Manfredi*, *Racc.* 2006, I-6619, causa C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, *Racc.* 2011, I-5161; causa C-199/11, *Europese Gemeenschap v. Otis NV e altri*, *Racc.* 2012, I-0000.

la autoridad comunitaria, y a las autoridades nacionales, el poder de determinar tales criterios.

Pero en la materia que nos ocupa la propuesta de directiva es bastante significativa.

El artículo 2 del proyecto dispone que “quien haya sufrido un daño causado por una infracción del derecho de la competencia de la Unión Europea o nacional debe poder solicitar el pleno resarcimiento de tal perjuicio”, precisando que “pleno perjuicio significa restablecer, para quien haya sufrido un daño, la situación en la cual se habría encontrado si la infracción no hubiera sido cometida. Este comprende, por tanto, el resarcimiento por el daño realmente sufrido, por lo dejado de percibir, y el pago de intereses que corren desde el momento en el cual el daño se ha producido hasta el pago efectivo relativo al daño”.

El considerando (11) es aún más explícito:

La presente directiva reitera el acervo comunitario relativo al derecho, garantizado por la Unión, de obtener un resarcimiento por el daño causado por violaciones del derecho de la competencia de la Unión, en particular en lo concerniente a la legitimación para actuar y la definición del daño, como ha sido estatuido por la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea, sin perjudicar algún ulterior desarrollo. Quien haya sufrido un daño causado por una infracción puede requerir un resarcimiento por la pérdida efectivamente sufrida (*damnum emergens*), por las ganancias dejadas de percibir (*mancato guadagno o lucrum cessans*), así como el pago de los intereses que corren desde el momento en el que el daño se ha producido hasta el del efectivo resarcimiento. Tal derecho es reconocido para cada persona física o jurídica —consumidores, empresas e incluso autoridades públicas— prescindiendo de la existencia de una relación contractual directa con la empresa autora de la infracción, e independientemente del hecho que una autoridad garante de la competencia haya o no preventivamente constatado una infracción. Resulta conveniente que la presente directiva no imponga a los estados miembros introducir mecanismos de recurso colectivo para la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado.

Hay una analogía con el ilícito del Estado por violación de normas comunitarias: la violación de la norma es considerada como ilícito en sí y por sí; por lo tanto, uno de los requisitos del acto ilícito aser comprobados por el juez nacional para la aplicación directa de la normativa comunitaria habría sido ya satisfecho, no siendo necesaria la prueba de la culpa o dolo si la violación es verificada.

III. Interrogantes sobre la concepción normativa de la responsabilidad de la empresa

Reconstruir sobre la base de la disciplina vigente, de las orientaciones de la jurisprudencia y de las categorías conceptuales un área de la responsabilidad civil denominada responsabilidad de la empresa, ¿tiene un significado solo histórico e ideológico, o puede tener también un significado normativo?

Si se siguiera la propuesta de parte de la doctrina que ha recortado una “autonomía contractual empresarial”, se podría acreditar la idea que, en cuanto producida por una empresa, la actividad que deriva de esta y que ocasione daños a terceros debe ser sometida a reglas uniformes, cualquiera sea la modalidad de desenvolvimiento de la actividad, la modalidad de generación del daño o la naturaleza del interés y del daño asestado.

Muchas son las razones que inducirían a sostener esta tesis.

La primera razón es de orden lógico. Si se considera que las reglas de responsabilidad deben ser concebidas y aplicadas de manera distinta según el estatus de los agentes y de las víctimas, se diferencia el supuesto en el que el daño sea ocasionado por una persona física no dotada de particulares calificaciones respecto a un sujeto que se puede definir como *empresario*, de aquel en el que aquel sea reconducible a una *empresa*, antes que a un ámbito familiar o social. También se diferencia el hecho de que la actividad desenvuelta lesione derechos e intereses de uno o más sujetos provistos de alguna cualidad particular, bienes introducidos en un contexto, altere la competencia, y así sucesivamente.

La segunda razón es de naturaleza sistemática. A la empresa se atribuye naturalmente uno de los criterios de imputación de la responsabilidad: el riesgo. El riesgo individual no diverge del riesgo de empresa en su esencia, pero se diferencia desde el punto de vista de la gobernanza. No tiene aquí relevancia la violación de naturaleza moral, la determinación de una culpa como comportamiento a reprimir: se trata de un cálculo conexo al peligro introducido en la sociedad, y al hecho objetivo que aquel peligro es potencialmente idóneo para provocar lesiones físicas y psíquicas, reducciones de ganancias, pérdidas de valor.

La tercera razón es de orden económico. La actividad de la empresa es una actividad organizada, de modo que el daño económico puede ser valorado, prevenido y gestionado, asegurado y absorbido.

La cuarta razón es de naturaleza histórica. Formulada con diversa terminología, concebida en un primer momento como excepcional y luego como ordinaria, la responsabilidad reconducida a la empresa por los daños sufridos por los dependientes, los consumidores, el ambiente, y el mercado se ha extendido progresivamente hasta comprender áreas muy distantes entre ellas, obedeciendo a finalidades de naturaleza económica, social o incluso políticas reconducibles a valores diversos.

La quinta razón es de naturaleza ideológica. La extensión de la responsabilidad de la empresa avanza con el incremento de la conciencia por parte del empresario de sus deberes sociales, con la composición de los conflictos entre empleadores y trabajadores, con la adquisición de consenso por parte de los consumidores y con la difusión de la conciencia ambiental. Desde el proteccionismo que caracterizaba la mitad y el final del ochocientos, el sistema industrial ha ido cambiando sucesivamente hacia la inclusión en el área de los intereses tutelados, los de sujetos y categorías que aunque ha comprometido mayores costos para la industria, ha beneficiado no solo a los propietarios sino también en ventaja de los denominados “stakeholders”.

La doctrina —no solo la doctrina italiana— se pregunta entonces si valga la pena, en la reforma de los códigos, y también en la formulación de reglas jurisprudenciales, de “precedentes”, de principios generales, recurrir a la categoría de la responsabilidad de la empresa; y, de darse a esta interrogante una respuesta positiva, cómo se podría delinear jurídicamente la responsabilidad de la empresa.

Si desarrollar una actividad empresarial significa disponer de un más amplio rango de información, respecto a aquella disponible a cualquier individuo, disponer de una organización equipada desde el punto de vista científico, tecnológico, logístico, y de los recursos humanos y financieros, desde el punto de vista de la comunicación y desde el punto de vista de las conexiones económicas y sociales, además del de la pertenencia asociativa y sindical, es evidente que la empresa, *por sí misma*, constituye una entidad que puede satisfacer mejor que cualquier individuo las finalidades propias de la responsabilidad civil; el resarcimiento del daño, la reducción o el control de las fuentes de daño, la absorción de los costos en el sistema productivo, y la distribución de los costos de modo óptimo en el ámbito de la sociedad. Al menos teóricamente, la empresa opera de manera más eficiente que un particular.

Sin embargo, para traducir estas consideraciones en un tejido normativo sistemático se requiere resolver otros problemas más difíciles. No creo que sea útil prever, como sugieren los PETL, una regla general de presunción de responsabilidad, sino que tendría mayor sentido —como resulta de lo ya afirmado— la redacción de una regla general de responsabilidad por el riesgo y, por lo tanto, de responsabilidad objetiva.

No obstante, se ha demostrado que en cada sector en el que se registran daños derivados de la actividad empresarial existen reglas que presentan una peculiaridad: reglas que prevén causas de exoneración, concretamente, pruebas específicas que circunscriben a algunos daños la responsabilidad sin culpa, confiando luego al principio general basado sobre la culpa el régimen ordinario de responsabilidad.

No hay una agrupación, mejor aún, una aglutinación de todos los supuestos especiales de responsabilidad reconducibles a la empresa; no hay, en otros términos, una equiparación entre responsabilidad de la empresa y responsabilidad por el riesgo o responsabilidad objetiva. Iniciando de la responsabilidad del fabricante, en la cual las elecciones del derecho comunitario, queriendo equilibrar intereses de las empresas e intereses de los dañados (en la gran parte de los casos, los consumidores), se ha optado por una responsabilidad objetiva *atenuada*.

Por otro lado, la responsabilidad por el riesgo no es un área concéntrica respecto a la responsabilidad de la empresa; hay casos en los cuales la responsabilidad objetiva es atribuida a quien no es empresario; y hay casos en los cuales al empresario no se le atribuye una responsabilidad objetiva. Los dos sintagmas no son intercambiables, y no se puede operar una sustitución automática de los criterios de responsabilidad y de los criterios de identificación de los sujetos responsables.

IV. La responsabilidad de la empresa en el análisis económico del derecho. *Deterrence y compensation*

Prevención del daño y efecto disuasivo de la responsabilidad civil están íntimamente conectados a formas de responsabilidad *subjetiva* y, en último análisis, al presupuesto de la “culpa”. El deber de resarcir el daño, que debería incitar al agente a adoptar todas las medidas idóneas para prevenir perjuicios a terceros y desviarlo de emprender actividades peligrosas o excesivamente riesgosas, puede convertirse en un fuerte instrumento de *deterrence* solamente si se encuentra subordinado a la comprobación de “culpa” del agente.

Sin embargo, las veces en las que este deber surge independientemente de una culpa, e independientemente de toda evaluación de diligencia del comportamiento y de la adopción de las medidas necesarias para prevenir el efecto dañoso, está claro que el agente padece en medida menor el efecto de *deterrence* de la responsabilidad. La responsabilidad “objetiva”, al menos de la manera como se encuentra estructurada en los esquemas aplicados con mayor frecuencia, está en realidad disociada de cada factor inherente al comportamiento subjetivo del agente, dado que el deber de resarcir el daño surge por el simple hecho de que el agente ha desarrollado una actividad riesgosa, o porque —sobre la base de una elección de política de derecho— el agente parece ser el sujeto que mejor puede soportar la traslación del daño.

En todas estas hipótesis, la responsabilidad civil está destinada a perder aquel efecto disuasivo ha tenido desde siempre, manteniéndolo solo en los casos en los cuales el deber de resarcimiento afectaría a tal punto el patrimonio del agente como para inducirlo a no llevar a cabo el acto dañoso o a ejercitar actividades que involucren un más reducido margen de riesgo. Sin embargo, se trata - si se observa atentamente- de casos en los cuales no se constata un ejercicio de actividades empresariales, cuanto, más bien, del ejercicio de actividades por así decir “biológicas”, cotidianas y, precisamente por ello, del todo marginales²².

Pese a ser acogida esta premisa, no es justificable llegar a la conclusión que las reglas de responsabilidad objetiva, precisamente por estar desvinculadas de toda finalidad de disuasión, representen un incentivo para el emprendimiento de actividades dañosas²³. Entre las numerosas razones que imponen considerar sin fundamento esta tesis, precisa señalar aquellas que de manera más directa se refieren a la gestión económica de la empresa: la multiplicación de los daños que —según los partidarios de esta tesis— no debería ser motivo de prevención de las causas que incrementan

el riesgo, es, al contrario, por múltiples aspectos, una circunstancia que puede inducir al empresario a mejorar el proceso técnico de producción de mercancías y a adoptar las medidas de seguridad más eficaces.

Bajo el perfil de la distribución de productos dañosos, por ejemplo, atribuir a la empresa una responsabilidad “objetiva” no significa en absoluto dejar libre a la empresa para lanzar al mercado el mayor número de productos defectuosos. La magnitud del daño se refleja siempre —más allá de los criterios de imputación— sobre la gestión de la empresa, o, cuanto menos, sobre el nivel de las primas de seguro que la progresiva expansión del riesgo no haría más que aumentar. Ni la posibilidad de incluir en el precio el riesgo asegurado podría ser una buena razón para no prevenir —en los límites de la utilidad que a la empresa puede derivar— los eventos dañosos, dado que un incremento de los precios está ligado a relaciones de mercado que no se pueden subestimar (en términos de contracción de la demanda, de competencia, y así sucesivamente). No hace falta hacer hincapié sobre la publicidad “negativa” que la empresa obtendría distribuyendo sobre el mercado productos con alta potencialidad de daño (y por tanto de escaso valor)²⁴.

Considerado desde la perspectiva del ejercicio de actividades empresariales, el perfil “disuasivo” de las reglas de responsabilidad civil es absorbido por un mecanismo —propio de los sistemas tradicionales— que permite a la empresa continuar desarrollando su actividad, sin exponerse al control *in the plant*, pero garantizando a los dañados un resarcimiento seguro. Con el objetivo de complementar este mecanismo, que se plantea puntualmente en el análisis de cada sistema de responsabilidad fundada sobre el criterio de la culpa así como sobre el criterio del riesgo, se ha propuesto (por CALABRESI) recurrir, sea a los mecanismos de mercado (*general deterrence*) en modo de alejar del mercado aquellas empresas que no logren soportar el alto costo del resarcimiento de los daños, sea a una intensa y precisa legislación especial, dirigida a disciplinar las distintas actividades peligrosas (*specific deterrence*)²⁵.

22 Para una coherente ilustración de esta dicotomía de actividades dañosas v. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 3 y ss. (e già PACCHIONI, op. cit., p. 213 y ss.).

23 De estas críticas se hacen cargo JAMES-DICKINSON, *Accidents Proneness and Accident Law*, *Harv. L. Rev.*, n.º 63, 1950, p.770 y ss. refutando con firmes argumentos cada fundamento lógico (y práctico). Se requiere, sin embargo, tener en cuenta algunas críticas de quien identifica en el proceso de “monetización” de los daños, un fácil instrumento que la empresa emplea para proseguir el desenvolvimiento de sus actividades riesgosas (Cfr. GHIDINI, *Prevenzione e risarcimento nella responsabilità del produttore*, *RS*, 1975, p. 4 y ss.).

24 DORFMAN, *The Economics of Products Liability: A Reaction to Mc Kean*, in *38 V.Chi. L.Rew.*, 1970, p. 92 ss.; Se detiene sobre este problema también BUCHANAN, *In defence of “Caveat Emptor”*, *U. Chi. L. Rev.*, n.º 38, 1970, p. 72.

25 Los presupuestos de este análisis están esparcidos en varias contribuciones, y ahora organizados en una auténtica “premisa” hacia un “sistema” de compensación que encuentra en *The Costs of Accidents* un completo tratamiento (en particular Cfr. le 68-93 y

Proponiéndose, sin embargo, una noción de *specific deterrence* entendida como instrumento necesario para ejercitar un control sobre las actividades empresariales excesivamente riesgosas, no se hace otra cosa sino identificar una noción de disuasión del todo distinta de aquella tradicional. Con tal expresión, en realidad, se quiere resumir todo tipo de control que se expresa en forma de “prohibición” de actividades riesgosas, efectuado mediante la disciplina legislativa de las actividades industriales²⁶.

La *specific deterrence* involucra, por tanto, una valoración (política) de la utilidad de las actividades riesgosas que no puede reducirse, como es obvio, a la aplicación de las reglas de responsabilidad civil y, tanto menos, de reglas de derecho privado, comportando más bien una intervención legislativa (y del ejecutivo). Bajo la apariencia de la *specific deterrence*, se introduce así una serie de valoraciones que no corresponden más al operar de las reglas de responsabilidad.

Y es esta, por tanto, la prueba más evidente de la “falta de idoneidad” —actualmente definitiva— de las reglas de responsabilidad civil para ejercitar una función disuasiva eficaz. Sin embargo, a objeciones más graves está expuesta la primera vía identificada por CALABRESI.

Al respecto, resulta claro cómo la disuasión sea en realidad un “buzón”, un factor económico que el agente toma en consideración para valorar las ventajas y desventajas de su actividad. Transformada en un costo de la actividad dañosa, las veces en las que la disuasión induce al sujeto agente a considerar que las consecuencias de su operar son más desventajosas que los beneficios que le pueden derivar por la actividad ejercitada se tiene un control, por así decir, “inducido” (y fundado sobre mecanismos de mercado) de las actividades privadas. Siempre que, al contrario, las consecuencias dañosas no superen los beneficios, toda forma de disuasión será fácilmente superada por el deseo de obtener ventajas económicas.

Consecuencia inevitable de esta suposición racional es la constatación del hecho de que (al menos,

p. 174-197) sobre la base de un “examen realista del funcionamiento de los institutos jurídicos” (RODOTÀ, *Presentazione*, en la trad. it. del volumen, a cura de De Vita-Varano-Vigoriti, presentado por los ejemplares de Giuffrè, bajo el título de *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano: 1975, p. VII).

26 Cfr. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven e Londra, 1970, p. 95 y ss. (y las observaciones de P. TRIMARCHI, *Economia e diritto nel sistema della responsabilità civile*, PD, 1971, p. 353).

en líneas generales) las reglas de responsabilidad civil no cumplen una función disuasiva en la medida en que estas se enfrentan a estrategias opuestas de beneficio al “dañante”. Perfectamente coherente con las teorías de la “economía de bienestar”, esta forma de “general *deterrence*” traduce así en términos operativos²⁷ el compromiso (al cual se ha hecho referencia)²⁸ entre exigencias de tutela del público y estrategias de beneficio a la empresa.

Confianza a los mecanismos del mercado la tarea de circunscribir el número y ámbito de las actividades dañosas, en esta dirección se opera, sin embargo, una auténtica prohibición para el legislador de control de las actividades empresariales, que ni siquiera la adopción de directrices de “*specific deterrence*” (aisladas, en la tesis de CALABRESI, a la disciplina de diversas actividades específicas) logra impedir.

Perfectamente coherentes con las premisas a partir de las cuales este modelo de disciplina de las actividades dañosas tomó inicio, poniendo de manifiesto la inevitabilidad de la difusión de daños y la necesidad de limitar (no tanto la magnitud de los daños, sino más bien) el alto costo social de los sistemas de resarcimiento, las consecuencias de tal supuesto conducen, por ello, a la constatación de que (las reglas de responsabilidad civil no pueden más cumplir función disuasiva alguna y que) solo el operar de los mecanismos de mercado junto a la intervención legislativa limitada a determinados sectores puede ser tal de impedir la verificación de un número de daños tan alto que constituya un peligro para la misma sociedad.

La tesis de CALABRESI deviene también más clara si es examinada a la luz del “paradigma del juez Hand”²⁹. El enunciado del juez Learned Hand —sobre el cual se volverá— hacía responsable solo a quien hubiera omitido prevenir el daño aunque pudiera soportar un riesgo y un costo inferior a aquel soportado por la víctima del evento dañoso. CALABRESI y HIRSCHOFF invierten este paradigma, de modo que “los costos de un accidente serán asumidos por el dañante a menos que los costos de prevención del accidente por parte de la víctima sean menores a los del accidente”.

27 Cfr. NOEL, *Manufacturers' Negligence of Design or Directions for Use of a Product*, *Yale L. J.*, n.º 71, 1962, p. 816.

28 Cfr. NOEL, *Manufacturers' Negligence of Design or Directions for Use of a Product*, *Yale L. J.*, n.º 71, 1962, p. 816.

29 Véase, al respecto v. CALABRESI-HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, *Yale Law Journal*, 1972, especialmente, p. 1055 y ss.

Formulada en el ámbito de un sistema tradicional que —se ha dicho— era regido por el principio de “dejar las pérdidas donde estas recaigan”, la tesis del juez Hand conducía a la transferencia del riesgo (y del daño) solo si —bajo una comparación entre costos soportados por la víctima y costos soportados por el dañante para prevenir el daño— estos últimos fueran realmente resultados inferiores. CALABRESI y HIRSCHOFF parten, al contrario, del presupuesto que el dañante debe siempre inicialmente asumir el daño provocado a los terceros, pudiendo luego transferirlo sobre estos solo si se comprueba —a través de un cuidadoso análisis costo-beneficio— que los terceros habrían podido prevenir el daño de modo menos costoso. Sin embargo, solo en apariencia el riesgo es vertido sobre la empresa, dado que —a través de aquel mecanismo circular que se ha descrito— el costo se refleja, en definitiva, sobre el público: y es precisamente el público —según las consecuencias a las cuales lleva la aplicación de las teorías de CALABRESI— el que puede soportar los costos de la prevención del daño (o de su resarcimiento) pagando un módico precio adicional respecto al precio normal de los productos distribuidos en el mercado³⁰.

Aunque no pueda compartirse las extremas consecuencias a las cuales lleva la aplicación del modelo elaborado por CALABRESI, es cierto que las premisas son exactas. Una reformulación de los objetivos que se asignan a las reglas de responsabilidad civil en los ordenamientos actuales no puede, por ende, prescindir del enfoque de desvalorización establecido en materia de “sanción” del comportamiento ilícito, sea en materia de “afirmación de la potestad estatal” conexas a la violación de normas legales o finalmente en materia de prevención del daño. En la sociedad moderna, el fin fundamental de las reglas de responsabilidad pasa a ser, por tanto, la perspectiva resarcitoria³¹.

30 Esta “doctrina legal” es ahora enérgicamente criticada por POSNER, *Strict Liability: A Comment*, *J. Leg. Stud.*, 1972, p. 205 y ss., que sin embargo prefiere volver al modelo tradicional, antes que realizar una revisión de la tesis de CALABRESI. Las tesis de POSNER no me han parecido convincentes, y las he criticado en *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, cap. IV. Sobre el paradigma del juez Hand vuelve F. PARADISI, *Sviluppi dell'elemento soggettivo del Tort of negligence*, *RDC*, 1990, t. I, p. 545.

31 Prolongadamente acogido por una amplísima literatura, este supuesto no exige documentación; cada referencia bibliográfica no sería sino pleonástica: para una primera exploración del ámbito v. también RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano: 1967, (rist. inal.), p. 19 y ss. (y las páginas de GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, Milano: 1944, p. 134 y ss.). Se debe, luego, señalar la tesis central de

En línea de principio, conforme a las características esenciales de la sociedad de bienestar, estas tendencias de *compensation* no pueden aún ser plenamente alcanzadas. No todos los daños pueden ser considerados relevantes (sino solo aquellos “ilícitos” y conexos al ejercicio de las prerrogativas inherentes a la titularidad de situaciones subjetivas jurídicamente protegidas); no todos los daños comportan el deber de resarcimiento (operando, como es tradición, las causas de justificación y las causas de exclusión de la responsabilidad)³².

Ahora bien, es significativo que al interior de los criterios de responsabilidad “objetiva” se realice una distinción entre “responsabilidad *objetiva relativa*” (que supone la imputación al sujeto de todos los daños

los estudios de DAHAN, *Sécurité sociale et responsabilité*, cit., p. 18 y ss. que fundamental un verdadero y propio “derecho subjetivo a la seguridad” (cuya lesión comporta aún una mera “culpa”). Ello encuentra, además, amplia evidencia en las dos líneas de tendencia que parecen hoy combinar los diversos sistemas de resarcimiento operantes en los países continentales y de *common law*: de un lado se extiende el área del daño resarcible, en modo de conferir protección jurídica a intereses un tiempo descuidados [Cfr. la problemática del Persönlichkeitsrechte en la experiencia alemana (y, en particular, REMÉ, *Die Aufgaben des Schmerzgeldes im Persönlichkeitschutz*, 1962, p. 69 y ss.), las cuestiones de resarcimiento de las pérdidas económicas (sobre las cuales se volverá a continuación, en el § 12 pero Cfr. en adelante ATIYAH, *Negligence and Economic Loss*, *L. Q. Rev.*, n.º 83, 1967, p. 248) y las cuestionamientos sobre interpretación de la fórmula de injusticia del daño, que a la fecha dividen la doctrina italiana: cf. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ.*, *FP*, 1960, t. I, p. 1435; SCHLESINGER, *La “ingiustizia” del danno nell'illecito civile*, *J*, 1960, p. 347 y ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 79 y ss.; TRIMARCHI, “Illecito”, in *Enc. dir.*, XX, Milano: 1970, p. 99; TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970, p. 5 y ss.; BUSNELLI, *La lesione del credito*, Milano: 1964, p. 71 y ss.; BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano: 1967, e LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 73 y ss.]; de otro lado, se registra la tendencia a extenderse a todos los dañados (al margen de cualquier revisión sobre el “valor del interés lesionado”) el resarcimiento del daño, sin que pueda interferir sobre este la situación jurídica de la cual es titular la víctima (Cfr. sobre todo ATIYAH, *Accidents*, cit., p. 562 y ss.).

32 Sin embargo, a veces las causas de justificación, así como las incertidumbres a las que conduce la aplicación de los principios tradicionales transforman el sistema de resarcimiento en una *auténtica* lotería forense: al respecto, sumamente persuasivas son las observaciones de ISON, *The Forensic Lottery: A Critique on Tort Liability as a System of Personal Injurv Compensation*, London: 1967.

conexos a un determinado riesgo) y responsabilidad objetiva *absoluta* (con base en la cual se imputa al sujeto también el daño derivado de caso fortuito). Circunscrita —al menos en la actualidad— al ejercicio de actividades particularmente peligrosas, como las actividades nucleares, la responsabilidad objetiva absoluta señala el límite más allá del cual las reglas de responsabilidad no pueden operar. Estas son sustituidas por los sistemas de seguro social, que, en cada ordenamiento, son por el momento aplicados en sectores bien delimitados. Sin embargo, la transición de criterios de responsabilidad por “culpa” a criterios de responsabilidad objetiva relativa y a criterios de responsabilidad objetiva absoluta consolida una tendencia ahora irreversible, según la cual todos los daños sufridos por los particulares devienen fuente de resarcimiento, al margen de toda valoración de las circunstancias ante las cuales el evento dañoso se produjo.

En el momento en el cual se realiza esta función, la *compensation* decreta también el “declive” de las reglas de responsabilidad; y, en la medida en la que se acentúan los cometidos asistenciales asumidos por el Estado, los criterios de distribución del riesgo y del daño establecidos por las reglas de responsabilidad, son cada vez más dejados en segundo plano, para dar espacio a otros sistemas de resarcimiento³³.

V. Distribución de las pérdidas y de los costos

En un trabajo de John Fleming, con gran acierto famoso³⁴, se discuten los objetivos actuales de la responsabilidad civil y los “pro” y “contra” de los sistemas alternativos, por ejemplo, los sistemas de seguro social, y, en general, los sistemas *no-fault*. Fleming recoge, como evidencia del discurso, un amplio y co-

33 El supuesto había sido hecho propio por Williams, ya algunos decenios atrás, pero había permanecido en la sombra, en la discusión sobre las funciones actuales absueltas por los sistemas de resarcimiento, sobre todo por el persistente influjo ejercido por los principios acreditados por la tradición (Cfr. ampliamente WILLIAMS, *The Aims of the Law of Tort*, *Current Leg. Probl.*, n.º 4, 1951, p. 137 y ss. y VEITCH-MIERS, *Assault on the Law of Tort*, *Mod. L. Rev.*, n.º 38, 1975, p. 152 y ss.). Cfr. JORGENSEN, *The Decline and Fall of the Law of Torts*, *Am. J. Comp. L.*, n.º 18, 1970, p. 39 y ss., 53 (no hace falta, sin embargo, hipótesis en las cuales el “law of tort” reporta un auténtico crecimiento: Cfr. MILLNER, *Growth and Obsolescence in Negligence*, *Curr. Leg. Probl.*, 1973, p. 260 y ss.).

34 *C'è un futuro per i torts?*, trad. it. a cura de C. Rossello e R. Pardolesi, *RCDP*, 1984, p. 271 y ss.

nocido trabajo de Glanville Williams, que ha tenido mucho éxito incluso entre nosotros.

En 1951, Glanville Williams identificaba los objetivos de la responsabilidad civil con cuatro términos: *appeasement* (es decir, el objetivo de poner fin a la autotutela y remediar el hecho antisocial constituido por el ilícito); *justice*, entendiéndose sea la *ethical retribution*, o la *ethical compensation* (justicia retributiva, de un lado, y retribución para el agraviado, del otro lado); *deterrence* -término ahora familiar para nosotros- es decir, conjunto de las técnicas destinadas a desincentivar las actividades dañosas; y, *compensation*, verdadero y propio resarcimiento, en forma específica o en dinero.

No obstante, dado que la responsabilidad civil intenta de esta manera correr sobre varios caballos simultáneamente, pese a que tarde o temprano deba elegir solo uno de ellos, Williams concluía observando que solo los últimos dos objetivos son hoy relevantes: el primero para los actos ilícitos dolosos, y el segundo para todos los otros actos.

Es precisamente sobre la compensación que Fleming centra su atención. ¿Hasta qué punto, entonces, han cambiado los objetivos de la responsabilidad civil desde el punto de vista del resarcimiento del daño?

Efecto preventivo, disuasivo, y de venganza psicológica son todos aspectos ahora desfasados: cabe cuestionarse, observa hábilmente Fleming, si la responsabilidad civil no ha fracasado en perseguirlos, siendo hoy son superados por la combinación responsabilidad civil-seguro, aunque permanezca aún algún tenue rastro de dichos objetivos. ¿Algún ejemplo? La praxis en materia de seguros dirigida a aumentar los precios de las primas en función al número y la magnitud de los siniestros provocados por el asegurado, es decir, con la amplitud del riesgo cubierto.

Pero existen objetivos ulteriores que Glanville Williams, cuarenta años atrás, no había considerado:

- a) La publicidad negativa de los procedimientos de responsabilidad civil (como ha señalado otro autor, el “efecto *Ombudsman*” de la responsabilidad civil). Con la velocidad de la información hoy en día alcanzada por la técnica, y con la sensibilidad por los intereses del consumidor, las grandes y medianas empresas tienen interés en prevenir el daño o satisfacer rápidamente a la víctima, antes que confiar a los medios masivos la noticia del incidente, liberándose así de

olas de curiosidad y de reacciones negativas por parte de los usuarios-consumidores;

- b) La eficiente distribución de las pérdidas. Aunque muy discutido, este objetivo es uno de los pilares fundamentales del área del *common law*, y hoy también se encuentra acreditado entre nosotros. El mecanismo resarcitorio sirve para transferir el riesgo al sujeto que está en mejor grado de soportarlo, o sobre el sujeto que, pudiendo mejor que otros recurrir al seguro, puede también concurrir para distribuir el riesgo entre toda la colectividad. Se enfrentan en este punto las tesis de POSNER, CALABRESI, SHAVELL, y otros, en lo referente a los criterios con los cuales opera esta distribución. Observa correctamente Fleming: “El aspecto más problemático del planteamiento de CALABRESI, como el de POSNER, es naturalmente la suposición de la racionalidad del comportamiento humano. El control del mercado, no más que la eficacia de los sistemas de control de los costos, provee verosimilmente una contribución sustancial a la prevención de los accidentes - meta reconocida de ambas teorías económicas”. Como dice muy bien ENGLARD, “el tenaz apego a la noción de elemento disuasorio de mercado parece ser un desesperado intento por mantener un sistema ideal de freemarket en un mundo decididamente encaminado a la socialización”.

Valiéndose de los resultados más recientes de las investigaciones comparativas como la de André Tunc y de las investigaciones oficiales, como la de la Pearson Comission, Fleming identifica otros objetivos de la responsabilidad civil;

- c) La reducción de los costos de transacción, operada por los sistemas *no-fault* respecto a aquellos tradicionales;
- d) La distribución correcta de los costos (“solo la culpa justifica la imposición de las pérdidas al demandado”), operada mediante la “colectivización” de las pérdidas, según secuencia daño-responsabilidad, seguro-precio del producto o del servicio.

Fleming no elige un solo caballo: considera que es oportuno dar el premio a uno o al otro, según la utilidad (social y económica) perseguida; en otros términos, se inclina por la coexistencia de varios objetivos y de varios sistemas de resarcimiento.

VI. El paradigma del juez Hand y la simulación del mercado

La culpa, entendida como inobservancia de la diligencia ejercitada por el hombre promedio prudente y atento ha sido el criterio de imputación dominante en la disciplina de la responsabilidad civil por más de un siglo y medio [...] en la mayor parte de los países; y los accidentes, en particular aquellos determinados por un comportamiento culposo, constituyen el sector más extenso de las causas que se discuten ante las cortes de cada país. Y, sin embargo, no ha sido todavía elaborada una teoría dirigida a explicar la función social del concepto de culpa, y del sistema de responsabilidad por los accidentes que se ha construido sobre este³⁵.

Con esta evaluación general de la evolución de la responsabilidad civil, y con la revelación de un fenómeno (aquel de la incesante difusión de los daños) que denuncia uno de los aspectos más inquietantes de las sociedades en las que el capitalismo ha alcanzado madurez, se abre paso un amplio trabajo que Richard POSNER dedica a la teoría de la culpa. El juicio formulado en orden a la denominada “función social” de la culpa, y que, tras la pantalla de las expresiones genéricas, alude al rol desempeñado en el siglo pasado por los criterios de responsabilidad, puede parecer provocador. Una literatura realmente importante se ha asegurado de dar respuestas adecuadas a las interrogantes que POSNER se plantea; en el área del *common law*, como mínimo, tales interrogantes pertenecen a una fase de elaboración teórica de la responsabilidad civil que comúnmente se considera acabada³⁶.

35 R. POSNER, *A Theory of Negligence*, *J. Leg. Studies*, n.º 30, 1972.

36 En particular Cfr. los estudios de CALABRESI, ahora reelaborados en *The Costs of Accidents*, cit. (trad. it. 1975, con la presentación de S. RODOTÀ, para los ejemplares de la Giuffrè); de ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, cit. y de GREEN-SMITH, *Negligence Law, No-Fault and Jury Trial*, 51 *Tex. L. Rev.*, n.º 111 (1972-73), p. 207 y ss. y IV, p. 825 y ss.; los estudios de P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., y sobre los criterios de distribución del riesgo contractual, el *RTPC*, 1970; S. RODOTÀ, *Presentazione*, a CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975, n.º VIII. Una lúcida síntesis de las orientacio-

El propósito de POSNER es precisamente el de reabrir interrogantes ya apaciguadas, reintroducir dudas desde hace tiempo disipadas y formular soluciones contrarias a aquellas generalmente acogidas.

Las adquisiciones logradas por los análisis más recientes en materia de ilícito pueden sintetizarse en algunos supuestos que expresan la problemática evolución propia de este sector del derecho privado.

Particular interés revisten, por tanto, aquellas tesis que sin rechazar las posiciones tradicionales parten de un nuevo enfoque de método para llegar a conclusiones que parecen un auténtico “retorno al pasado”. Se debe a Richard POSNER la sistematización, en una construcción aparentemente racional, de esta revisión³⁷.

nes de la doctrina en la materia es ofrecida, actualmente, por GAMBARO, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, RCP, 1975, p. 375 y ss; en esta línea se mueve, actualmente, la doctrina más advertida: Cfr. en diversa perspectiva, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 12 y ss.; P. TRIMARCHI, *Rischio*, cit., p. 21 y ss.; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Studi in memoria di A. Torrente*, Milano: 1968, p. 1104 y ss.; M. BESSONE, *Responsabilità civile, assicurazione e costo sociale dell'illecito*, DM, 1975, p. 187 y ss. (pero Cfr. también TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in LIPARI, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 213 y ss.; COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit.). Un reseña crítica de las diversas posiciones de la doctrina, en el ámbito de la evolución de los criterios de responsabilidad subjetiva a la elaboración de criterios objetivos de imputación es elaborada por ALPA-BESSONE, *La responsabilità civile. Illecito per colpa, rischio d'impresa, assicurazione*, cit., capp. VII y VIII) (y a superar, por lo tanto, el principio tradicional “ninguna responsabilidad sin culpa”; v. M. BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico tecnologico*, PD, 1973, p. 777 y ss. (y limitado al sector de la responsabilidad del productor), G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, vol. 197-5, p. 21 y ss.; P. TRIMARCHI, *Economia e diritto nel sistema della responsabilità civile*, cit., p. 353 y ss. *Contra* DE CUPIS, *Problemi e tendenze della responsabilità civile*, RDCo, 1970, p. 95 y ss., quien considera que la tesis tradicional merece todavía ser conservada.

37 Además del trabajo fundamental dedicado precisamente a la *Theory of negligence* que el autor propone, se requiere señalar la *Strict Liability: A Comment*, in *Journal of Legal Studies*, 1972, p. 205 y ss., donde POSNER lleva a cabo un análisis crítico de la tesis de CALABRESI y HIRSCHOFF, Epstein y Fietcher; y sobre todo el volumen en el cual POSNER recoge los primeros importantes resultados del método de investigación interdisciplinario que ha teorizado, y aplicado a los diversos sectores del common law y del commercial law, de la disciplina de la propiedad a aquella de

¿Cuáles son los objetivos de fondo de las investigaciones de POSNER?, ¿y cuáles son los instrumentos de análisis?

Los objetivos se pueden identificar, de manera resumida, en dos puntos esenciales:

- a) Crítica de la reconstrucción histórica de la disciplina de la responsabilidad realizada por la doctrina reciente.
- b) Elaboración de un sistema de reglas jurídicas lo más fiel posible a las directivas del mercado.

El método es aquel del análisis económico del derecho, ampliamente teorizado por el autor, y adoptado, en parte, por CALABRESI y ATIYAH. Este consiste en alcanzar, a través de la definición de reglas jurídicas, el resultado del funcionamiento óptimo del sistema de resarcimiento, eliminando, en cuanto sea posible, la resistencia y los obstáculos propios de cada sistema en el cual no se reflejen las directivas del mercado.

Sobre la base de estas premisas, son precisamente revertidas todas las adquisiciones que parecen ya definitivas. Para ser más concretos, un análisis de las decisiones de las cortes de apelación norteamericanas en el periodo 1875-1905 conduce (según POSNER)³⁸ a una radical negación del presupuesto según el cual el criterio de la culpa desempeñaba, en aquel periodo, una función de apoyo de la industria, favoreciendo el proceso de “externalización” de los costos de los accidentes internos y externos a la empresa. Al mismo tiempo, la relectura de las páginas ahora clásicas de autores de la época (y en lo que nos ocupa, aquellas de Holmes) induce a POSNER a creer que, en aquel entonces, la función resarcitoria no fuera la finalidad esencial de los sistemas de responsabilidad sino que esta constituyese más bien solo uno, entre los distintos factores que permitían lograr un compromiso aceptable entre el “nivel de seguridad” y el “nivel de los accidentes”. Se debe observar que el significado subjetivo y “ético” de culpa fuese al poco tiempo abandonado por un significado rigurosamente objetivo, típico de cada estándar objetivo con el cual medir y valorar el comportamiento ilícito³⁹.

Un paciente reconocimiento de los casos que, en aquel periodo, ocuparon a las cortes con un duro tra-

los torts y del contrato, de la publicidad comercial a la legislación antitrust (*Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1973). Por último, v. *l'Observation: The Economic Approach to Law*, *Texas Law Review*, 1975, p. 757 y ss.

38 POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., p. 36 y ss.

39 POSNER, *op. ult. cit.*, p. 34 y ss.

bajo de sistematización de las reglas de responsabilidad, acompaña a la formulación de estos presupuestos, por lo más referida al modelo de interpretación del fenómeno del ilícito propuesto, a su tiempo, por el juez Learned Hand. Como bien se sabe, sobre la base de tal modelo, se reconocía la existencia de culpa por parte del agente solo en la medida en la que resultara que el daño sufrido por el actor era grave, las probabilidades del evento eran considerables, y poco costosas las medidas para prevenirlo. No obstante, era suficiente probar que el sacrificio asumido por la víctima era inferior en comparación al sacrificio soportado en abstracto por el demandado para prevenir el evento, para descartar sin más el resarcimiento. De ello deriva la conclusión que en aquel entonces la función dominante de la responsabilidad no coincidía con un amplio resarcimiento para las víctimas, sino más bien con una garantía en perspectiva económica de un nivel óptimo de accidentes y de “medidas de prevención”. En definitiva, los daños eran impuestos al demandado “en función a los resultados de la evaluación del costo del accidente”⁴⁰.

De este modo, no le resulta difícil (a POSNER) reiterar el presupuesto de que los principios de responsabilidad no estaban alienados a postulados éticos, y que correspondía al sistema económico, en su conjunto, establecer los niveles tolerables de accidentes, y los estándares de seguridad exigibles.

Y el autor cree poder documentar esta tesis con el examen de las sentencias emitidas por las cortes de apelación en el último cuarto de siglo. La elección de las decisiones de la corte de apelación está justificada por el hecho que estas constituyen “la punta de un iceberg” conformado por las *trial decisions*, generalmente motivadas de hecho, presentando por tanto un carácter menos probatorio respecto a las decisiones apeladas, motivadas en derecho⁴¹. Adoptando el método de recopilación por muestra, POSNER descubre así que, en más de 1494 casos considerados, el 54 % concierne a eventos dañosos ocurridos entre personas no ligadas por vínculo alguno, el 30 % corresponde al acaecimiento de los accidentes de trabajo, el 12 % concierne a casos de accidentes viales o ferroviarios, mientras el 4 % es cubierto por los accidentes ocurridos en el desenvolvimiento de una relación contractual entre partes (en su mayoría, y daño a los arrendatarios).

El 90 % de los pronunciamientos comprende finalmente las hipótesis de responsabilidad en las cuales

40 Sobre el “paradigma” del juez Hand v. ahora las observaciones críticas de CALABRESI-HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, cit., p. 1055.

41 POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., p. 35.

los costos de transacción son tan altos que impiden cualquier acuerdo entre las partes en cuestión. (De allí la conclusión que el juicio de responsabilidad interviene solo cuando los costos de transacción son muy altos). La exiguidad de las apreciaciones mediadas entre las partes vinculadas por una relación comercial avanzada se justifica al contrario con el hecho que normalmente los contratos prevén cláusulas de “administración” de los eventos dañosos futuros, que las partes disciplinan en el marco de sus intereses⁴².

¿Qué aplicación reciben, en los casos de la muestra, los principios del *common law*? A sentir de POSNER, estos se cumplen de modo puntual. Normalmente, los parámetros de diligencia con los cuales se mide la conducta del demandado son elaborados sobre el modelo del hombre promedio, al cual se puede pedir solo la observancia de un *debido cuidado* razonable. Sin embargo, no faltan las excepciones. Una de las más relevantes está dada por el régimen de responsabilidad del transportista común, normalmente identificado, en estos tiempos, en relación a las empresas de transporte ferroviario. Al transportista común, en realidad, se requiere la máxima cautela en el ejercicio del transporte, desde el momento en el que solo este puede prever (y por tanto prevenir) los accidentes ferroviarios, mientras los pasajeros confían en su habilidad; y, más aun, porque el transportista común parece ser la única causa de accidentes que, de otro modo, no podrían producirse. Por ello, responde a los requerimientos del público el exigir que sean salvaguardados los máximos niveles de seguridad en el transporte⁴³.

Los principios ahora enunciados permiten a POSNER formular dos conclusiones. Según la primera, se sostiene que la violación de un *standard* de cuidado previsto por la ley constituye una negligencia per sé, y exonera por lo tanto al dañado de la prueba de la culpa del demandado; de acuerdo a la segunda, no se puede hacer de cargo del demandado, sobre la base del criterio de la diligencia media, no haber adoptado las medidas de seguridad o de prevención del daño excesivamente costosas. Traducido en fórmulas económicas, esta conclusión es entendida en el sentido que el mercado desincentiva la adopción de nuevas y mejoradas técnicas de prevención de los daños aunque las ventajas que deriven excedan los costos asumidos. Llegado a extremas consecuencias, este principio permite luego negar el resarcimiento a la víctima que haya concurrido con su comportamiento culposo a crear el daño.

42 POSNER, *op. ult. cit.*, pp. 37-38.

43 POSNER, *op. ult. cit.*, p. 39.

Sería difícil, observa POSNER, afirmar que el acogimiento de la acción por daños pueda también en este caso elevar el nivel de seguridad hasta límites óptimos. Si se optara por la solución opuesta, se alcanzaría un resultado que a POSNER parece absolutamente irracional: la “clase” de los demandados sería inducida a adoptar las medidas de prevención incluso en la hipótesis en la cual el evento dañoso supusiera para esta un costo inferior a aquel voluntariamente asumido; por el contrario, la “clase” de los actores sería inducida a disminuir sus precauciones, en cuanto segura de obtener el resarcimiento del daño. En ambos casos se trataría de decisiones anti-económicas, no homologables por las normas jurídicas⁴⁴.

El alcance de estas conclusiones es, por así decirlo, excesivo en materia de accidentes de trabajo. En estas hipótesis no se aplica la regla “*respondeat superior*” si el dependiente ha sido negligentemente o intencionalmente dañado por un colega de trabajo; y la culpa, incluso mínima, del prestador descarta toda responsabilidad a cargo del empleador.

Una minuciosa casuística, acompañada de estadísticas, se encarga de descifrar las tendencias de la jurisprudencia en referencia a cada categoría de daño y a cada situación en la cual el daño se verifica⁴⁵. Organizándolo en un sistema, POSNER está entonces en grado de formular algunos principios que dirigen el análisis de la responsabilidad civil hacia direcciones absolutamente inesperadas. En breve, las conclusiones pueden plantearse de la siguiente manera:

- a) El sistema de responsabilidad civil, tal como se desprende de las sentencias examinadas, está caracterizado por ser absolutamente “apolítico”.
- b) Este está regido por el principio de que cada parte está motivada por su propio “interés económico”.
- c) Maniobrando estos intereses, y creando “incentivos económicos para cada una”, el sistema las exonera de la tarea de instituir un aparato gubernativo necesario para indagar las causas y las formas de los accidentes.
- d) El conflicto de intereses de los privados impulsa a las partes (en competencia entre ellas) a presentar al juez el máximo de información,

permitiéndole acercarse con casi absoluta certeza a la verdad de los hechos.

Este último supuesto introduce ulteriores conclusiones, todas referidas al análisis económico de las estructuras jurídicas.

- e) La situación que se crea entre las partes en cuestión puede ser asimilada a la situación de mercado, en la cual están en conflicto empresarios por conseguir los mismos intereses;
- f) En la determinación de las tendencias de la jurisprudencia, no es posible identificar una clara intención de favorecer la expansión industrial, sino más bien la tendencia a moldear el ordenamiento según las directivas del mercado.
- g) Las reglas de responsabilidad elaboradas por las cortes parecen concebidas para alcanzar el nivel óptimo de accidentes y estándares de seguridad.
- h) Las orientaciones procedentes de las leyes ordinarias están al contrario destinadas a frenar el desarrollo industrial con la introducción de medidas a favor de los agricultores y los obreros.

Expuestos de manera esquemática, los resultados alcanzados por el análisis de POSNER podrían dar lugar a dudas, cuanto menos por estar alejados de las pruebas, por así decir, documentales que el autor ofrece en sustento de su tesis. Diversamente descritos y organizados por los comentaristas, estos constituyen más bien un auténtico sistema alternativo a aquel propuesto por la doctrina más reciente, en la medida en la que tienden a demostrar que la teoría de la culpa puede desenvolver todavía hoy un rol central en todo sistema compensatorio, que los criterios de responsabilidad objetiva no conducen a resultados apreciables, y que, finalmente, los modelos interpretativos actuales de la evolución de la responsabilidad civil son fruto de una verdadera y propia hipótesis de las posiciones ideológicas de los autores que las han elaborado; pero que precisamente por ello parecen bastante lejanas de la realidad y de la experiencia histórica.

En presencia de una serie de datos y de información tan imponente, es difícil formular objeciones y críticas, las cuales que podrían parecer más, por lo general, ser consecuencia de un planteamiento fundado en opciones contrarias de política de derecho, antes que un consciente análisis de los fenómenos mencio-

44 POSNER, *op. ult. cit.*, p. 40.

45 POSNER, *op. ult. cit.*, pp. 40-72.

dados. Aun así, es posible partir de algunas observaciones para realizar un primer intento de valoración de las tesis formuladas por POSNER. Esta tentativa puede articularse en dos puntos esenciales: de un lado, la discusión de los resultados obtenidos por POSNER; del otro, la discusión del método que él adopta.

En cuanto al primer aspecto, no se puede pasar por alto que muchos de los “aforismos” que se han mencionado parecen poco persuasivos. Una literatura amplísima ha demostrado mediante directivas unívocas, que el principio de la responsabilidad por culpa desarrolló en el siglo pasado una importante función de sostén del sistema económico⁴⁶.

No faltan sentencias, rápidamente elevadas a precedentes *leading*, que documentan con exactitud el significado (económico) que las cortes norteamericanas asignaron a los principios de responsabilidad objetiva⁴⁷.

El hecho de que, en el periodo considerado, las cortes (según POSNER) se mostraran indiferentes “al nivel de seguridad óptimo”, concretamente, el que no evidenciaran algún favoritismo por la industria no es de por sí un buen indicio para pasar por alto la “misión” que estas asumieron en régimen de *laissez faire*. Sin considerar, además, que el periodo considerado (de 1875 a 1905) no es particularmente significativo, desde que al final del siglo la “*infant industry*”, viviendo su segunda revolución, había ya alcanzado posiciones tales en el sistema económico como para no pretender más obtener algún privilegio particular, estando por ende en grado de asumir aquellos costos y cargas de gestión de que, anteriormente, era liberada para no comprometer la estabilidad del mercado.

No se debe olvidar que precisamente en este periodo aparecen las primeras formas de capitalismo monopolístico. De aquí la lograda “indiferencia” de la indus-

tria a todo régimen de responsabilidad civil: régimen, por lo demás, de diverso modo administrado por las empresas mediante el empleo de contratos estándar que codifican y legitiman su “poder normativo”.

Resulta difícil, luego, afirmar que la legislación en materia de accidentes de trabajo obstaculizaba el desarrollo de la industria. Las reconstrucciones históricas de los diversos intentos de introducción de las primeras formas de legislación social demuestran que aquellas disposiciones fueron aprobadas en medio de graves dificultades, y con la finalidad principal de controlar, concediendo algunos favores a las clases desfavorecidas, los desacuerdos entre las fábricas y los organismos sindicales. Recuerda POSNER que, en este sector, “el iter de los procedimientos judiciales que eran necesarios para obtener el resarcimiento era muy extenso; las presiones que se ejercitaban sobre el trabajador dañado eran graves a fin de que concluya el procedimiento y así pudiese continuar hacia adelante con su labor; sumamente altos eran los honorarios de los abogados y los otros gastos que, frecuentemente, les dejaba solo una mínima parte de la suma que lograban obtener”. Además, “los primeros intentos legislativos de regular la materia sufrieron una verdadera y propia evasión por parte de las cortes, que continuaban afirmando que el trabajador prestaba su labor a propio riesgo, esto es, el riesgo de que el empleador violara la ley”⁴⁸. De tal modo que un verdadero y propio sistema uniforme y extenso de resarcimiento de los accidentes solo pudo entrar en vigor muchos años después, en el tercer decenio del nuevo siglo: prueba más evidente por tanto, que, en abstracto conflictiva con los intereses de la empresa, la legislación social, en concreto, comenzó a operar muchos decenios más tarde sin contrastar, por lo tanto, con las directrices del mercado.

Sin embargo, es precisamente de lo aceptado por POSNER que se puede inferir conclusiones del todo distintas de aquellas a las cuales él arriba. El conflicto de los intereses privados, a resolverse según las directrices del mercado, es el signo más evidente de la conformidad del sistema jurídico al régimen de *laissez faire*, donde prevalece el individualismo exacerbado, el “derecho de los iguales” que confía a los recursos de cada quien la posibilidad de prevalecer sobre sus “competidores”. De ello surge un sistema de privilegios para la parte institucionalmente más “fuerte”, destinado a ser encubierto solo con el surgimiento de las sociedades de masa, en las cuales estos privilegios adquieren formas más sofisticadas. Se trataba de un sistema que

46 Para todos, ver GREEN, *Traffic Victims*, Evanston, Ill.; 1958, p. 10 y ss. (y aún a GREGORY, *Trespass to Negligence to Absolute Liability*, *Virginia Law Review*, 1951, p. 357 y ss.

47 Sobre el particular, ver *Loose Buchanan*, N.Y. 576, 1871, que desmiente de modo ejemplar los presupuestos de POSNER: cf. la traducción integral en ALPA-BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., p. 99100; para el common law inglés, ver el caso *Winterbottom*, ver WRIGHT, 1842, 10 *M & W*. 109, 152 Eng.Rep. 402, se ha convertido ahora en la posición común también en la literatura italiana (Cfr. ALPA-BESSONE, *La responsabilità civile*, cit., pp. 80-82, M. BESSONE, *Progresso tecnologico, prodotti dannosi e controlli sull'impresa*, PD, 1972, p. 212 y ss.; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa*, cit.

48 PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, St.Paul, Minn: 1964, p. 554.

sustraía a controles externos las actividades de los privados. Y, precisamente, el “paradigma” del juez Hand, desde esta perspectiva, asume la connotación de símbolo del sistema. ¿Con qué fundamento, por lo tanto, sostener que el sistema de resarcimiento y, en general, la disciplina de la responsabilidad civil, estaban privados de cualquier connotación ideológica?

Observaciones no menos críticas se pueden plantear al método del análisis económico del derecho que POSNER propone. A este propósito, se requiere, en primer lugar, disipar algunos equívocos que podrían crearse en el empleo de fórmulas genéricas como las de “análisis económico del derecho” o “aproximación económica a las instituciones jurídicas”. En el sistema elaborado por POSNER, estas fórmulas no expresan solamente la simple aplicación de las categorías económicas a los fenómenos jurídicos en sentido amplio. En otros términos, no se plantea solo un análisis del significado económico de las reglas de derecho; porque, de otro modo, se recorrería la vía ya señalada por una imponente literatura. El presupuesto fundamental a partir del cual tiene lugar este nuevo método de investigación reside más bien en la constatación que los “individuos actúan como maximizadores racionales de su satisfacción” incluso en el campo de los actos jurídicos⁴⁹. CALABRESI elabora, por el contrario, un sistema de análisis de la responsabilidad civil según los esquemas de la “economía del bienestar”, que no constituye “una óptima propuesta, al menos en el sentido de la identificación de una vía que excluya las otras”⁵⁰, sino más bien un programa de intervención móvil; la intervención legislativa, según CALABRESI, es admisible (y oportuna) solo para alcanzar la finalidad de *general deterrence*⁵¹.

¿En qué momento, se pregunta POSNER, las partes en conflicto cesarán su litigio? Solo en el momento en el que alcancen un acuerdo tal que pueda satisfacer las exigencias opuestas de “*ophelimity*”. Dirigidas por criterios de racionalidad, las partes adoptan de tal manera un comportamiento equivalente al de las decisiones tomadas en campo económico en condiciones de incertidumbre. De aquí la conclusión que, si se aplican los instrumentos del análisis económico a la investigación del comportamiento de las partes litigantes, se evidencia que “en el curso del procedimiento estas se comportan como si fueran maximizadores racionales: criminales, partes contrayentes, conductores de auto-

móviles, acusadores y otros individuos sujetos a la ley o involucrados en procedimientos legales actúan, en relación al ordenamiento, como si fueran inteligentes (aunque no omniscientes) maximizadores de su satisfacción” como “verdaderos y propios consumidores, ellos economizan la adquisición de bienes y servicios cuando los precios aumentan, y la incrementan cuando los precios bajan”. Traducida en fórmulas menos ásperas, esta regla se expresa en la consideración que la agudización de las sanciones ejercita una función preventiva del ilícito, mientras su mitigación produce necesariamente el efecto contrario⁵².

Una serie de observaciones sociológicas permiten así a POSNER enunciar el principio que, incluso inconscientemente, los individuos se mueven en el mundo del derecho, sujetándose a los criterios del *homo economicus*, de modo que se legitima la aplicación de las reglas económicas también al “*formally non-economic market*” del sistema legal⁵³.

Algunos enunciados fundamentales concurren a precisar este supuesto: a) el ordenamiento jurídico ha sido desde siempre influenciado por la exigencia de perseguir la eficiencia económica: las reglas de administración de la propiedad, de determinación de la responsabilidad, los procedimientos promovidos para resolver controversias legales, y los métodos para delimitar el daño resarcible, son todos factores que en los que se registra un uso de las reglas jurídicas bajo la perspectiva de la más racional y económica distribución de los recursos⁵⁴; b) el análisis económico puede ser un instrumento útil para diseñar reformas al ordenamiento jurídico. La mayor parte de las áreas del *common law*, según POSNER, está dirigida por reglas indiferentes a su significado económico y, a veces, absolutamente antieconómicas; se perfila entonces la necesidad de una revisión de estas también para alcanzar objetivos de “eficiencia económica”.

La conclusión definitiva a que arriba POSNER es que, dadas las premisas *sub a)* y *sub b)*, el ordenamiento jurídico debe ser inspirado por reglas de eficiencia económica, y tender por ende a la maximización de las satisfacciones individuales; e incluso que parece preferible, justificable y por lo tanto perfectamente legítimo, fundar las reglas jurídicas exclusivamente sobre las directivas del mercado. De distinta forma, estos supuestos figuran en numerosos análisis que la literatura norteamericana reciente ha dedicado a la disciplina de

49 POSNER, *Observation*, cit., p. 761.

50 Así, S. RODOTÀ, *Presentazione*, cit., p. IX.

51 Cfr. CALABRESI, *Costo degli incidenti*, cit., p. 102 y ss. Y las observaciones de S. RODOTÀ, *Presentazione*, cit., X e XI, y de P. TRIMARCHI, *Economia e Diritto*, cit., pp. 359-360.

52 POSNER, *Observation*, cit., p. 761.

53 POSNER, *Observation*, cit., p. 763.

54 POSNER, *Observation*, cit., p. 764.

la responsabilidad civil, y, más en general, a las relaciones entre “Economía” y “Derecho”⁵⁵, pero no habían sido jamás formulados de manera tan radical. De aquí, una nutrida serie de objeciones y críticas de las cuales aún así el mismo Posner se hace cargo, sin, por otro lado, cambiar en nada su modelo de investigación.

No se pueden acoger, según Posner, las críticas –consideradas genéricas y privadas de consistencia– con las cuales se ha querido golpear el centro su sistema, considerando que este último plantea una “lectura” de las normas jurídicas a través de la lente deformada del economista; que la imperfección de la ciencia económica no permite tampoco examinar los fenómenos del mercado, y, por ende, con mayor razón, los fenómenos que son objetos de análisis de otras disciplinas; y que, incluso, un sistema como el de Posner, así sólidamente vinculado a la teoría paretiana del “óptimo”, replantea el empleo de modelos económicos desde hace tiempo superados, y no aplicables a las categorías jurídicas⁵⁶.

Tampoco merece relevancia, según Posner, la objeción de quienes, criticando los presupuestos teóricos del utilitarismo, consideran que este se encuentra destinado a caer, arrastrando consigo también los instrumentos del análisis económico del derecho. Esta última objeción, Posner cree poder superarla advirtiendo que el comportamiento, por así decir, “jurídicamente relevante” de los individuos se inspira precisamente de aquellos postulados utilitaristas a los que se pretende negar función alguna.

No obstante, Posner es de parecer que no dan en el clavo ni siquiera las otras objeciones que, más consistentes que aquellas hasta ahora examinadas, ponen en duda la científicidad de su método. La primera está fundada en una consideración obvia: el comportamiento del individuo deriva de una pluralidad de motivaciones, que no pueden todas ser explicadas en términos económicos ni desatendidas en ventaja de aquellas que son de manera más directa influenciadas por valoraciones económicas. A esta crítica, el autor cree poderse sustraer invocando los caracteres de abstracción que son propios de cada método de análisis: “La falta de realismo no invalida una teoría, esta constituye, al contrario, un presupuesto esencial de aquella teoría”; y, evidenciando que, en definitiva, los aspectos negativos de una teoría no pueden restar validez a su intrínseca coherencia sino,

más bien, pueden ejercer una función de incentivo para redefinirla con mayor exactitud.

La segunda crítica, entre todas la más insidiosa, denuncia las finalidades políticas, o, más exactamente los presupuestos ideológicos que, de modo oculto, impregnan al enfoque económico del derecho teorizado por POSNER. Lejos de presentar el carácter de “apolítico”, como su partidario quisiera hacernos creer, la tesis de POSNER deriva de los presupuestos típicos del liberalismo económico, que terminan por darle una huella conservadora a todo el sistema así elaborado⁵⁷.

La respuesta del autor a estas críticas es extremadamente débil: reivindicar la autonomía de los economistas, y observar que conducir un análisis económico de determinados fenómenos relevantes en el mundo del derecho no significa indicar cómo aquellos resultados deben ser utilizados, y aún menos, afirmar que aquellos resultados deban alcanzarse a través de una normativa del todo ajustada a las directrices del mercado; es una respuesta que, al menos en parte, contradice las premisas del análisis propuesto.

Perseguir objetivos de “eficiencia económica” en la investigación de las estructuras jurídicas no significa otra cosa que presagiar y delinear proyectos de reforma de dichas estructuras en función a las premisas ideológicas en las que la búsqueda de la eficiencia económica se inspira. El mismo POSNER termina por aceptar esta conclusión, cuando observa que el término “justicia” (en función de la cual se debería uniformizar el ordenamiento jurídico) puede también ser entendido como sinónimo de “eficiencia”: “no es sorprendente” —advierte— “que en un mundo en el cual los recursos son escasos, su desperdicio sea considerado un acto inmoral”; por lo cual, “la demanda de justicia no prescinde de sus costos”⁵⁸.

VII. Referencias bibliográficas

ALPA (1975), *Sistemi di compensation e nuove tendenze della responsabilità civile*, RTPC.

ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano.

ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*.

ATIYAH (1967), *Negligence and Economic Loss*, *L. Q. Rev.*, n.º 83.

55 Significativa, a este respecto, la reformulación de los esquemas elaborados por CALABRESI, realizada por Atiyah: sobre el punto ver ALPA, *Sistemi di compensation e nuove tendenze della responsabilità civile*, RTPC, 1975, n.º 9, p. 1586 y ss.

56 POSNER, *Observation*, cit., p. 772 y ss.

57 En particular, ver POLINSKY, *Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's "Economic Analysis of Law"*, *Harvard Law Review*, 1974, p. 1655 y ss.

58 POSNER, *Observation*, cit., p. 778.

- ASCARRELLI, Tulio (1957), *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, Milano.
- BARCELLONA (1973), *Diritto privato e processo economico*, Napoli.
- BESSONE (1975), *Responsabilità civile, assicurazione e costo sociale dell'illecito*, DM.
- BESSONE (1973), *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico tecnologico*, PD.
- BESSONE (1972), *Progresso tecnologico, prodotti dannosi e controlli sull'impresa*, PD.
- BIGLIAZZI GERI (1967), *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano.
- BUCHANAN (1970), *In defence of "Caveat Emptor"*, *U. Chi. L. Rev.*, n.° 38.
- BUSNELLI (1964), *La lesione del credito*, Milano.
- CALABRESI-HIRSCHOFF (1972), *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, *Yale Law Journal*.
- CALABRESI (1970), *The Costs of Accidents*, New Haven e Londra.
- CASTRONOVO (2004), *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, DResp.
- DORFMAN (1970), *The Economics of Products Liability: A Reaction to Mc Kean*, in *38 V.Chi. L.Rev.*.
- GAMBARO (1975), *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, RCP.
- GHIDINI (1975), *Prevenzione e risarcimento nella responsabilità del produttore*, RS.
- GIUSIANA (1944), *Il concetto di danno giuridico*, Milano.
- GREEN-SMITH, *Negligence Law, No-Fault and Jury Trial*, *51 Tex. L. Rev.*, n.° 111.
- GREEN (1951), *Traffic Victims*, Evanston, Ill, 1958, (y aún a GREGORY, *Trespass to Negligence to Absolute Liability*, *Virginia Law Review*).
- ISON (1967), *The Forensic Lottery: A Critique on Tort Liability as a System of Personal Injurv Compensation*, London.
- JAMES-DICKINSON (1950), *Accidents Proneness and Accident Law*, *Harv. L. Rev.*, n.° 63.
- JORGENSEN (1970), *The Decline and Fall of the Law of Torts*, *Am. J. Comp. L.*, n.° 18.
- LIBERTINI (2005), *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, DResp, n.° 3.
- LIBERTINI (2008), *Relazione conclusiva. Le fonti del diritto commerciale*. Milano.
- LUCARELLI (1970), *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli.
- MAZZAMUTO, Salvatore (2007), *L'azione pubblica e i mercati*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cargo de Castronovo-Mazzamuto, t. III, Milano.
- MILLNER (1973), *Growth and Obsolescence in Negligence*, *Curr. Leg. Probl.*.
- NOEL (1962), *Manufacturers' Negligence of Design or Directions for Use of a Product*, *Yale L. J.*, n.° 71.
- PARADISI (1990), *Sviluppi dell'elemento soggettivo del Tort of negligence*, RDC, vol. I.
- POSNER (1972), *Strict Liability: A Comment*, *J. Leg. Stud.*.
- POSNER (1975), *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano.
- POSNER (1972), *A Theory of Negligence*, *J. Leg. Studies*, n.° 30.
- POLINSKY (1974), *Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's "Economic Analysis of Law"*, *Harvard Law Review*.
- REMÉ (1962), *Die Aufgaben des Schmerzgeldes im Persönlichkeitschutz*.
- RODOTÀ (1967), *Il problema della responsabilità civile*, Milano.
- RODOTÀ (1975), *Presentazione*, en la trad. it. del volumen, a cura de De Vita-Varano-Vigoriti, presentado por los ejemplares de Giuffrè, bajo el título de *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, VII.
- RODOTÀ (1975), *Presentazione*, a CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, vol. VIII, Milano.
- SACCO (1960), *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod civ.*, FP, vol. I.
- SCHLESINGER (1960), *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, J.
- SCOGNAMIGLIO (1968), *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Studi in memoria di A. Torrente*, Milano.
- VEITCH-MIERS (1975), *Assault on the Law of Tort*, *Mod. L. Rev.*, n.° 38.
- TRIMARCHI (1970), "Illecito", in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano.
- TUCCI (1970), *Il danno ingiusto*, Napoli.
- TUCCI (1974), *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in LIPARI, *Diritto privato*, Bari.
- WILLIAMS (1951), *The Aims of the Law of Tort*, *Current Leg. Probl.*, vol. 4.