

# No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I

## Not so Different: Redistributive Private Law versus the Myth of the Superiority of Public Law. Part I

Diego M. Papayannis\*

*Look into your book of rules  
and tell me what you see  
Are you all that different?  
Are you just the same as me?*

Luca Prodan, 1987

### Autor:

Diego M. Papayannis  
Universidad de Girona, España  
diegomartin.papayannis@udg.edu  
<https://orcid.org/0000-0002-0857-0580>

**Recibido:** 15-3-2021

**Aceptado:** 4-9-2021

### Citar como:

Papayannis, Diego M. (2022). No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 45, pp. 99-130. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.04>

### Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



Diego M. Papayannis

### Resumen

De acuerdo con una visión ampliamente aceptada, el derecho privado debe quedar al margen de la redistribución de recursos. Esta tarea debe dejarse al derecho tributario y al gasto público. En este artículo argumento que el derecho privado *puede contribuir* en esta tarea de modo significativo. Contra las objeciones usuales, intentaré mostrar que algunas de sus normas, en especial las relativas a la responsabilidad civil y los contratos, no son particularmente ineficaces o ineficientes en comparación con las alternativas propias del derecho público. Siendo esto así, el rechazo del derecho privado como un medio idóneo para la implementación de políticas redistributivas carece de fundamento.

**Palabras clave:** responsabilidad civil; contratos; redistribución; ineficacia; ineficiencia

### Abstract

According to conventional wisdom private law should be excluded from redistributive policies. Redistribution of resources should be carried out by tax law and public spending. In this paper, I argue that private law *can*

\* Con apoyo del proyecto «Los errores en la producción y en la aplicación del derecho» (PID2020-114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España). Agradezco los comentarios y sugerencias de Hugo Acciarri, Carolina Fernández Blanco, Esteban Pereira Fredes, Henry M. Reyes Garcés, Alexander Vargas Tinoco y los dos evaluadores anónimos de Doxa.

*contribute* to redistributive goals in a significant way. Against the usual objections, I try to show that some of its rules, especially those relating to tort law and contracts, are not particularly ineffective or inefficient as compared to public law alternatives. This being the case, the rejection of private law as proper means for the implementation of redistributive policies is unwarranted.

**Keywords:** tort law; contract; redistribution; ineffectiveness; inefficiency

## 1. INTRODUCCIÓN

Con algunas excepciones notables en la literatura, existe un amplio consenso en que la redistribución del ingreso es un objetivo social legítimo<sup>1</sup>. En efecto, la redistribución opera en distintos grados, con distinto énfasis e intensidad, en todos los países del mundo<sup>2</sup>. Existen para ello justificaciones bien diferentes. Un primer punto de vista señala que, dado el fenómeno de la utilidad marginal decreciente, una traslación de dinero u otros recursos desde las personas mejor posicionadas hacia las más desaventajadas incrementa normalmente el bienestar global (Kaplow & Shavell, 2002, pp. 29-31). Esto es así porque los ricos obtienen menos utilidad de las unidades monetarias sustraídas por la operación redistributiva que la que obtienen los beneficiarios de esas políticas al recibir recursos adicionales. También es posible argumentar que las políticas redistributivas son eficientes si satisfacen una preferencia social por la igualdad (Kaplow & Shavell, 2002, pp. 11, 21 y 30-31). En contraste con estas posiciones, desde una perspectiva deontológica, la redistribución del ingreso se orienta contrarrestar las inevitables desviaciones del trasfondo o marco de interacción equitativo en el cual los individuos pueden relacionarse como personas libres e iguales (Rawls, 1993, p. 268).

Así y todo, también existe un amplio consenso en que sería poco inteligente confiar en el derecho privado para lograr este objetivo social. El mejor derecho privado redistributivo, se dice, en comparación con un buen derecho tributario y una buena política de gasto público, genera consecuencias sociales inadmisibles, pues es ineficaz, ineficiente y produce resultados arbitrarios<sup>3</sup>. Que es ineficaz significa que no logra los

1. Entre los libertarios, la posición de Nozick (1974, pp. 149 y ss.) es bien conocida. Pese a todo, otros autores libertarios, llamados «suficientistas», admiten que una cuota de redistribución es necesaria para garantizar que las transacciones que realizan los individuos sean genuinamente voluntarias. Véase: Schwember, 2017, pp. 234-235. Por supuesto, el punto más álgido en este debate tiene que ver con el grado admisible (u óptimo) de redistribución.

2. No es sorprendente que las economías capitalistas más desiguales encuentren una mayor necesidad de implementar políticas redistributivas que las más equitativas. Véase: Rosser & Rosser, 2004, pp. 11 y ss.

3. Lo que llamaré visión «tradicional» o «convencional» del derecho privado engloba autores que por diversas razones entienden que el derecho privado no debe involucrarse en la tarea redistributiva. Para algunos de ellos, las razones son pragmáticas: el derecho privado es un mal instrumento de redistribución. Véase, Morgan, 2013, pp. 148-157; Fried & Rosenberg, 2003, pp. 66-72. Otros autores, se oponen a la redistribución mediante el derecho privado por razones conceptuales: un derecho privado orientado a la redistribución se desnaturalizaría, es decir, dejaría de ser derecho privado (véase Weinrib, 1995,

objetivos que se propone o que los logra de modo muy modesto en comparación con otras alternativas. Que es ineficiente supone que en el proceso redistributivo se destruye una parte de la riqueza social que de otro modo sería preservada y que, por tanto, podría ser redistribuida con mayor provecho para los propios desaventajados. Finalmente, los resultados son arbitrarios en tanto solo participan de la redistribución quienes tienen la *buena o mala* fortuna de verse involucrados en una interacción (como un contrato o un accidente) y, además, nada garantiza que quienes sí participan lo hagan en la medida adecuada según los criterios de justicia distributiva socialmente acordados.

En lo que sigue, analizaré en detalle las dos primeras objeciones mencionadas y dejaré la objeción de arbitrariedad para un artículo posterior. Aquí intentaré mostrar que el derecho privado no es particularmente ineficaz o ineficiente en comparación con la alternativa del derecho tributario y el gasto público. Siendo esto así, la postura tradicional según la cual *no deben* implementarse políticas redistributivas mediante el derecho privado está desencaminada. Por supuesto, dado que ni el derecho público ni el derecho privado tienen una *performance* redistributiva impecable, que a fin de cuentas sea conveniente o no canalizar la redistribución mediante el derecho privado es una cuestión diferente que merece un estudio detallado, atendiendo no solo al grado de consecución de la redistribución deseada sino también a la incidencia que la regla redistributiva propuesta pueda tener sobre otros valores sociales y políticos.

En este trabajo, la pregunta que deseo responder es si el derecho privado *puede* redistribuir el ingreso sin desencadenar consecuencias sociales intolerables. Defenderé que esta es una cuestión contingente, pero se verá que en no pocas ocasiones las distintas áreas del derecho privado, en particular la responsabilidad civil y el derecho de los contratos, resultan ser un instrumento tan idóneo como el derecho tributario y las políticas de gasto público para los fines redistributivos e incluso, en algún caso, podrían ser una alternativa superior. La tesis no supone que el derecho privado pueda reemplazar al derecho tributario y al gasto público en la redistribución; más bien, es un complemento, a veces necesario, para lograr efectos deseables o impedir desigualdades injustificables. Se trata, en definitiva, de un alegato en contra de la irrelevancia del derecho privado en el diseño de políticas públicas orientadas a trasladar recursos desde los más favorecidos a los más desaventajados.

---

p. 221); por último, están quienes creen que solo una concepción no-distributiva del derecho privado ofrece un fundamento moral sólido para sus instituciones (véase, entre muchos otros, Ripstein, 2016, pp. 6 y 290 y ss.; Benson, 2019, pp. 11 y 448 y ss.). No abordaré estos dos últimos argumentos directamente en este trabajo. En el pasado, he defendido que es una verdad conceptual que el derecho privado tiene un rol en la distribución de recursos (Papayannis 2014a, pp. 317 y ss.); luego, siendo imposible un derecho privado no distributivo, he cuestionado que haya un buen fundamento moral para que el diseño del derecho privado se desentienda de las desigualdades que genera (Papayannis, 2016, pp. 203 y ss.; y Papayannis, 2021, pp. 89 y ss.).

## 2. INEFICACIA

Hay dos razones por las cuales se piensa usualmente que la redistribución mediante el derecho privado está condenada al fracaso. La primera es que los agentes racionales desarrollarán conductas enderezadas a evitar las situaciones de redistribución. La segunda es que los agentes racionales también tenderán a trasladar los costes de la redistribución a terceros o a las mismas personas a las que la política redistributiva pretendía beneficiar. Ambas objeciones merecen atención aunque, como se verá, ninguna es concluyente.

### 2.1. La evitación de la regla redistributiva

¿Es siempre posible evitar la situación de trato interpersonal que haría que las reglas de un derecho privado redistributivo operen en beneficio de los más desaventajados? En el contexto extracontractual, es muy dudoso que esto ocurra pero, además, si la evitación fuese posible, ello confirmaría el éxito de la política redistributiva. Permítaseme explicar. A menos que se trate de un daño doloso, el agente nunca sabe de antemano a quién terminará dañando con su actividad. Pese a todo, existe algún margen para orientar los riesgos en un sentido u otro. Por ejemplo, una industria contaminante podría elegir que sus externalidades se proyecten sobre barrios pobres o sobre barrios ricos. Con las normas del derecho privado tradicional, siempre resultará conveniente poner en riesgo a los pobres, por varias razones: (a) los pobres tienen menos conocimiento de sus derechos (en efecto, pueden haber interiorizado la precariedad de su entorno en tal grado que los malos olores o la deficiente calidad del agua corriente pasen inadvertidos, como si fuesen propiedades *naturales* de las zonas carenciadas); (b) es menos probable que demanden por daños, pues ello requiere un asesoramiento del que en general no disponen, y el litigio en sí supone incurrir en costes elevados; (c) presentada la demanda, siempre será más fácil (y más económico) pactar una compensación extrajudicial con los vecinos pobres que con los ricos; (d) si no hubiese acuerdo extrajudicial, es más difícil que logren sostener un proceso judicial prolongado, superando además los problemas de prueba y la carga de argumentación necesarios para ganar el pleito; y (e) aunque triunfase la demanda, será más barato indemnizar a los vecinos del barrio pobre que a los del barrio rico<sup>4</sup>.

En fuerte contraste, una regla que incorpore *alguna clase* de componente redistributivo tendrá alguno de estos efectos:

- 1) la nueva regla *modifica* la decisión racional de orientar los riesgos hacia los más vulnerables: esto puede ocurrir tanto cuando la regla redistributiva hace que para los agentes sea *indiferente* dañar a un rico o a un pobre, porque iguala los costes esperados de dañar a unos u otros; o bien, en el caso más extremo, hace

4. Véase Keren-Paz, 2007, pp. 68 y ss.; y Papayannis, 2014a, pp. 272 y ss.; Papayannis, 2016, pp. 71-73.

más caro dañar a un pobre que a un rico. En el primer caso, la indiferencia respecto de quiénes son las víctimas eliminaría el sesgo regresivo del derecho privado tradicional. La evitación, en este sentido, conllevaría efectos *deseables* desde el punto de vista igualitario porque ser pobre no estará asociado a una mayor probabilidad de ser dañado. En el segundo caso, una regla de responsabilidad extracontractual que generase incentivos para evitar la redistribución haría que los pobres dejaran de sufrir un daño que de otro modo sufrirían y por el cual, en aplicación de las reglas tradicionales, serían infracomensados. Que estos daños no se produzcan es en sí mismo una ganancia distributiva. Es decir, si la regla transfiere recursos solo cuando un miembro de la clase A daña a un miembro de la clase B, la manera en que los A pueden evitar la transferencia es no dañando a los B. La evitación, en este caso, es socialmente beneficiosa.

- 2) la nueva regla *no modifica* la decisión racional de orientar los riesgos hacia los más vulnerables: en este supuesto, entonces, la evitación no tiene lugar, es decir, los A siguen dañando a los B sistemáticamente en lugar de dañar a otros colectivos más favorecidos. Sin embargo, el componente redistributivo de la regla (sea cual fuere) opera, en mayor o menor medida, beneficiando a los más desaventajados o, al menos, neutralizando los efectos regresivos de las reglas tradicionales.

Esto permite concluir que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la regla redistributiva logra su propósito tanto cuando genera evitación como cuando no la genera.

El ámbito de los contratos es diferente y, creo, más complejo. La libertad de contratación crea un espacio de discreción más amplio para la conducta evasiva. Esta evitación, sin embargo, no puede ser absoluta. El derecho de consumo recepta normas que impiden ejercer una negativa arbitraria de contratación<sup>5</sup>, y en lo que hace al contrato paritario también existen normas que prohíben la discriminación<sup>6</sup>. Aun así, estas normas son insuficientes. Tomemos, por ejemplo, una norma que establece un límite a los intereses que pueden cobrarse por la venta a crédito<sup>7</sup>. A la luz de esta regulación, los comerciantes intentarán evitar a los consumidores de bajos ingresos, que suponen un riesgo mayor, y solo contratarán con quienes puedan demostrar una cierta solvencia mediante un contrato de trabajo indefinido, avales, etc. Ello dejará sin acceso al consumo a los sectores más desaventajados, que no satisfacen esos requisitos. En lugar

---

5. Véase el art. 49. inc. 1.k) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

6. El caso más extremo viene dado por la disuasión que genera la intervención del derecho penal en casos de discriminación que llevan a la negativa de contratación. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 5487/1998, de 29/09/1998.

7. Véase *Banco Sygma vs. Mateo*, STS 4810/2015, de 25/11/2015, resolviendo el conocido caso de las tarjetas «*revolving*».

de confiar en el derecho privado, parece más inteligente contar con una política de impuestos y gasto público que sea progresiva, en el sentido de orientar la redistribución de ricos a pobres, y que no pueda ser eludida con tanta facilidad. El intento de beneficiar a los más pobres, concluye la objeción, los perjudica seriamente (Morgan, 2013, p. 152).

En rigor, la posibilidad de esta clase de evitación no invalida la tesis que intento defender, según la cual el derecho privado *puede* contribuir en la redistribución. La tesis no afirma que siempre pueda contribuir, ni que cuando puede hacerlo sea el mejor modo de redistribuir. Por lo tanto, admitir que la objeción de evitación en este caso es convincente no debe llevarnos a concluir que el derecho privado no es un buen instrumento para redistribuir el ingreso. Ningún instrumento jurídico es eficaz en toda circunstancia.

De todos modos, la objeción presentada no me parece correcta. Es verdad que quienes se encuentran en la situación más precaria quedarán *en ocasiones* fuera del acceso al crédito. Pero estos son los casos más urgentes que podemos encontrar. Permitir el libre juego del mercado y el acceso al crédito con tasas excesivas difícilmente cuente como una solución para estos sectores. Las personas que se encuentran en ese nivel de carencia deberían recibir la atención de un plan estatal específico para solventar sus necesidades básicas. Repito que el derecho privado no pretende monopolizar la política redistributiva, sino contribuir en ella. Y es precisamente lo que ocurre con la norma mencionada, que tiene efectos muy positivos sobre el patrimonio del resto de los consumidores, algunos de ingresos bajos y otros de ingresos medios, cuyas condiciones de acceso al crédito están cuidadosamente reguladas. Dicho de otro modo, una parte importante de los consumidores se benefician de la regulación propuesta y aquellos que queden fuera del acceso al crédito difícilmente puedan considerarse perjudicados ya que las condiciones abusivas a las que hubiesen sido sometidos, en realidad, no constituyen ninguna ventaja apreciable. En estos casos, las personas caen tarde o temprano en insolvencia o, como muestra la experiencia reciente, se convierten en deudores crónicos y cautivos<sup>8</sup>. La mejor solución es una regulación del derecho privado combinada con políticas redistributivas implementadas por el derecho público.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que muchas otras reglas cuyos efectos redistributivos se verán más adelante, como las que establecen una garantía legal mínima en las relaciones de consumo<sup>9</sup>, una responsabilidad por los daños derivados del defecto del producto<sup>10</sup>, estándares de diligencia más elevados para proteger al consumidor o

8. El análisis realizado por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo español en el caso *Wizikn Bank S. A. vs. Fidela*, STS 600/2020, de 4/3/2020 (en especial el fundamento 8vo), deja constancia de que existe una tensión entre la conveniencia a corto y largo plazo. Algunas personas pueden verse perjudicadas por estas políticas en el corto plazo y, en este sentido, podría considerarse que la intervención es regresiva (véase Bagchi, 2014, pp. 209-210). Sin embargo, creo que la perspectiva correcta es la de largo plazo: una política pública es justificable por el patrón distributivo que tiende a generar.

9. Véase el art. 123 del Real Decreto Legislativo 1/2007, ya citado.

10. Véase los art. 135 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2007, ya citado.

deberes de información<sup>11</sup>, no pueden ser evitadas lícitamente, simplemente cambiando los patrones de comportamiento en el mercado. La objeción de evitación, entonces, podrá ser válida en algunos supuestos limitados, mas no puede tener una pretensión de generalidad.

## 2.2. La traslación de costes

La segunda razón por la cual se afirma que la redistribución mediante el derecho privado es ineficaz es que los afectados siempre podrán *trasladar el coste* de la regla en cuestión a los precios de sus productos.

Centrémonos en los dos primeros ejemplos mencionados más arriba. Consideremos primero la norma que establece una garantía obligatoria de dos años. Naturalmente, los fabricantes reaccionarán subiendo el precio de sus productos. Ello haría que la política redistributiva, en última instancia, termine impactando sobre el colectivo de los consumidores (que puede ser bastante heterogéneo en cuanto a su ingreso y riqueza) en lugar de recaer sobre los fabricantes que, se asume, son quienes tienen mayor capacidad contributiva. Como puede apreciarse, el traslado del coste al precio socava la eficacia de la medida e incluso en algunos casos acarrea consecuencias adversas para el grupo que se pretende proteger. La garantía para los consumidores más pobres la pagan a través del incremento de precios tanto los propios pobres, los consumidores de clase media y algunos consumidores ricos. Además, y más relevante, es probable que el aumento del precio haga inaccesible el bien o servicio para los consumidores de ingresos más bajos (Craswell, 1991, pp. 377-379 y 397).

El análisis es similar respecto de la responsabilidad por productos defectuosos, aunque con un agravante. Se ha señalado que una responsabilidad de este tipo incrementa los precios que pagan ricos y pobres por los bienes y servicios, pero beneficia principalmente a los ricos. Ello es así porque los daños que sufren los ricos derivados del defecto del producto suelen ser mayores que los que padecen los pobres por la sencilla razón de que sus bienes tienen mayor valor económico<sup>12</sup>. Para que se comprenda fácilmente, si un estabilizador de tensión falla y daña de modo irreparable un ordenador, el daño a compensar será mayor mientras mayor sea el precio del ordenador. Así, es previsible que los ricos vayan a reclamar indemnizaciones más elevadas que los pobres y como el incremento de precio se calcula sobre el valor esperado de los daños totales, los pobres terminan subsidiando a los ricos, ya que pagan precios más elevados de los que pagarían si no existiese la responsabilidad por productos defectuosos.

---

11. Véase los arts. 25 y 26 de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

12. Véase el argumento de Richard Abel (1981, p. 202) para afirmar que el derecho de daños es regresivo, pues preserva e incrementa la actual desigualdad del ingreso y la riqueza.

Responder esta objeción requiere un análisis un poco más detallado. Que los afectados por las reglas de derecho privado redistributivas sean capaces de trasladar el incremento de sus costes a los precios depende de la elasticidad-precio de la demanda, es decir, de cómo varía la cantidad consumida en un determinado mercado ante un cambio en los precios. En algunos mercados subir los precios será imposible porque el fabricante perdería prácticamente la totalidad de sus clientes. Tanto la existencia de sustitutos cercanos, como el nivel de ingreso y la porción de este que los consumidores destinan al bien o servicio, entre otros factores, afectan la elasticidad-precio de la demanda<sup>13</sup>. Ello hace que el traslado a precios en muchas ocasiones solo pueda ser parcial, con lo cual se preserva también parte del efecto redistributivo deseado.

Por supuesto, la incapacidad de subir el precio puede generar una reducción de la cantidad ofrecida; con todo, ello depende de la elasticidad-precio de la oferta (Véase Kennedy, 1982, pp. 605 y ss.). Los productores rara vez pueden ajustar sus cantidades con la velocidad que la objeción del traslado a precios requiere<sup>14</sup>. Es verdad que en el largo plazo todas las variables pueden ser modificadas y que permanecer en una actividad afectada por una responsabilidad objetiva, por ejemplo, podría resultar menos atractivo<sup>15</sup>. Ahora bien, el abandono de una actividad tiene sentido para el agente si la segunda actividad que podría realizar le reporta beneficios mayores, descontados los costes de transacción de cambiar de sector. Un derecho privado que ordene bien sus prioridades y objetivos intentaría cargar de modo equivalente a las distintas actividades que generen riesgos similares o que pueden incidir de manera parecida en el bienestar de los destinatarios de la redistribución. Además, el argumento anti-distributivista exagera la reacción potencial de los afectados por reglas más costosas. No es imaginable que McDonalds o a Coca-Cola se planteen una reducción de su oferta o, mucho menos, el abandono del negocio de las hamburguesas o los refrescos, respectivamente, ante la instauración de una responsabilidad objetiva por productos elaborados. Eso solo puede ocurrir en un modelo económico. En el mundo real, lo más natural será intentar trasladar total o parcialmente ese coste añadido al precio del producto, entre otras alternativas que mencionaré más adelante, como la mejora en la seguridad de sus productos.

Esto nos lleva al caso más interesante, en mi opinión: aquel en el cual el aumento del precio refleja un traslado total del coste de la nueva regla redistributiva creada por el legislador. En ese caso, ¿sería verdad que no hay ningún efecto redistributivo apreciable? Esta sería una conclusión apresurada. Tomemos nuevamente el ejemplo de la garantía legal obligatoria. Es posible que los consumidores reciban de esta manera una garantía que valoran, pagando solo una pequeña suma adicional en el precio. El

---

13. Para una explicación de los factores que determinan la elasticidad-precio de la demanda, véase Colander, 2016, pp. 129-130.

14. Para una explicación de los factores que determinan la elasticidad-precio de la oferta, véase Dorman, 2014, p. 91.

15. Ello, aunque no es el punto que interesa aquí, podría ser eficiente. Véase Polinsky, 1980, pp. 363 y ss.



coste de la garantía, no olvidemos, quedaría dispersado entre todos los consumidores, en lugar de quedar concentrado el coste del producto estropeado en quienes tienen la mala suerte de recibir una unidad defectuosa. Este efecto redistributivo tampoco debe ser menospreciado (Keren-Paz, 2007, p. 63).

La redistribución en este caso no es de empresas a consumidores, ni tampoco de ricos a pobres. Entre los consumidores habrá algunos más privilegiados que otros, con lo cual el argumento de que la garantía perjudica a los más vulnerables todavía merece una respuesta. En mi opinión, es dudoso que el precio se incremente de manera tan significativa para los consumidores de menores ingresos, tal como lo requiere el argumento de la regresividad. La razón es la siguiente: el incremento del precio está determinado por el coste que tiene el vendedor de cumplir con la norma de garantía. Ese coste, sin embargo, no equivale al coste esperado de reemplazar *todos* los productos defectuosos, sino al coste esperado de cubrir las reclamaciones que efectivamente se presentan dentro del período cubierto. Como es obvio, no todos los consumidores que tienen derecho a la garantía la ejecutan cuando el producto resulta defectuoso. Muchos de ellos encuentran que no vale la pena el esfuerzo, o no son conscientes de que el producto aún está en garantía, o se decepcionan con el producto y deciden cambiar de marca, o bien prefieren adquirir una nueva unidad antes que enviar a reparar la defectuosa (sobre todo cuando el producto tiene cierto uso), o el tipo de defecto es solo de alguna de las funciones que el usuario no emplea demasiado, con lo cual tampoco tiene incentivos para denunciar la falla, entre otras posibilidades (Blischke & Karim & Murthy, 2011 pp., 64 y ss.). Mi impresión es que los consumidores menos propensos a reclamar la garantía son los de ingresos más altos. Si esta suposición es plausible, entonces puede anticiparse que la cobertura de la garantía legal beneficia a las personas de menores recursos (que además son habitualmente más aversas al riesgo), porque ellas aprovechan en mayor medida una garantía cuyo coste es pagado entre todos los consumidores (ricos y pobres).

Por su parte, la responsabilidad por los daños derivados del defecto del producto no tiene por qué ser necesariamente regresiva. Es cierto que si el precio se incrementa para todos por igual sobre la base del daño esperado total, los pobres subsidian una especie de seguro para los ricos. De todas formas, no hay ninguna razón por la cual esa consecuencia sea inevitable para el derecho privado. Pensemos, por ejemplo, en una limitación cuantitativa de la responsabilidad por daños patrimoniales derivados del producto defectuoso. Este tipo de limitaciones son normalmente acusadas de beneficiar a las empresas (Mosset Iturraspe, 2004, pp. 235-236). Sin embargo, cuando uno contempla la posibilidad de trasladar al precio el coste de esta responsabilidad, no puede más que concluir que solo opera en beneficio de los menos aventajados. ¿Por qué? Si uno establece un límite a lo que puede reclamarse por daños patrimoniales, el precio no se incrementará en exceso por efecto del alto valor que tienen los bienes de los ricos. Eso beneficia a las personas con patrimonios más bajos. A la vez, quienes deseen protegerse contra daños mayores, podrán contratar un seguro, si es que el mercado lo ofrece. En todo caso, no estoy defendiendo la limitación cuantitativa sino solo mostrando

que el derecho privado puede incorporar una serie de herramientas a fin de superar la crítica de ineficacia. Nuevamente, la tesis es que el derecho privado *puede* contribuir en la tarea redistributiva, no que *de hecho* contribuye siempre o de la mejor manera ni, menos aun, que pueda reemplazar al derecho público en este aspecto. La participación del derecho privado en la redistribución sin duda puede requerir a veces reformas que desde otros puntos de vista nos parezcan perniciosas. El legislador deberá evaluar si la implementación del objetivo distributivo merece la pena tomando en consideración la información relevante en cada caso.

### 2.3. ¿Es más eficaz el derecho público?

Un último aspecto en el cual la crítica de ineficacia es poco convincente tiene que ver con que las objeciones de traslado de costes y evitación que estamos analizando no son menos importantes en el derecho tributario. También las políticas impositivas generan incentivos para trasladar costes a los consumidores, en el mismo grado en que lo hace la responsabilidad civil o cualquier otro deber proveniente del derecho privado. En efecto, los economistas saben perfectamente que quien paga el impuesto no es necesariamente la misma persona que termina soportando su peso (Colander, 2016, pp. 147-148). La estrategia crítica parece comparar el peor caso de derecho privado, aquel en el cual la redistribución es neutralizada totalmente por la evitación y la traslación de costes, con el mejor caso de derecho tributario, aquel que no distorsiona los incentivos para trabajar, ni permite a los contribuyentes eludir las actividades gravadas o repercutir el incremento del impuesto en los precios que pagan los consumidores. Esa comparación es inadecuada. Cuando se compara la versión real, no ideal, de ambos sistemas, las ventajas del derecho tributario en términos de eficacia no son tan apreciables como para descartar *ab initio* la implementación de políticas redistributivas mediante el derecho privado.

Asimismo, el derecho tributario y del gasto público enfrentan sus propias formas de ineficacia. Los gobiernos suelen confiar una gran parte de la recaudación a impuestos regresivos como el IVA, lo cual reduce el efecto redistributivo de las políticas públicas destinadas a beneficiar a los más desaventajados. En Brasil, por ejemplo, se ha estimado que una familia que cuenta con ingresos equivalentes a dos salarios mínimos paga aproximadamente el 46% de ese ingreso en impuestos indirectos; en cambio, una familia con ingresos superiores a 30 salarios mínimos, paga un 16%. Ello llevó a concluir que los programas sociales desarrollados en el marco de la estrategia *hambre cero* «están fundamentalmente financiados *por las mismas personas a las que se pretende beneficiar*, dado que el sistema impositivo regresivo limita seriamente el impacto redistributivo de los programas» (De Schutter, 2009, p. 14, énfasis añadido). A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, el hecho de que los costes de las políticas recaigan sobre los mismos beneficiarios neutraliza totalmente sus ventajas. En el derecho privado, hemos visto, aun cuando el coste de algunas reglas fuese pagado íntegramente por los

propios beneficiarios mediante precios más altos, el efecto redistributivo todavía sería positivo si, por ejemplo, disfrutasen de un estándar más alto de seguridad o de una probabilidad mayor de ser indemnizados por los daños que sufren.

Se ha señalado también que el derecho tributario suele ser complejo e involucra altos costes de administración (Shavell, 2004, pp. 650-651). Además, para ser un instrumento efectivo de redistribución, debe ser complementado con una estrategia de gasto público que es dependiente del ánimo político de cada momento. El derecho privado, en cambio, está mucho más cerca de la vida cotidiana de las personas (Lewinshon-Zamir, 2006, p. 360) y, por ello, si puede tener un efecto redistributivo, es de esperar que sea mucho más estable y directo que el derivado del gasto público<sup>16</sup>. Por otra parte, aunque en este trabajo me estoy centrando ante todo en la redistribución del ingreso, no puede dejar de mencionarse que respecto de algunos otros bienes el tipo de reglas que se están considerando favorecen un estado de cosas superior al que puede lograrse con el derecho público. Piénsese, por ejemplo, en la distribución de bienes inmateriales como la libertad, la seguridad, la indemnidad, el honor, el poder de negociación, la información o, fundamentalmente, la igualdad interpersonal<sup>17</sup>. En todos estos casos, la distribución que opera mediante el derecho público es marcadamente menos eficaz que la llevada a cabo por el derecho privado. En este sentido, la preferencia liberal de canalizar la redistribución exclusivamente a través del sistema tributario y el gasto público carece de fundamentos (Kronman, 1980, pp. 499 y 510).

### 3. INEFICIENCIA

En un conocido trabajo, Kaplow y Shavell han elaborado un argumento que sugiere que la redistribución mediante el derecho privado es ineficiente y que lo mejor sería dejar esta tarea a las normas del derecho tributario y del gasto público. Anticipo que en mi opinión el argumento de Kaplow y Shavell es falaz de un modo obvio, pero por la influencia que tiene en la literatura vale la pena analizarlo con cuidado. A la vez, ofrece un buen punto de partida para discutir la legitimidad de perseguir la redistribución por medio del derecho privado aunque en el camino se generasen algunas ineficiencias.

---

16. Como señala Kronman (1980, p. 509), el derecho público redistribuye en dos pasos: primero recolecta y luego asigna a los beneficiarios. Cuando la redistribución se instrumenta por medio del derecho privado, la redistribución se produce sin la intermediación del Estado.

17. Ciertamente, algunos de estos valores, como la libertad, pueden hasta cierto punto lograrse con reglas de derecho público, pero solo parcialmente. Por ejemplo, la libertad de contratar con otros particulares según se juzgue conveniente, de asociarse con fines privados, la potestad de reclamar una reparación a quienes nos dañan, todo ello en pie de igualdad, son aspectos importantes de la calidad de vida y solo pueden lograrse plenamente mediante el derecho privado. Algunos de estos argumentos los he presentado en Papayannis, 2016: 233 y ss.; para la versión más desarrollada de esta idea, véase Papayannis, 2021, pp. 105 y ss.

El argumento es falaz porque comete una típica petición de principio. La tesis que se propone es que «la redistribución mediante [el derecho privado] no ofrece ninguna ventaja respecto de la redistribución mediante el sistema de impuestos sobre el ingreso y es característicamente menos eficiente»<sup>18</sup>. Ello se debe a que ambos métodos (los impuestos y la responsabilidad) generan desincentivos equivalentes para trabajar, pero la responsabilidad civil redistributiva, a diferencia de un sistema de derecho tributario, crea ineficiencias en las actividades reguladas por esas reglas (Kaplow & Shavell, 1994, pp. 667-668). Más adelante vuelven a enfatizar que «la redistribución mediante [el derecho privado] es menos eficiente que la redistribución mediante los impuestos sobre el ingreso» (Kaplow & Shavell, 1994, p. 674). El problema es que ofrecen como *demonstración informal* de esta conclusión la siguiente afirmación: «para cualquier régimen que incluya una regla jurídica ineficiente (en particular, una destinada a contribuir en la consecución de una meta redistributiva), existe un régimen alternativo que incluye una regla eficiente y un sistema modificado de impuestos sobre el ingreso en el cual todos los individuos están mejor» (Kaplow & Shavell, 1994, p. 669).

Se trata de una petición de principio porque Kaplow y Shavell solo afirman que una regla de derecho privado redistributiva *e ineficiente* es peor en términos de *eficiencia* que otra regla de derecho privado *eficiente* combinada con un impuesto redistributivo (siempre que el impuesto también sea *eficiente*, claro). Evidentemente, cualquier regla jurídica (provenga del derecho privado o del derecho público) es peor si es redistributiva e ineficiente que si es redistributiva y eficiente, lo que equivale a afirmar que las reglas ineficientes son peores (entiéndase, menos eficientes) que las reglas eficientes. El argumento es decepcionante, porque lo que prometía demostrarse es que *siempre* el derecho privado redistributivo genera ineficiencias. Por descontado, esto no puede demostrarse incluyendo la ineficiencia de la regla redistributiva como parte de las premisas<sup>19</sup>.

### 3.1. Redistribución y reglas del derecho privado eficientes

Podría dudarse, tal vez, que existan reglas de derecho privado redistributivas y eficientes, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y los contratos. La intuición detrás de esto es que un sistema que asigne los deberes de precaución y de reparación, aunque sea solo en ocasiones, sobre la base de la necesidad de una de las partes involucradas tendrá costes totales más altos que uno que los asigne en función de la capacidad de evitación de daños. Asimismo, la imposición de términos contractuales

18. Kaplow & Shavell, 1994, p. 667.

19. En un artículo posterior, motivados por las críticas presentadas por Sanchirico (2000), Kaplow y Shavell (2000, p. 827) admitieron más explícitamente que las reglas jurídicas pueden ayudar a que el sistema de impuestos funcione mejor, por ejemplo, desincentivando actividades de ocio y, como contracara, reforzando los incentivos al trabajo sobre el cual se aplica el impuesto al ingreso. Sin embargo, la redistribución eficiente siempre se lleva adelante mediante el derecho público.

normalmente supondrá un alejamiento de la optimalidad paretiana. De ser correctas estas intuiciones, el argumento de Kaplow y Shavell mantendría su fuerza.

Para despejar esta duda, pensemos el siguiente ejemplo. Olympia es la fabricante de un producto que puede causar a Cleo, que es parte de un grupo desaventajado, un daño de 1.000. Si no se toman medidas, la probabilidad de daño es de 0,01 y puede ser reducida a 0,004 si se invierte 5 en precauciones. Estas precauciones están disponibles tanto para Olympia como para Cleo. Con estos números, es eficiente que *alguien* adopte precauciones porque el daño esperado de 10 puede ser reducido a 4, incurriendo en un coste de 5. Siendo que este coste es idéntico para Olympia y Cleo, ¿incumple Olympia su deber de diligencia en caso de omitir las precauciones? Esto no es claro, puesto que Cleo estaba en la misma posición que Olympia para tomar precauciones eficientes. Carece de sentido que ambas adopten precauciones, porque entonces se reduce el daño esperado de 10 a 4, a un coste de 10. Se gasta en precauciones más de lo que se obtiene de beneficios en términos de la reducción de daños. La regla eficiente, no obstante, podría requerir que se imponga ese deber de diligencia a Olympia.

Para ver por qué, supongamos además que los costes de producir el bien ascienden a 20 por unidad, lo que incluye los costes de la diligencia para no dañar a los clientes, pero no a los terceros como Cleo. En un mercado competitivo, el precio del bien también será de 20. Supongamos que hay 5 clientes con las siguientes valoraciones, lo que determina su disposición a pagar:

Tabla 1

Cliente	Valoración	Precio	Excedente del consumidor	Precauciones de Cleo	Daño esperado para Cleo	Excedente
Axileas	80	20	60	-5	-4	51
Xenofonte	40	20	20	-5	-4	11
Perséfone	35	20	15	-5	-4	6
Ariadna	30	20	10	-5	-4	1
Teseo	22	20	2	-5	-4	-7
<b>Total</b>	207	100	107	-25	-20	<b>62</b>

Con estos valores, es ineficiente que Teseo adquiera el producto. Si Olympia no tiene un deber de diligencia respecto de Cleo, el precio será de 20. Como Teseo valora el bien en 22, lo comprará. Habrá un exceso de producción, en tanto el análisis marginal indica que la venta a Teseo reduce el bienestar social en 7. Obtiene una satisfacción neta de 2, pero impone a Cleo costes de diligencia por 5 y unos daños esperados de 4. En cambio, si Olympia tuviese un deber de diligencia respecto de Cleo, aquella tomaría precauciones y subiría los precios a 25. A este precio, Teseo dejará de consumir el producto (pues lo valora solo 22), con lo cual la regla es eficiente. A la vez, tiene resultados redistributivos claros respecto de Cleo. Ella goza del mismo nivel de seguridad que

antes, sin tener que invertir 5 en precauciones por cada unidad comerciada. Todavía deberá tolerar una probabilidad 0,004 de sufrir daños por 1.000, pero este daño, en el ejemplo, es económicamente inevitable, pues no hay más medidas que puedan reducirlo a coste razonable<sup>20</sup>. En la siguiente tabla puede observarse cómo la nueva regla tiene un efecto redistributivo claro respecto de Cleo y además genera un excedente social mayor que la anterior:

Tabla 2

Cliente	Valoración	Precio	Excedente del consumidor	Precauciones de Cleo	Daño esperado para Cleo	Excedente social
Axileas	80	25	55	0	-4	51
Xenofonte	40	25	15	0	-4	11
Perséfone	35	25	10	0	-4	6
Ariadna	30	25	5	0	-4	1
<b>Total</b>	185	100	85	0	-16	<b>69</b>

Nótese que la salida de Teseo del mercado es eficiente, en tanto incrementa el excedente social. Como ya señalé, el exceso de actividad por parte de la empresa ha sido corregido por la regla de diligencia. Además, la mejora de Cleo se explica por el aumento del precio y la consecuente reducción del excedente de los consumidores. Si el legislador quisiese lograr un efecto redistributivo todavía más significativo, podría implementar una responsabilidad objetiva. En este caso, Olympia deberá indemnizar incluso los daños que se produzcan cuando cumple con su deber de diligencia. Por supuesto, Olympia también trasladaría el coste de esta responsabilidad al precio, que quedaría en 29. Tanto la regla de culpa como la de responsabilidad objetiva liberan a Cleo del deber de tomar precauciones de 5 (lo que implica un traslado inicial de esa carga hacia Olympia), pero la regla de responsabilidad objetiva además traslada de Cleo a los consumidores los 4 euros de daños esperados que el fabricante asumirá en forma de indemnización. La cantidad consumida no se ve afectada en el ejemplo, ni el bienestar social (pues el excedente se mantiene en 69), mas existe una redistribución en la riqueza de las partes:

20. Una regla jurídica no puede ser eficiente si exige adoptar precauciones que tienen un coste mayor que el valor del daño que ellas evitarían. Esto es consistente con la conocida fórmula de Hand. Para una explicación detallada, véase Papayannis, 2009, pp. 157 y ss.

Tabla 3

Cliente	Valoración	Precio	Excedente del consumidor	Precauciones de Cleo	Daño esperado para Cleo	Excedente social
Axileas	80	29	51	0	0	51
Xenofonte	40	29	11	0	0	11
Perséfone	35	29	6	0	0	6
Ariadna	30	29	1	0	0	1
<b>Total</b>	185	116	69	0	0	<b>69</b>

Este ejercicio muestra que es posible que haya *varias reglas igualmente eficientes* que además logren distintos grados de redistribución de la riqueza. Para que quede claro, debe enfatizarse que en este ejemplo Cleo se encuentra beneficiada por la responsabilidad objetiva de dos maneras: primero, dado que la responsabilidad objetiva incentiva al productor a tomar diligencias óptimas, Cleo disfruta del mismo nivel de seguridad que antes, sin necesidad de invertir parte de su ingreso en precauciones. En segundo lugar, la responsabilidad objetiva libera a Cleo del daño residual, aquel que no puede ser evitado tomando precauciones óptimas. En cualquier caso, su capacidad de consumo es mucho mayor cuando está protegida por la responsabilidad objetiva que cuando lo está por la regla de culpa y, a la vez, esta última regla le beneficia respecto de la regla de no responsabilidad que, en este ejemplo, era ineficiente<sup>21</sup>.

### 3.2. ¿Se justifica la redistribución mediante reglas ineficientes?

Pero ¿qué ocurriría si a Olympia le costase 10 tomar las precauciones, mientras que a Cleo le costase solo 5? En ese caso, el deber de diligencia a cargo del fabricante mantendría su carácter redistributivo aunque acarrearía un desperdicio de recursos. Si bien una regla de culpa complementada con una simple excepción de culpa de la víctima sería capaz de evitar este resultado, también nos privaría del efecto redistributivo. Esto, según el argumento tradicional, no es malo en absoluto porque la riqueza preservada con la regla eficiente puede ser objeto de tributación y redistribución mediante una buena política de gasto público. La idea de Kaplow y Shavell es que una política redistributiva implementada mediante reglas ineficientes del derecho privado destruye la riqueza que de otro modo podríamos gravar y destinar a mejorar la situación de los sectores desaventajados. Por ello, el objetivo de redistribuir mediante el derecho privado conspira contra sus propias aspiraciones (Kaplow & Shavell, 1994, p. 668).

En este punto, dado que se ha mostrado que puede haber reglas de derecho privado redistributivas y eficientes, debe matizarse la posición económica. En una mejor

21. Sobre los efectos de las diversas reglas de responsabilidad, véase en general Papayannis, 2014b.

versión afirmarí­a que es insensato utilizar el derecho privado para redistribuir *cuando* ese objetivo puede lograrse *solo* con reglas ineficientes. Pese a todo, esta formulación tampoco es suficientemente plausible. La discusión sobre si debe prevalecer la justicia distributiva o la eficiencia es ya clásica en la filosofía política; y no puede darse por vencedora a la eficiencia después de que incluso quienes con mayor ahínco la han defendido han reconocido que la riqueza no tiene valor intrínseco, sino solo instrumental<sup>22</sup>. En atención a esto, la eficiencia no puede funcionar como un veto absoluto para la redistribución<sup>23</sup>. Podría objetarse, no obstante, que las reglas de derecho privado persigan la justicia distributiva cuando *exista otro mecanismo* alternativo para conseguir el mismo grado de redistribución sin destruir la riqueza.

Esta última recomendación creo que tiene sentido. Mas es insuficiente para vetar *en el mundo real* la participación del derecho privado en las políticas redistributivas. Evidentemente, sería poco inteligente estropear un derecho privado que funciona correctamente para lograr objetivos redistributivos que pueden alcanzarse de mejor manera mediante el derecho público. Así las cosas, corresponde indagar dos cuestiones: (1) ¿es el derecho de daños *de hecho* eficiente?; y (2) ¿puede el derecho público redistribuir con igual eficacia que el derecho privado y a menor coste?

Respeto de lo primero, si el derecho privado real no fuese de hecho eficiente, la supuesta pérdida de eficiencia debido a la implementación de políticas redistributivas debería ser mostrada en cada caso concreto y, aun existiendo, como sugiere Keren-Paz (2007, p. 70) las pérdidas serían menos importantes de lo que el argumento tradicional sugiere. En efecto, si en un supuesto concreto el derecho privado estuviese afectado por alguna ineficiencia, entonces, tal vez pueda reemplazarse *esa* ineficiencia por *otra* que tenga consecuencias redistributivas más deseables. En relación con lo segundo, si el derecho público fuese menos eficaz o implicase costes similares (o más altos) que el derecho privado, tampoco habría una razón concluyente para descartar la participación de este último en la tarea redistributiva. A continuación abordaré la primera cuestión y dejaré la segunda para el apartado 3.4.

Hay un conjunto de razones para pensar que el derecho de daños no puede ser nunca eficiente en el mundo real. Una razón general es que el logro de la eficiencia requiere que los individuos sean absolutamente *racionales*, estén perfectamente *informados* respecto del nivel de riesgo que enfrentan y de las medidas que pueden evitar los daños a un coste razonable, y que tengan una *voluntad* férrea ante las tentaciones de omitir precauciones óptimas a fin de ahorrarse sus costes (Jolls & Sunstein & Thaler, 1998, pp. 1475-1478, 1487 y 1498). Pero aun considerando que los individuos sean medianamente racionales, estén relativamente informados y tengan alguna fuerza de voluntad para cumplir con sus deberes, el derecho de daños tiene ciertas falencias que

22. Para este debate puede consultarse, entre otros, Posner, 1979; Calabresi, 1980; Dworkin, 1980a, 1980b; Posner, 1985.

23. Curiosamente, Calabresi (1970, pp. 24-25) defendió el orden inverso: es la justicia lo que funciona como un veto para la eficiencia.



son bien conocidas por los juristas y que atentan contra la minimización del coste de los accidentes.

En particular, existe indeterminación de los estándares de diligencia, por lo tanto hay incertidumbre sobre las precauciones jurídicamente exigibles. Esto llevará a algunos agentes a tomar precauciones excesivas y a otros a tomar precauciones insuficientes<sup>24</sup>. También existen errores de cuantificación del daño que comportan consecuencias análogas. Si un daño grave es cuantificado como de escasa entidad, entonces, los agentes tomarán menos medidas para evitarlos. En cambio, si un daño nimio es cuantificado como de gran envergadura, entonces, los agentes tomarán más medidas que las óptimas para evitar responsabilidades excesivas (e injustas). En todos estos casos, los resultados son subóptimos (Cooter, 1991, p. 13; Shavell, 2007, p. 165). Por otra parte, en ciertas actividades, la conducta del agente dañador no es fácilmente observable. Ello significa que el agente carecerá de incentivos para tomar algunas precauciones justificadas por sus costes simplemente porque no podrá ser juzgado negligente *por* esa omisión (Shavell, 1987, pp. 79-83). Finalmente, algunas personas son aversas al riesgo y, en consecuencia, incurrirán en más precauciones que las óptimas a efectos de evitar responsabilidades (cuando se trata de agentes dañadores) o daños residuales (cuando se trata de las víctimas) (Shavell, 1982, p. 121; Shavell, 2007, p. 149).

Supongamos ahora que un daño de 10.000, que tiene una probabilidad de ocurrencia de 0,2, puede ser evitado si la víctima invierte en precauciones, tal como indica la siguiente tabla. Ella tiene a su disposición tres niveles de precaución ( $x$ ) diferentes, con distintos costes.

Tabla 4

	Costes de las precauciones	Probabilidad de daño	Daño esperado	Costes sociales
$x_0$	0	0,2	2.000	2.000
$x_1$	100	0,08	800	900
$x_2$	300	0,04	400	700
$x_3$	750	0,015	150	900

El nivel de precaución óptimo es  $x_2$ , porque minimiza el coste social. Reduce el daño esperado de 800 a 400 a un coste marginal de 200 (que es lo que cuesta pasar de  $x_1$  a  $x_2$ ). Por su parte,  $x_3$  es un nivel de precaución ineficientemente alto, puesto que pasar a  $x_3$  cuesta 450 y solo se reduce el daño esperado en 250. Lo deseable, entonces, es que la víctima adopte precauciones de 300 ( $x_2$ ). Sin embargo, imaginemos que la inmensa mayoría de las potenciales víctimas son pobres. Digamos que tienen un ingreso de 1.000 y que, aunque están dispuestas a invertir 100 para reducir los riesgos de 0,2 a 0,08, prefieren afrontar los riesgos de 0,08 en lugar de reducirlos a 0,04 tomando  $x_2$  porque

24. Calfee & Craswell, 1984, pp. 978-984; Schäfer & Müller-Langer, 2009, pp. 13-14.

pasar al nivel siguiente de precaución supondría gastarse 300, que equivale a un 30% de su ingreso  $y$ , podemos intuir, tienen otras necesidades más urgentes. Después de todo, el gasto en precauciones tiene un impacto cierto en su ingreso, mientras que el daño es experimentado como meramente probable; por ello, la inversión en seguridad es vista como algo más cercano a un bien de lujo que a una necesidad básica. En esas condiciones, maximizan su bienestar ahorrando parte de las precauciones que valdría la pena tomar a efectos de minimizar los costes sociales. Por consiguiente, el resultado es ineficiente, en tanto se verifica una subinversión en diligencia. Las víctimas tomarán  $x_1$  y los costes sociales serán de 900 (cuando lo óptimo sería que tomen  $x_2$ , pues los costes sociales descenderían a 700, que es el mínimo posible).

Ahora imaginemos que, alternativamente, las mismas precauciones pueden ser adoptadas por los agentes dañadores, pero a un coste mayor, como indica la siguiente tabla:

Tabla 5

	Costes de las precauciones	Probabilidad de daño	Daño esperado	Costes sociales
$x_0$	0	0,2	2.000	2.000
$x_1$	300	0,08	800	1.100
$x_2$	500	0,04	400	900
$x_3$	950	0,015	150	1.100

Con estos valores, si el agente fuese responsabilizado objetivamente, tomaría  $x_2$ , pues ello reduce sus indemnizaciones esperadas de 800 a 400 a un coste marginal de 200 (la diferencia entre lo que cuesta adoptar  $x_1$  y lo que cuesta adoptar  $x_2$ ). ¿Es este resultado eficiente? Claramente la situación supone un dispendio de recursos porque  $x_2$  puede ser alcanzado a un coste de 300 por la víctima (véase la tabla 4) y la responsabilidad objetiva incentiva al agente a gastar 500 para lograr el mismo nivel de seguridad. Sin embargo, la nueva situación bajo la regla de responsabilidad objetiva *no es más ineficiente que la anterior, y logra un resultado distributivo mucho más deseable*. En ambos escenarios, los costes sociales son de 900, pero a diferencia de lo que ocurre con la regla de culpa, las víctimas disfrutan un nivel de seguridad mayor y son liberadas de los daños residuales que, bajo la responsabilidad objetiva, les son compensados aunque no puedan ser evitados a coste razonable.

Hasta aquí, he intentado fundamentar dos ideas. La primera es que el derecho privado *puede* redistribuir sin generar ineficiencias. La segunda es que, aun si el derecho privado redistributivo generase ineficiencias, la comparación debe realizarse respecto del mundo real en el cual el derecho privado no logra ser eficiente. Una vez que se relajan los presupuestos de los modelos formales, advertiremos que muchas veces la verdadera disyuntiva consiste en escoger el tipo de ineficiencia que se terminará concretando.

Si evitar toda ineficiencia es imposible, la idea de priorizar a los más desaventajados mediante reglas de derecho privado ineficientes deja de ser escandalosa.

### 3.3. Redistribución entre agentes del mercado y su impacto sobre la eficiencia

En el argumento precedente he asumido que las víctimas no son clientes de los agentes dañadores. ¿Qué ocurre en caso contrario? ¿No es esperable que las reglas que imponen términos obligatorios a las partes, como las garantías mínimas, puedan introducir ineficiencias en el mercado? Ciertamente es posible, aunque no necesario, que esto ocurra. La idea es que, si algún término contractual es valorado por los consumidores, el mercado se encargará de ofrecerlo. La intervención, en cambio, siempre acarrea un riesgo de ineficiencia.

A veces, estas medidas logran el efecto redistributivo deseado, porque el beneficio concedido legalmente no puede ser trasladado total o parcialmente al precio y, además, la cantidad de los bienes producidos no se reduce dada la forma de la curva de oferta<sup>25</sup>; pero otras veces el efecto redistributivo puede ser por completo ineficaz y el grupo de los consumidores puede verse en general perjudicado. Esto último ocurriría en un caso como el siguiente:

Imaginemos un producto que se ofrece a un precio de 20 y que está afectado por una probabilidad de 0,25 de fallar y tener que ser reemplazado. Siguiendo una convención usual (Shavell, 1987, p. 52), diremos que el *precio total percibido* por el consumidor es de 25 (20 que paga explícitamente y 5 que tolera en forma de daño esperado). Supongamos que el legislador desea liberar de ese riesgo al consumidor e impone una garantía legal que al fabricante cuesta 10 de satisfacer, una vez computados los costes de reemplazar las unidades defectuosas y de gestionar cada reclamo. Supongamos, por otra parte, que la empresa solo puede trasladar al precio 7 de los 10 que cuesta la garantía. Una vez que entra en vigor la garantía obligatoria, el nuevo precio es de 27. Un consumidor que estuviese dispuesto a pagar un máximo de 26 no lo compraría al nuevo precio, aunque sí lo hubiese comprado antes del cambio normativo a un precio total de 25. El producto le reportaba 1 de excedente, pero con la garantía obligatoria deja de ser globalmente beneficioso para él, ya que supera lo que está dispuesto a pagar (tal vez, porque no puede pagar más). Al quedar fuera del mercado, obviamente ya no recibe los supuestos beneficios de la redistribución.

La cuestión es todavía más grave de lo que sugiere el ejemplo, ya que el resto de los consumidores que valoran el producto en al menos 27 también han visto empeorada

---

25. Un buen ejemplo de oferta inelástica en *el corto plazo* es la vivienda de alquiler. La cantidad de pisos disponibles en una ciudad es fija, y una medida que imponga un coste adicional sobre los propietarios difícilmente hará que ellos encuentren más beneficioso retirarla del mercado antes que alquilarla obteniendo una ganancia menor. En casos como este, el precio depende exclusivamente de la demanda. Véase Pindyck & Rubinfeld, 2013, p. 544.

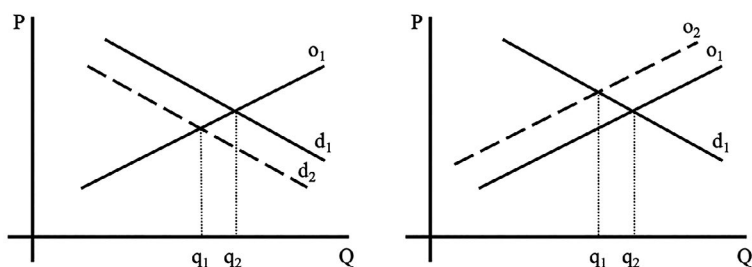
su situación por la garantía ineficiente que el legislador ha creado. Un consumidor que valora el bien en 35, digamos, preferirá asumir los riesgos de defecto del producto antes que pagar un precio de 27. Para ver por qué, compárese cuáles son sus costes y beneficios en un mundo con garantía y en un mundo previo en el cual no existe la garantía. Sin garantía, su excedente es de 10, ya que valora el bien en 35 y asume un precio total de 25; con garantía, el excedente se reduce a 8, ya que el nuevo precio es de 27.

Richard Craswell ha afirmado, en esta línea, que la imposibilidad de trasladar el coste de la garantía al precio más que garantizar un efecto redistributivo positivo, sugiere que la garantía empeora el bienestar de los consumidores. Ello es así porque si la garantía fuese beneficiosa, aumentaría la disposición a pagar por el producto, en tanto que el par «producto + garantía» sería más atractivo que el producto sin garantía. Por tanto, sería irrelevante que el coste de la garantía se trasladase íntegramente al precio. El bienestar del consumidor mejoraría de todas maneras dado que el mercado le ofrecería un bien que valora suficientemente como para estar dispuesto a pagar sus costes de producción (Craswell, 1991, pp. 397-398).

El análisis de Craswell es fundamental para comprender que los beneficios para el consumidor no pueden depender exclusivamente de si los costes de las garantías o de la diligencia adicional les son trasladados o no. El punto es correcto. En un mercado de competencia perfecta, la imposibilidad de trasladar a precios sería un indicio fuerte de que la medida más que redistribuir a favor de los consumidores los perjudica. Pero, como el mismo Craswell explica, cuando los consumidores tienen información imperfecta respecto de la calidad de los productos o los riesgos que ellos entrañan, las garantías pueden ser funcionales al logro de resultados eficientes (Craswell, 1991, p. 396). Es decir, si consideramos los habituales contextos de información asimétrica, la garantía legal no solo podría redistribuir a favor del consumidor, sino que también podría promover la eficiencia haciendo que algunos consumidores dejen de comprar productos que no valoraban correctamente. Además, la garantía puede desempeñar otras funciones económicas, como la paulatina expulsión de los productores de baja calidad, la señalización, la protección de los consumidores aversos al riesgo y la obtención de información para mejorar la seguridad de los productos a futuro. Veamos cada una por separado.

Respecto del exceso de demanda, si el consumidor carece de información precisa sobre la peligrosidad del producto, es probable que compre una cantidad mayor de la eficiente, pues al no contabilizar los daños esperados que enfrenta lo juzga mejor de lo que en realidad es. La garantía legal soluciona este problema porque al incrementar el precio del bien en cuestión, se reduce la demanda del mismo modo en que se reduciría si el consumidor recibiese la información correcta sobre el riesgo del producto (Craswell, 1991, p. 396). Obsérvese el gráfico de la izquierda más abajo. La curva  $d_1$  representa la valoración del consumidor y la curva  $o_1$  la oferta. La cantidad de equilibrio es  $q_2$ . Si el consumidor conociese los riesgos reales del producto, entonces, su disposición a pagar disminuiría exactamente en relación con la magnitud del daño esperado, lo cual se representa con un desplazamiento de la curva de demanda hacia  $d_2$ . Esta segunda

curva muestra que para cada cantidad, el consumidor valora el producto menos que con información imperfecta. La cantidad de equilibrio ahora es  $q_1$ . Como no hay información precisa, la curva  $d_1$  determina que se consuma una cantidad mayor que la óptima. La garantía legal, por su parte, incrementa el precio del producto, tal como puede apreciarse en el gráfico de la derecha. Esto genera un desplazamiento de la curva de oferta hacia  $o_2$ , en la que por cada unidad se pide un precio más alto que en  $o_1$ . Por lo tanto, la garantía legal corrige el exceso de demanda limitando la cantidad adquirida a  $q_1$ , que es la cantidad eficiente.



Por otra parte, la garantía obligatoria tenderá a excluir gradualmente a los fabricantes que no logran alcanzar los estándares de calidad y seguridad legalmente establecidos. La garantía impondrá un coste adicional al productor y él lo trasladará total o parcialmente al precio. El fabricante de alta calidad incrementará el precio en menor medida que el fabricante de un producto de baja calidad. Ello es así porque, como su producto falla menos veces, el primero cargará con costes más bajos derivados del deber de reemplazar las unidades defectuosas. De esta forma, los fabricantes de mala calidad irán abandonando paulatinamente el mercado (Irigoyen Testa, 2019, pp. 195 y ss.).

Asimismo, la garantía obligatoria fija un marco de referencia importante que los fabricantes pueden emplear para diferenciar su producto. Si la garantía obligatoria es de seis meses y un fabricante ofrece una garantía de dos años, cobrando el mismo precio, o uno ligeramente superior al de sus competidores, está enviando al mercado una señal contundente de que su producto alcanza un estándar de calidad más alto. Por un razonamiento análogo al expuesto en el párrafo anterior, esta conducta no puede ser imitada por los fabricantes de productos de calidad inferior, ya que al tener que hacer frente a las garantías legales, si su tasa de deterioro es mayor (porque sus productos son de peor calidad), en poco tiempo se arruinaría<sup>26</sup>.

También la garantía, como ya se mencionó, sirve como un seguro para los consumidores aversos al riesgo. Un consumidor averso al riesgo podría preferir un incremento de precio en el producto superior al valor esperado de la pérdida que enfrenta. Supongamos que el producto, como antes, enfrenta una probabilidad de 0,25 de estropearse. El

26. Sobre la señalización, véase Coloma, 2001, pp. 137-140.

precio total era de 20 (precio explícito) más 5 de pérdida esperada, es decir, 25. Algunos consumidores podrían preferir pagar un precio explícito de 26 que incluya una garantía legal por defecto del producto. Ello es así porque la desutilidad que experimentan por una pérdida de 20 con una probabilidad de 0,25 es mayor que la que sufren con una pérdida cierta de 6. Por cierto, en los mercados en que los consumidores son muy heterogéneos en cuanto a su actitud ante el riesgo, una garantía obligatoria demasiado amplia reduciría la utilidad de muchos de ellos, en particular, de aquellos neutrales o amantes del riesgo. En este sentido, las garantías obligatorias deberían ser parciales, limitadas en el tiempo y en su cobertura. Quedaría en manos del mercado la posibilidad de desarrollar garantías adicionales, de modo que cada consumidor la compre o no según su actitud ante el riesgo<sup>27</sup>.

Por último, y sumamente importante, la garantía legal es una fuente invaluable de información sobre la calidad y la confiabilidad del producto. Esto permite contar con una base sólida para decidir qué mejoras técnicas (sean estas inherentes al propio producto, a su diseño, modo comercialización o uso recomendado) se introducirán a efectos de una mejor performance (Blischke & Karim & Murthy, 2011, pp. 35 y ss.). De igual forma, es posible que durante la recogida de datos se descubra que el producto tiene una calidad mayor que la esperada. Esto es muy positivo para los fabricantes porque les abre nuevas posibilidades de *marketing*; como se comentó hace un momento, podrían lanzar una señal a los consumidores extendiendo el período de garantía más allá del legalmente obligatorio (*Ibidem*, 2011, p. 9.), o podrían decantarse por una estrategia más agresiva consistente en mejorar los precios, pues ahora saben que sus costes de reemplazar las unidades defectuosas serán más bajos que lo inicialmente previsto.

Más allá de las ventajas para los fabricantes en términos de su posicionamiento en el mercado, me interesa resaltar la importancia de la información para mejorar la calidad y la seguridad de los productos. En este sentido, la garantía legal es susceptible del mismo análisis que la responsabilidad objetiva. De hecho, la garantía es una responsabilidad objetiva por el deterioro del producto dentro del plazo legalmente establecido. Como se sabe, bajo la regla de responsabilidad objetiva, los agentes intentarán minimizar sus costes totales y para ello no solo observarán (al menor coste posible) los estándares de diligencia exigibles, sino que también buscarán reducir el coste esperado de reemplazar las unidades defectuosas<sup>28</sup>. Así, invertirán en obtener información valiosa sobre cómo mejorar la calidad del producto, lo cual es bueno desde el punto de la eficiencia, en tanto a la postre el mercado estará surtido de mejores productos a más bajo precio. Lo interesante es que este incentivo para mejorar los productos se genera con independencia de que los fabricantes puedan trasladar totalmente los costes de la garantía a los precios.

27. Véase Priest, 1981, p. 1317-1318; una modelización de estos problemas puede consultarse en Wehrt, 2011, pp. 257-259.

28. Sobre la incidencia de la responsabilidad objetiva en la decisión de invertir en investigación y desarrollo, véase Calabresi & Klevorick, 1985, p. 625; y Shavell, 1992, p. 263.

Hay que tener presente que la información que se recibe en el proceso de recepción, examen y eventual recambio del producto es necesariamente incompleta, por varias razones. En primer lugar, solo se recaba información de productos que resultan defectuosos, cuando lo óptimo sería también poder observar el desempeño del producto no defectuoso en manos de distintos tipos de consumidores. Además, la información se limita a los productos que fallan dentro del plazo de garantía, lo que excluye a aquellos que fallan un día más tarde. Por otra parte, como ya mencioné, dentro de este plazo tampoco reclaman todos los consumidores que tienen derecho a hacerlo, con lo cual la muestra de la cual se extrae la información es todavía más reducida. Por último, deben considerarse las demoras y los errores en la transmisión de la información. Muchas veces, el defecto preciso del producto queda mal registrado por los operadores encargados de gestionar la ejecución de la garantía o es mal reportado por el consumidor (Blischke & Karim & Murhthy, 2011, pp. 12 y 72); también ocurre que las propias empresas desconocen el volumen total de ventas en un período dado. Saben cuántos productos salieron de sus depósitos, pero no cuántos están efectivamente en manos de consumidores. Sin ese dato, resulta difícil estimar la confiabilidad del producto o el coste total de ofrecer la garantía, simplemente porque no se puede saber con precisión qué porcentaje de productos fallan (Suzuki & Karim & Wang, 2001, p. 594).

Esto podría plantear dudas respecto de los beneficios que he descrito en términos de eficiencia. Es más, si la redistribución es eficaz en parte porque algunos consumidores no reclaman y ello beneficia a los de bajos ingresos, tal como argumenté en el apartado 2.2, parece que hay una tensión entre los argumentos de eficacia y eficiencia. La eficacia de la garantía para redistribuir depende de que algunos no reclamen, y la eficiencia requiere que se cuente con la máxima información posible sobre el defecto, lo cual se alcanza cuando todos reclaman. Esta tensión es solo aparente y no debe inquietarnos demasiado, por tres razones. La primera es que el argumento redistributivo solo se ve potenciado por el hecho de que no todos los consumidores reclamen, mas esta no es una condición necesaria de la redistribución, sino que solo influye en su grado de consecución. La segunda es que existen diversas técnicas estadísticas para trabajar con información incompleta. Según cuál sea el dato ausente, hay maneras de calcular la confiabilidad del producto con mayor o menor aproximación<sup>29</sup>. La tercera razón es que la información incompleta es todavía información valiosa. Si hay información que sería importante tener, pero implementar mecanismos para obtenerla tiene costes prohibitivos, entonces, el cálculo de eficiencia debe realizarse en relación con la información accesible a coste razonable (Calabresi, 1991, pp. 1216-1221). La preocupación por la real confiabilidad del producto nos impulsa a refinar los métodos de recolección de datos, pero el carácter incompleto de la información que se obtiene en los reclamos dentro del plazo de garantía no es óbice para reconocer que ella es de todos modos útil

---

29. Véase, en general, las distintas soluciones expuestas en Suzuki & Karim & Wang (2001), con abundante bibliografía sobre el tema.

para mejorar la calidad del producto, su seguridad y/o su modo de comercialización. En ese sentido, la información de que se dispone contribuye a lograr un resultado eficiente, en la medida en que no sea posible completarla a coste razonable.

### 3.4. ¿Es más eficiente el derecho público?

Para finalizar esta extensa sección, veamos si el derecho público puede ser eficiente. Kaplow y Shavell han desarrollado la conocida tesis de la *doble distorsión*, conforme con la cual tanto los impuestos como la responsabilidad civil generan los mismos desincentivos para trabajar, pero la responsabilidad civil redistributiva adiciona ineficiencias propias en las actividades que regula. Esto último, he intentado mostrar que no es cierto, puesto que el derecho privado puede ser redistributivo y eficiente en un buen rango de casos<sup>30</sup>. Ahora bien, más allá de la supuesta doble distorsión, ¿cuán plausible es asumir que el derecho tributario es necesariamente más eficiente en la tarea redistributiva que el derecho privado? Para ello, el derecho público debería ser siempre menos costoso de administrar y, además, debería preservar los incentivos para trabajar en mayor medida. Ninguna de estas condiciones puede garantizarse en el mundo real.

En cuanto a los costes de administración, Shavell sostiene que en los Estados Unidos el sistema tributario consume probablemente más del 5% de cada dólar recaudado (Shavell, 2004, p. 657). En cambio, los costes de administrar un sistema de responsabilidad civil son mucho mayores: por cada dólar transferido a las víctimas se gasta un dólar o más en costes de litigio y acuerdos extrajudiciales (Shavell, 2007, p. 151). Esta comparación, sin embargo, no es la relevante, por varias razones. En primer lugar, el 5% de la recaudación todavía no dice nada sobre cuánto cuesta *transferir* ese dinero a los pobres, y qué eficacia hay en esa transferencia. Solo mide el coste de *recaudar* impuestos, no de redistribuir el ingreso. En segundo lugar, el sistema de responsabilidad civil no solo redistribuye cuando transfiere dinero a las víctimas, sino también cuando evita que ciertos accidentes ocurran porque brinda los incentivos correctos para proteger a los más desaventajados, tal como se explicó en el apartado 2.1. Por lo demás, el coste de *gestionar* un sistema de responsabilidad civil, que es por cierto muy elevado, no puede ser computado como el coste de *redistribuir* mediante el derecho privado. Para saber cuánto cuesta realmente la redistribución, debería compararse el coste de decidir los casos con las reglas tradicionales y el coste de decidirlos bajo reglas redistributivas, sumando también las posibles ineficiencias que la nueva regla redistributiva eventualmente pueda acarrear<sup>31</sup>. Shavell no aporta ningún dato en ese sentido. Pese a todo, es

30. En lo que hace al argumento de la doble distorsión específicamente, Usher (2009: 3 y ss.) ha explicado que solo es válido para un número muy reducido de lo que se conoce como normas jurídicas redistributivas.

31. Es decir, el argumento solo se sostiene si el coste de administrar el derecho privado tradicional ( $C_{DPT}$ ) es menor que el de administrar el derecho privado redistributivo ( $C_{DPR}$ ), pero no hay evidencia alguna de que esto sea así. Ahora bien, asumiendo que este fuera el caso, el verdadero coste de la redistribución



fácil ver que el carácter redistributivo de una regla de derecho privado no tiene por qué impactar en sus costes de administración. Pensemos en una regla redistributiva e ineficiente, por ser el caso más favorable a las tesis que estoy debatiendo. Para incrementar los costes de administración, la regla debería generar más litigios o bien resultar más costosa de implementar caso a caso. Ninguno de estos efectos puede predecirse sin más del hecho de que una regla sea redistributiva<sup>32</sup>.

Imaginemos una regla que impone un estándar de diligencia ineficientemente elevado para beneficiar a las potenciales víctimas. Supongamos otra vez que el agente puede controlar la probabilidad de un daño de 10.000 con distintas medidas de precaución, tal como muestra la siguiente tabla:

Tabla 6

	Costes de las precauciones	Probabilidad de daño	Daño esperado	Costes sociales
$x_0$	0	0,2	2.000	2.000
$x_1$	100	0,08	800	900
$x_2$	250	0,04	400	650
$x_3$	550	0,015	150	700

En este caso, lo óptimo es que el agente invierta en  $x_2$ , pues así se minimizan los costes totales. Si el legislador impone un estándar más elevado como  $x_3$ , se reduce el daño residual que sufrirá la víctima de 400 a 150, es decir que la víctima obtiene un beneficio de 250, pero para lograr este efecto distributivo el agente debe invertir adicionalmente 300. La regla es ineficiente y redistributiva. ¿Cómo actuará el agente dañador bajo el imperio de esa regla? Con cualquier medida inferior a  $x_3$  será considerado negligente y deberá indemnizar a la víctima. Sus costes se minimizan invirtiendo 550 en  $x_3$  antes que adoptando  $x_2$ , que tiene un coste de 250 más una indemnización esperada de 400, o  $x_1$  que tiene un coste de 100 y una indemnización esperada de 800. La regla logra sus efectos redistributivos generando una ineficiencia, pero no hay razón para pensar que incrementará los costes de administración más que una regla que exigiese  $x_2$ . No habrá más litigios con esa regla redistributiva que con una regla óptima porque los agentes con ambas reglas tienen incentivos para ser *jurídicamente* diligentes, y una vez que son diligentes las víctimas saben que deben tolerar los daños residuales. A la vez, tampoco parece que sea más difícil decidir si el agente fue negligente cuando el estándar aplicable es  $x_3$  que cuando es  $x_2$ . En conclusión, que una regla genere costes de administración más elevados no depende de su carácter redistributivo o de su eficiencia.

mediante el derecho privado estaría dado no por  $C_{DPR}$ , sino por  $C_{DPR} - C_{DPT} +$  las pérdidas de eficiencia en la actividad regulada, si las hubiera.

32. Sobre algunos de los factores que influyen en los costes de administrar la responsabilidad civil, véase Papayannis, 2014b, pp. 32 y ss.

En cuanto al efecto distorsivo de los impuestos, también se ha cuestionado que sea menor que el de las reglas redistributivas del derecho privado. Existen estudios de una época similar a los citados por Shavell que indican que el coste de la distorsión del impuesto sobre la renta en los Estados Unidos era de 2,65 dólares por cada dólar recaudado (Georgakopoulos, 2005, p. 87). No pueden extraerse demasiadas conclusiones solo con ese dato, pero sí ilustra el impacto de los impuestos en la eficiencia: hablar de impuestos óptimos no equivale a impuestos inocuos para los incentivos productivos. Asimismo, hay que tener en cuenta que cualquier deficiencia en el diseño de los impuestos puede tener graves repercusiones sobre los incentivos para trabajar, ya que típicamente los impuestos exhiben una presión marginal creciente sobre los contribuyentes (Georgakopoulos, 2005, p. 85). Aun descartando los errores obvios de diseño, los impuestos todavía podrían desalentar la actividad productiva en mayor medida que la responsabilidad civil. El presupuesto de Kaplow y Shavell es que tanto los impuestos como las reglas redistributivas del derecho privado tienen por efecto reducir los beneficios marginales del trabajo. La idea es que las personas reaccionarán disminuyendo su productividad y dedicándose, por ejemplo, al ocio, tomando en consideración el *monto* de que se les priva y no el *origen* (público o privado) de la regla que limita sus ingresos. Pese a ello, Christine Jolls ha advertido que este presupuesto es muy cuestionable (Jolls, 1998, pp. 1656-1657).

Hay dos razones para dudar de que la responsabilidad civil y los impuestos tengan el mismo impacto sobre los incentivos para el trabajo. La primera es que los impuestos son ciertos y la responsabilidad es solo probable. En ese contexto, es importante establecer si las estimaciones que las personas hacen sobre esas probabilidades son más o menos razonables o si hay problemas serios de sub o sobreestimación. Jolls sostiene que existen evidencias contundentes sobre el hecho de que las personas con frecuencia están afectadas por un optimismo excesivo en lo que hace a ciertos eventos desafortunados como sufrir un infarto o tener un accidente de circulación (Jolls, 1998, p. 1659). Ya advertía Calabresi hace 50 años que las personas tienen una incapacidad psicológica de representarse en situaciones desafortunadas: los accidentes son algo que ocurre a otros (Calabresi, 1970, p. 56). Por supuesto, cuando los riesgos que se enfrentan son más bien visibles o notorios, se produce el efecto contrario, es decir, las personas sobreestiman el riesgo; y este es un rasgo presente en distintas culturas a lo largo del tiempo (Jolls, 1998, p. 1659). Si esto es así, al menos en contextos que no se aprecian como especialmente peligrosos, los agentes percibirán que el coste de las reglas de responsabilidad redistributivas será menor que el de los impuestos y, por lo tanto, el correlativo desincentivo para trabajar también será menor (Jolls, 1998, p. 1662).

La segunda razón por la cual el incentivo para trabajar podría verse más perjudicado por el sistema tributario que por las reglas redistributivas se relaciona con un fenómeno psicológico que nos lleva a interpretar los impuestos como un ataque directo a los rendimientos del trabajo, mientras que la responsabilidad es vista como un gasto más, solventado con nuestros ingresos (Jolls, 1998, p. 1670). Supongamos que el sistema tributario incluye un impuesto sobre la renta, con una escala típicamente progresiva

que para el primer tramo contempla un 20%, para el segundo un 35% y para el tercero un 50%. Una vez que el contribuyente alcanza el tercer tramo, una oferta para realizar un trabajo adicional, digamos con una contraprestación de 4.000 euros, es tomada como una oferta por 2.000 euros (pues los otros 2.000 se los quedará el Estado). En ese sentido, el impuesto socava los ingresos de manera directa. En cambio, la responsabilidad civil irá evidentemente solventada con el ingreso, mas no es experimentada como un ataque a este sino como un aumento en los gastos, similar a lo que ocurriría si se incrementasen los precios de los insumos que se utilizan.

Asimismo, es importante tener en cuenta que la analogía entre impuestos y reglas de responsabilidad es muchas veces engañosa. Esto es claro en el caso de la garantía que hemos estado analizando con detalle. Cuando un fabricante debe pagar un impuesto más alto, intentará cargar ese nuevo coste al precio. Lo mismo hará cuando se encuentre que debe satisfacer una garantía legal de dos años o un estándar de diligencia mayor. Supongamos que es capaz de trasladar a precios en ambos casos íntegramente. Pese a todo, a diferencia de lo que ocurre con el impuesto, la garantía o la diligencia adicional no impone un coste sin que haya ningún beneficio como contrapartida. La garantía o la diligencia, hemos visto, pueden hacer más atractivo el producto para el consumidor, con lo cual la cantidad demandada no es necesariamente menor como en el caso del impuesto<sup>33</sup>.

Otra diferencia crucial entre la responsabilidad civil redistributiva y los impuestos es que cada uno de estos mecanismos ofrece a los agentes afectados cursos de acción alternativos, con efectos diferentes. En ambos casos, como acabo de mencionar, los agentes pueden intentar trasladar a precios. Pero quien encuentra que una responsabilidad objetiva impulsada por razones redistributivas es muy exigente puede reducir el coste de las indemnizaciones esperadas evitando daños a futuro. Si el agente ya se comporta con la diligencia debida, podrá controlar que su nivel de actividad no sea ineficientemente alto, es decir, que no genere más daños marginales que beneficios marginales; por supuesto, como ya se dijo, podrá también invertir en investigación y desarrollo de nuevas tecnologías para mejorar la seguridad de sus productos. Cualquiera de estas alternativas trae consecuencias sociales deseables. En cambio, quien percibe que la carga tributaria es muy exigente tiene ante sí otras opciones menos valiosas desde el punto de vista social: puede bajar su producción para pagar menos impuestos o puede implementar mecanismos de evasión o elusión. Todas estas acciones generan costes sociales que no se producen con la regla de responsabilidad objetiva creada por razones distributivas. Si el agente reduce su actividad, entonces no solo se pierden las ganancias

---

33. La analogía entre reglas de responsabilidad e impuestos ha sido muy popular desde Pigou (1932). Para una buena explicación de las razones por las cuales esa analogía, tomada en sentido estricto, puede ser engañosa, véase Smith, 2000 (en particular, p. 672 y ss.). En cualquier caso, debe quedar claro que las ventajas que estoy señalando no implican que *toda* regla de derecho privado orientada a la redistribución sea buena. Una tutela legal excesivamente ineficiente perjudicará con toda certeza al consumidor y es incluso capaz de destruir la industria. Pero lo mismo vale para un impuesto excesivo.

que de otro modo obtendría, sino que también se deja de recaudar a efectos de poder luego redistribuir. Del mismo modo, si el agente elude o evade impuestos, invierte para ello parte de sus recursos en una actividad improductiva, como es esquivar los efectos pretendidos por el sistema jurídico<sup>34</sup>.

A su turno, habría que considerar los incentivos que reciben los beneficiarios de la redistribución. Las transferencias por vía de impuestos en principio afectarán los incentivos para trabajar, ya que el individuo recibe un ingreso sin realizar ningún sacrificio. Al trabajar, estaría realizando un esfuerzo que marginalmente reduce los beneficios fiscales, dado que a medida que mejora su situación deja de tener derecho a la asistencia pública y, luego de cierto umbral de mejora, comenzará a pagar impuestos en lugar de recibir subsidios. La redistribución por medio del derecho privado no tiene ese efecto. Piénsese en un derecho contractual que establece condiciones más equitativas, que permite interactuar con otros en términos más próximos a la igualdad. En este esquema las personas todavía necesitan recursos para poder intercambiar y realizar negocios. Sus incentivos para trabajar no se ven disminuidos sino, tal vez, todo lo contrario: solo es posible aprovechar las ventajas de un derecho privado distributivamente justo si uno tiene recursos para operar en el mercado.

Por otra parte, si nos centramos en la responsabilidad extracontractual, la cuestión es compleja. No obstante, puede asumirse que ni el traslado de los esfuerzos de diligencia a la otra parte, ni la cobertura contra los daños residuales que de otra manera debería soportar la potencial víctima reducen sus incentivos para trabajar. Estas medidas protegen el ingreso ganado en lugar de sustituirlo por prestaciones. Incluso bajo una versión más bien burda de la responsabilidad civil redistributiva, según la cual la víctima de un daño recibe más dinero que el estrictamente compensatorio, para acceder a la prestación la potencial víctima debe atravesar un evento traumático, en el cual es pasible de sufrir consecuencias más serias que las meramente patrimoniales (Acciarri, 2009, pp. 58-59). Todo eso hace que sus incentivos para trabajar resulten minados en mayor medida por una transferencia vía impuestos que por la protección de reglas redistributivas de derecho privado<sup>35</sup>.

En definitiva, el rechazo enfático del derecho privado redistributivo sobre la base de su ineficiencia carece de sustento sólido, por tres razones: 1) no todas las reglas redistributivas son ineficientes; 2) aun cuando lo fueran, la comparación debe realizarse con un derecho privado real que ya incurre en ineficiencias no justificadas por razones distributivas; y, finalmente, 3) el derecho tributario y el gasto público no son

34. Sobre el impacto social de las acciones destinadas a esquivar la aplicación de las normas jurídicas, véase Acciarri, 2016, pp. 45-46 y 57. Es verdad que el agente también podría invertir recursos para escapar de la responsabilidad civil. Podría, por ejemplo, desprenderse de activos a efectos de caer en insolvencia o directamente huir de la justicia. Ello, no obstante, le impide seguir operando en el mercado, con lo cual es una alternativa considerablemente menos atractiva que la evasión o la elusión.

35. Véase también los argumentos de Jolls, 1998, p. 1673; y Lewinsohn-Zamir, 2006, p. 352.

necesariamente menos costosos de administrar que el derecho privado, ni generan necesariamente un desincentivo menor para la actividad productiva.

Por lo tanto, como plantea Sanchirico (2000: 807 y ss.), es un error preguntarse qué instrumento es mejor para redistribuir. La pregunta correcta es qué combinación entre derecho tributario, gasto público y el resto de las reglas jurídicas del sistema (incluyendo las del derecho privado) ofrece mejores resultados.

#### 4. PALABRAS FINALES

En las páginas precedentes he intentado mostrar que la redistribución del ingreso no es competencia exclusiva del derecho tributario y el gasto público, sino que el derecho privado puede *contribuir* en esta tarea con distinto grado de acierto, según el caso. Las posiciones más tradicionales coinciden en que el derecho privado no debe inmiscuirse en cuestiones distributivas. A veces se enfatiza que la introducción de estos objetivos desnaturaliza sus instituciones, en el sentido de que rompe con su lógica interna. La orientación del derecho de contratos o de la responsabilidad civil hacia la redistribución haría que estas áreas de derecho ya no sirviesen a la ordenación de los asuntos *privados*. Otras veces se enfatiza que el derecho privado es un instrumento deficiente para gestionar la redistribución del ingreso. En particular, he abordado las objeciones de ineficacia e ineficiencia.

Me he centrado en mostrar que estas objeciones son poco más que un prejuicio. El derecho privado tiene, por supuesto, limitaciones para gestionar la redistribución del ingreso, pero no es distributivamente neutro. Por lo tanto, existe un margen para elegir la dirección de la redistribución en las relaciones de derecho privado, teniendo en cuenta de qué manera las distintas reglas benefician o perjudican a sectores bien diferenciados de la sociedad. Asimismo, he intentado mostrar que para cada ejemplo de derecho privado ineficaz o ineficiente es posible encontrar un ejemplo de regla de derecho tributario o de gasto público con un desempeño deficiente a la luz de estos mismos parámetros. Algunas transferencias son mejor gestionadas por el derecho público, pero otras son claramente más directas (o solo posibles) mediante el derecho privado. Por lo tanto, no hay ninguna ventaja en dejar este asunto en manos del derecho público exclusivamente. La tesis que he defendido no postula un reemplazo, ni una prioridad del derecho privado en la redistribución del ingreso. Más bien, afirmo que es irracional descartar de plano la contribución del derecho privado en este objetivo social, aun cuando el derecho tributario y el gasto público sigan siendo el punto de partida natural para pensar en estos problemas.

Finalmente, espero que en la exposición precedente pueda apreciarse que la introducción de políticas redistributivas no desnaturaliza las instituciones del derecho privado. Las reglas de interacción que bloquean ciertas transferencias sistemáticas de pobres a ricos o promueven algunas transferencias de ricos a pobres, por ejemplo, en forma de garantías por productos defectuosos, reglas de diligencia que ofrecen mayor

seguridad para las potenciales víctimas, o responsabilidades objetivas más amplias que las liberan del riesgo de sufrir ciertas pérdidas, no dejan de ser derecho privado, sino que pasa a ser un derecho privado más justo. Una defensa completa de esta tesis excede el foco de este trabajo. Pero es importante comprender de qué manera el argumento que aquí he presentado se integra en una visión del derecho privado que es fiel a aquello que lo caracteriza en la doctrina tradicional. El derecho privado redistributivo encuentra su sentido en el establecimiento de un marco de interacción equitativo. Solo en ese contexto de justicia las personas pueden relacionarse como verdaderamente libres e iguales. Respecto de este propósito y su habilidad para alcanzarlo, el derecho privado y el público no son tan distintos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, R. L., (1981). «A Critique of American Tort Law», *British Journal of Law and Society*, (8 (2)), 199-231.
- ACCIARRI, H., (2009). *Elementos de análisis económico del derecho de daños*. La Vergne: ALACDE-George Mason University, Law and Economics Center.
- ACCIARRI, H., (2016). «Enforcement Deflection and Innovation», en Bellantuono, G. & Lara, F.T. (eds.), *Law, Development and Innovation*. Switzerland: Springer.
- BAGCHI, A., (2014). «Distributive Justice and Contract», en Klass, G. & Letsas, G. & Saprai, P. (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- BENSON, P., (2019). *Justice in Transactions*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- BLISCHKE, W. R. & KARIM, M. R. & MURTHY, D. N. P., (2011). *Warranty Data Collection and Analysis*. London, et al: Springer.
- CALABRESI, G., (1970). *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven-London: Yale University Press.
- CALABRESI, G., (1980). «An Exchange. About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin», *Hofstra Law Review*, (8 (3)), 553-562.
- CALABRESI, G., (1991). «The Pointlessness of Pareto. Carrying Coase Further», *Yale Law Journal*, (100 (5)), 1211-1237.
- CALABRESI, G. & KLEVORICK, A., (1985). «Four Tests for Liability in Torts», *Journal of Legal Studies*, (14 (3)), 585-627.
- CALFEE, J. E. & CRASWELL, R., (1984). «Some effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards», *Virginia Law Review*, (70 (5)), 965-1003.
- COLANDER, D. C., (2016). *Microeconomics*. 10th ed. New York: McGraw-Hill Education.
- COLOMA, G., (2001). *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- COOTER, R., (1991). «Economic Theories of Legal Liability», *Journal of Economic Perspectives*, (5 (3)), 11-30.
- CRASWELL, R., (1991). «Passing On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships», *Stanford Law Review*, (43), 361-398.
- DE SCHUTTER, O., (2009). «Report of the special Rapporteur on the right to food, Mission to Brasil», ONU A/HRC/13/33/Add.6.

- DORMAN, P., (2014). *Microeconomics. A Fresh Start*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- DWORKIN, R., (1980a). «Is Wealth a Value?», *The Journal of Legal Studies*, (9 (2)), 191-226.
- DWORKIN, R., (1980b). «Why Efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner», *Hofstra Law Review*, (8 (3)), 563-590.
- FRIED, C. & ROSENBERG, D., (2003). *Making Tort Law. What Should Be Done and Who Should Do It*. Washington, D. C.: AEI Press.
- GEORGAKOPOULOS, N. L., (2005). *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- IRIGOYEN TESTA, M., (2019). «Análisis económico del derecho del consumidor», en Acciarri, H. (dir.), *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*. Buenos Aires: Ediciones SAIJ.
- JOLLS, C., (1998). «Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules», *Vanderbilt Law Review*, (51), 1653-1677.
- JOLLS, C. & SUNSTEIN, C. R. & THALER, R., (1998). «A Behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, (50), 1471-1550.
- KAPLOW, L. & SHAVELL, S., (1994). «Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income», *The Journal of Legal Studies*, (23 (2)), 667-681.
- KAPLOW, L. & SHAVELL, S., (2000). «Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of legal Rules and Income Tax in Redistributing Income», *Journal of Legal Studies*, (29), 821-835.
- KAPLOW, L. & SHAVELL, S., (2002). *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Mass. – London, England: Harvard University Press.
- KENNEDY, D., (1982). «Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power», *Maryland Law Review*, (41(4)), 563-658.
- KEREN-PAZ, T., (2007). *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate.
- KRONMAN, A. T., (1980). «Contract Law and Distributive Justice», *The Yale Law Journal*, (89), 472-512.
- LEWINSOHN-ZAMIR, D., (2006). «In Defense of Redistribution Through Private Law», *Minnesota Law Review*, (91), 326-397.
- MORGAN, J., (2013). *Contract Law Minimalism. A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*. New York: Cambridge University Press.
- MOSSET ITURRASPE, J. (2004). «Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de la Constitución nacional y de los tratados internacionales)», *Revista Latinoamericana de Derecho*, (I (2)), 215-236.
- NOZICK, R., (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford: Blackwell Publishers.
- PAPAYANNIS, D. M., (2009). *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- PAPAYANNIS, D. M., (2014a). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- PAPAYANNIS, D. M., (2014b). «La responsabilidad civil como asignación de pérdidas», *InDret*, (1/2014), 1-45.
- PAPAYANNIS, D. M., (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PAPAYANNIS, D. M., (2021). «¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?», en FERNÁNDEZ BLANCO, C. & PEREIRA FREDES, E. A. (eds.), *Derecho y pobreza* (pp. 81-128). Madrid– Barcelona: Marcial Pons.

- PIGOU, A., (1932). *The Economics of Welfare*. London: Macmillan.
- PINDYCK, R. S. & RUBINFELD, D. L., (2013). *Microeconomics*. 8th ed. Boston, et al: Pearson.
- POLINSKY, M. A., (1980). «Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting», *The American Economic Review*, (70 (2)), 363-367.
- POSNER, R. A., (1979). «Utilitarianism, Economics, and Legal Theory», *The Journal of Legal Studies*, (8 (1)), 103-140.
- POSNER, R. A., (1985). «Wealth Maximization Revisited», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, (2 (1)), 85-106.
- PRIEST, G. L., (1981). «A Theory of the Consumer Product Warranty», *The Yale Law Journal*, (90 (6)), 1297-1352.
- ROSSER, J. B. & ROSSER, M. V., (2004). *Comparative Economics in a Transforming World Economy*. 2nd edition. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- RAWLS, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- RIPSTEIN, A., (2016). *Private Wrongs*. Oxford: Oxford University Press.
- SANCHIRICO, C. W., (2000). «Taxes Versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View», *The Journal of Legal Studies*, (29), 797-820.
- SCHÄFER, H. B. & MÜLLER-LANGER, F., (2009). «Strict liability versus negligence», en Faure, M. G., (Ed.), *Tort Law and Economics*. Cheltenham – Northampton: Edward Elgar.
- SCHWEMBER, F., (2017). «¿Igualdad o igualitarismo? Dos perspectivas acerca de la justicia», *Estudios Públicos*, (147), 207-239.
- SHAVELL, S., (1982). «On Liability and Insurance», *The Bell Journal of Economics*, (13 (1)), 120-132.
- SHAVELL, (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- SHAVELL, S., (1992). «Liability and the Incentive to Obtain Information about risk», *Journal of Legal Studies*, (21 (2)), 259-270.
- SHAVELL, S., (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Mass. – London: Harvard University Press.
- SHAVELL, S., (2007). «Liability for Accidents», en Polinsky, M. A. & Shavell, S. (Eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. I. Amsterdam: Elsevier.
- SMITH, H. E., (2000). «Ambiguous Quality Changes from Taxes and Legal Rules», *The University of Chicago Law Review*, (67 (3)), 647-723.
- SUZUKI, K. & KARIM, R. & WANG, L., (2001). «Statistical Analysis of Reliability Warranty Data», en Balakrishnan, N. & Rao, C. R. (eds.), *Handbook of Statistics*, Vol. 20. Amsterdam: Elsevier.
- USHER, D., (2009). «Why the Legal System is Not Necessarily Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income». <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1431742>
- WEHRT, K., (2011). «Warranties», en De Geest, G. (ed.), *Contract Law and Economics*. Cheltenham – Northampton: Edward Elgar.
- WEINRIB, E. J., (1995). *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

