

# InDret

## *Efectos de la baremación del daño sobre la litigiosidad*

**Jesús Pintos Ager**  
**Área de Derecho Procesal**  
**Universidad Carlos III de Madrid**

**Working Paper nº: 131**  
**Barcelona, abril de 2003**  
[www.indret.com](http://www.indret.com)

### ***Abstract***

El análisis económico del Derecho de daños ha ido ganando terreno e influencia en las reformas operadas en la segunda mitad del siglo XX. Los analistas y los partidarios de la reforma del derecho de daños han conseguido que la sociedad se preocupe por el funcionamiento conjunto de los sistemas de responsabilidad y de los mercados de seguros. Ya han pasado las épocas en las que la compensación era la única preocupación importante en el funcionamiento de la responsabilidad civil. Es obvio que ese fue su origen, como remedio en conflictos intersubjetivos, pero desde entonces se ha avanzado en el análisis de los incentivos para la precaución y los efectos secundarios en otras dimensiones, que deben tenerse en cuenta antes de acometer cualquier reforma. Al mismo tiempo, ambos objetivos, compensación y prevención pueden perseguirse mediante esquemas alternativos –en concreto, la reparación directa–. Por lo tanto, para que hoy un régimen de responsabilidad se considere socialmente valioso no basta con que compense a las víctimas y disuada a los causantes de forma efectiva, barata y puntual, sino que debe hacerlo mejor de lo que otra combinación de otras medidas alternativas de compensación y de control del riesgo.

La baremación de las indemnizaciones por daños personales es, sin lugar a dudas, la reforma más innovadora y relevante en este ámbito, de las desarrolladas en España en muchos años. Este trabajo tiene por objeto analizar esta reforma centrándose en un aspecto particular aunque central: ¿Cómo afecta la baremación de las indemnizaciones de daños corporales a la litigación o mejor dicho, la forma en que se resuelven los conflictos? Se parte del enfoque de los modelos de litigación bien desarrollados por el análisis económico del derecho<sup>1</sup>, en un intento de identificar objetivamente los incentivos, costes y efectos finales esperados de esta institución legal.

Algunas de las conclusiones a las que llega este estudio preliminar chocan con algunas intuiciones, así como lo que los partidarios –y el propio Legislador español de 1995– presentaron como uno de sus máximos efectos beneficiosos: una reducción inmediata de los niveles de litigación derivada de accidentes.

En primer lugar, se analizan brevemente las modificaciones legislativas introducidas en 1995 en el ordenamiento jurídico español. Posteriormente, se presenta un marco analítico de la resolución de conflictos que permite un enfoque objetivo de la cuestión. Las múltiples consecuencias previstas se sistematizan y se presentan de forma separada, para finalmente, hacer una valoración final sobre el efecto neto teórico de los baremos en la litigación, que, según puede verse, no conduce necesariamente a la reducción de los niveles de litigación.

---

<sup>1</sup> Véanse COOTER, Robert & RUBINFELD, Daniel: "Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution", *Journal of Economic Literature*, núm. 27, septiembre, 1989; GOULD, J.: "The Economics of Legal Conflicts", *The Journal of Legal Studies*, II, 1973; LANDES, William: "An Economic Analysis of the Courts", *Journal of Law and Economics*, abril, 1971; POSNER, Richard: "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration", *The Journal of Legal Studies*, núm. II, 1973; SHAVELL, Steven: "Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs", *The Journal of Legal Studies*, núm. XI, enero, 1982; SHAVELL, Steven: "The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System", *The Journal of Legal Studies*, junio, 1982; PASTOR PRIETO, Santos: *¡Ah de la Justicia! Política judicial y Economía*, Civitas–Ministerio de Justicia, 1993.

## *Sumario*

<b>1. Los baremos en España: lo nuevo y lo que hay que estudiar</b> .....	<b>3</b>
<b>2. ¿Cómo afecta la baremación de las indemnizaciones por daños corporales a las variables de las que depende la resolución de conflictos judiciales?</b> .....	<b>10</b>
<b>A) Régimen de responsabilidad antes de la reforma</b> .....	14
<b>Error 1: Optimismo (distanciamiento de las medias de las conjeturas)</b> .....	14
<b>Error 2: Incerteza sobre la indemnización esperada (varianza alta)</b> .....	15
<b>B) Efectos de la baremación</b> .....	17
<b>EFECTO 1: Reducción del optimismo (acercamiento de las medias)</b> .....	17
<b>EFECTO 2: Indemnizaciones más homogéneas (reducción de la varianza)</b> .....	18
Costes de Litigar y Aversión al riesgo.....	22
Demandar o no demandar.....	23
EFECTO 1: reducción del optimismo (reducción del valor medio de las estimaciones) ..	24
EFECTO 2: Indemnizaciones más homogéneas (reducción de la varianza de estimaciones) ..	24
<b>3. Conclusiones</b> .....	<b>25</b>

### **1. Los baremos en España: lo nuevo y lo que hay que estudiar**

Existen dos grandes alternativas en la configuración del sistema de derecho de daños y, en concreto, en la forma de calcular las indemnizaciones:

- Un sistema de evaluación abierto, en el que el juez goza de un arbitrio casi absoluto para cuantificar el daño indemnizable,
- Frente a otro reglado en el que corresponde al juez, tan sólo determinar el tipo de lesión –o las circunstancias personales en caso de muerte– de la víctima, para después asignar mecánicamente su valor en euros preestablecido en el sistema de matrices<sup>2</sup>.

Es una obviedad afirmar que una reforma tan importante como la baremación del daño afecta a la forma en que se resuelven los conflictos, de modo que lo relevante es intentar identificar bien y cuantificar dichos efectos. Debemos determinar en qué sentido y en qué medida va a tener lugar este efecto neto. Desafortunadamente, este análisis no tuvo lugar antes de la aprobación de la ley 30/1995 en España. A lo sumo, se sostuvieron formularon algunas intuiciones y voluntades de interpretación, según las cuales los índices de litigiosidad ante los Tribunales disminuirían drásticamente en favor de un aumento en las transacciones extrajudiciales. El legislador asumió sin discusión las pretensiones del ámbito del sector asegurador, principal promotor de la reforma.

Por lo tanto, aún hoy se hace necesario un análisis riguroso para determinar la bondad de esta medida. Los resultados de ese análisis trascienden más allá de nuestras fronteras. El problema no es exclusivo del sistema jurídico español, aunque como veremos, sí lo es la solución adoptada.

---

<sup>2</sup> Sistema de valoración de daños corporales de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor –antiguo texto refundido en su día aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo–, introducido como anexo a la Disp. Adic. 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados,

Por eso estoy firmemente convencido de la trascendencia y utilidad en otros países de una evaluación bien desarrollada de tales alternativas novedosas—como lo son las realizadas en Nueva Zelanda, por ejemplo<sup>3</sup>-. La existencia de remedios y soluciones de política legislativa evaluadas y probadas en otros países permite a quienes dirigen las políticas públicas escoger el remedio más conveniente para problemas, que difícilmente son específicos de un país, en la reforma del derecho de daños. En particular, el de la valoración de las indemnizaciones por daños personales es un problema que comparten todos los ordenamientos, y en cuya solución puede ser provecha la experiencia española desde 1995.

Incomprensiblemente, camino de su séptimo aniversario, todavía sigue faltando en España un estudio a fondo de los efectos de los baremos sobre la litigiosidad. Esta falta de análisis anterior a su entrada en vigor llevó al Tribunal Supremo a ser explícitamente crítico en muchas sentencias, hasta que el Tribunal Constitucional declaró finalmente que algunos de los baremos eran contrarios a la Constitución (STC 29.6.2000<sup>4</sup>).

Hay muchos ordenamientos y ámbitos de riesgo en los que se vienen utilizando baremos; pero el español es el único que conozco, que contempla, al mismo tiempo un baremo vinculante y asociado a un sistema de responsabilidad civil.

	<b>RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	<b>REPARACIÓN DIRECTA</b>
<b>BAREMO VINCULANTE</b>	España	Suecia, Dinamarca, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia
<b>BAREMO ORIENTATIVO</b>	Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Grecia, Gran Bretaña, Luxemburgo, Portugal y Holanda	
<b>SIN BAREMOS</b>	Austria, Irlanda	

*Fuentes: MCINTOSH y HOLMES; DE ÁNGEL YAGÜEZ; STOLL, REGLERO; y HUGUES y TOMADINI.*

En efecto, la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados puso su actual nombre a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor e incluyó en ella un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

El rasgo más importante de este nuevo sistema es su carácter vinculante para jueces y magistrados, con independencia de la existencia de un seguro de responsabilidad civil y de la cobertura mínima o voluntaria de éste. El juez se limita a determinar el alcance del daño corporal y aplica el baremo atendiendo a las circunstancias que en él se identifican como relevantes. Entre otras, esto incluye información sobre la gravedad del daño sufrido por la víctima, su edad y sus circunstancias personales o familiares. El sistema se aplica imperativamente haya o no seguro (obligatorio o voluntario) salvo en caso de dolo, y abarca de forma conjunta tanto el daño moral

<sup>3</sup> Cfr. PALMER, Geoffrey: *Compensation for Incapacity. A Study of Law and Social Change in New Zealand and Australia*, Oxford University Press, Wellington, 1979.

<sup>4</sup> Véase INDRET 10/7/00 para un análisis crítico del juicio.

como el lucro cesante; pero no incluye los daños materiales ni los gastos médico-hospitalarios (que se indemnizan de forma separada). En el baremo español se distinguen tres tipos de indemnizaciones –por muerte, lesión permanente o incapacidad temporal– con tres esquemas de indemnización básica, a las que se aplican unos factores de corrección.

LAS INDEMNIZACIONES EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE 1995.

	<b>Muerte</b>	<b>Lesiones permanentes</b>	<b>Incapacidad temporal</b>
INDEMNIZACIÓN BÁSICA	CAP I: Nº de perjudicados, relación con el fallecido, edad del fallecido	CAP VI: Gravedad de la lesión, CAP III: Edad	CAP V A): Estancia hospitalaria con o sin baja laboral
FACTORES DE CORRECCIÓN	CAP II, IV y V B <sup>5</sup> ): ingresos anuales y situaciones particulares (discapacidad preexistente, hijo único, muerte de ambos progenitores, madre embarazada y concurrencia de culpas)		

Esta reforma es el último paso del proceso de baremación del daño iniciado en 1984 en el que una serie cada vez más depurada de tablas nunca habían pasado de ser una guía no vinculante de criterios orientativos.

1984	Manual de valoración de daños personales (aplicable a incapacidades permanentes) tomado de las indemnizaciones a los mutilados de guerra.
1987	Orden de 16 de marzo del Ministerio de Economía y Hacienda para el seguro obligatorio de responsabilidad civil.
1989	Reglamento del Seguro Obligatorio (R. D. 2641/89): Baremos con categorías tomadas del Derecho del Trabajo. Orientativo en el ámbito del seguro obligatorio.
1991	Orden de 5 de marzo del Ministerio de Economía y Hacienda, con prácticamente el mismo contenido que el actual. Efecto: orientativo de «uso recomendado» y OBLIGATORIO para el cálculo de las provisiones técnicas para siniestros pendientes de liquidación.

Las causas que llevaron al Gobierno a poner en marcha dicho proceso de baremación no se encuentran en la Ley de 1995, sino en la citada Orden Ministerial de 1991. El baremo se presentaba como el remedio que demandaba la “lotería indemnizatoria” que supuestamente se había instalado en nuestro sistema, y que estaba dando lugar a problemas de excesiva incertidumbre, litigiosidad y comprometiendo la solvencia de las compañías aseguradoras.

Como ya se ha dicho, nunca se puso mucho énfasis, si alguno, en predecir el efecto de la reforma. Además, la cuestión sigue sin cumplirse, por lo que ignoramos los efectos reales del baremo. Lo mismo ocurre con la comparación objetiva del sistema con las demás soluciones posibles al problema. La situación de variabilidad alcanzada en España en la década de los ochenta es comparable a la acaecida en otros países en diversos ámbitos de riesgo y, especialmente, en los accidentes de tráfico.

<sup>5</sup> Declarado en parte inconstitucional por la STC 181/2000, de 29 de junio.

**La (falta de una) solución tradicional: evaluación abierta.** La técnica de los baremos pretende ofrecer una solución al problema de la cuantificación económica de los daños corporales cuando, como es el caso, su reparación *in natura* resulte imposible. La reparación integral por equivalente monetario puede conseguirse razonablemente en caso de daños patrimoniales tales como los gastos médicos y asistenciales o el lucro cesante. En cambio, la reparación del daño moral difícilmente puede llevarse a cabo con el pago de una cantidad de dinero, pues no existe una referencia clara del mismo en el mercado. Las indemnizaciones por equivalente monetario sólo son un remedio adecuado frente al daño patrimonial, es decir, ante accidentes que provocan movimientos a lo largo de la función de utilidad de la víctima, pero no ante las que la alteran, desplazando a la víctima a otra función inferior. Como es sabido, cuando la víctima de daños corporales sufre secuelas irreversibles disminuye su capacidad para disfrutar de los bienes y servicios que el dinero permite adquirir. Un joven que ha sufrido un accidente que le ha dejado parapléjico pierde posibilidades de gastar dinero, y sobre todo, de disfrutar de ello y obtener «utilidad»: el accidente ha desplazado a la víctima desde su función histórica de utilidad a otra inferior, cuya utilidad marginal es menor. Incluso lo segundo no es imprescindible, puesto que bastaría el nada irreal supuesto de aversión al riesgo para dar lugar a la incapacidad reparadora del dinero.

El objetivo de la compensación plena –con el principio de la *restitutio in integrum* coronando nuestro sistema de daños– junto con un sistema abierto de cálculo de las indemnizaciones parecen convivir en los sistemas de responsabilidad tradicional. Lejos de solucionar el problema, esta combinación genera una paradoja. En primer lugar, un principio legal genérico de compensación plena deja a los jueces la tarea de fijar la cantidad de dinero que deje a la víctima en la situación previa al accidente. Pero jueces y Tribunales carecen de guías apropiadas para calcular la compensación pecuniaria de un daño personal, así como de ventaja comparativa frente al legislador. La paradoja consiste en confiar al poder judicial un encargo que no pueden llevar a cabo con más garantías de éxito que el legislador, pero sí con más inconvenientes o efectos indeseados. Esto es lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español, como viene reconociendo todo juzgador enfrentado a la obligación de dictar sentencia valorando daños morales, desde el Tribunal Supremo hasta el último Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

Admite poca discusión el hecho de que el derecho de daños español –junto con el de otros ordenamientos– esté construido sobre la base del principio de reparación integral: los arts. 1.106 y 1902 CC de 1889; 100 del Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882; 109 del Código Penal apuntan claramente en esta dirección y, ahora también, el principio está presente sin duda en la regla general 7ª del sistema de valoración introducido en 1995 como anexo a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor: “La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto restauración del derecho a la salud...”.

La jurisprudencia del TS ofrece buenos ejemplos de asociación entre el principio de reparación integral seguido de una evaluación abierta, considerada erróneamente como condición necesaria para alcanzar lo primero. Así, por ejemplo, la STS, Sala 1ª, de 26 de marzo de 1997, en un caso

sobre indemnización de daños causados en accidente de circulación, en el que se interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra el Ayuntamiento de Palma del Condado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de la misma, solicitando sentencia por la que se declare que el demandado adeuda la suma de 10.428.000 ptas. En Primera Instancia, con fecha 20-4-1992, se desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Huelva, con fecha 11-3-1993, estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el actor, revocando la sentencia recurrida en el sentido de condenar al demandado a indemnizar al actor en la suma de 2.250.000 ptas. e intereses desde la interposición de la demanda, sin hacer expresa imposición de costas de 1ª Instancia ni las del recurso. El demandado interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, y dice:

"[L]a cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consistan en daños corporales graves o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente... la función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las actividades probatorias unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto".

Por fin, para limitar la litigiosidad casi asegurada por la falta de criterios objetivos para la evaluación judicial de los daños corporales, el derecho español impone serios límites a la revisabilidad en apelación de las cuantías indemnizatorias fijadas por los jueces de primera instancia y, prácticamente, impide su acceso a casación. Después de todo, ello es consistente con dejar a los jueces y magistrados en la quimera de compensar los daños morales, para asegurar su total ocultamiento. Esta es la forma de privar la efectividad a las apelaciones. Un recurso razonado y fundado se antoja imposible en ausencia de herramientas para el cálculo de los daños, a excepción de la intuición del juez.

Como mínimo, el corolario del acceso restringido al recurso y a la ulterior revisión judicial es al menos consistente con su propia paradoja: si nuestro sistema pone al juzgador en el brete de cuantificar daños sin herramientas, también le garantiza oscuridad total: haya hecho lo que haya hecho, tampoco habrá manera de recurrirlas razonablemente.

**Efectos indeseados. Problemas derivados de la variabilidad.** La combinación entre reparación integral y discrecionalidad judicial sin instrumentos produce arbitrariedad: la cuantía de las indemnizaciones varía casi erráticamente y ello produce los efectos problemáticos siguientes:

1. Compensación inadecuada derivada de la subestimación o sobrestimación de los daños.
2. Distorsión del efecto disuasivo para causantes potenciales de daños.
3. Incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad civil, en particular, de los derivados de la litigación destinada a buscar un responsable.
4. Aumento de la lentitud en el proceso de liquidación de las indemnizaciones e, incluso, disminución del número de víctimas que finalmente obtienen algún tipo de reparación.

5. Incremento de las disfunciones del mercado de seguros, con problemas de encarecimiento y disponibilidad de la cobertura<sup>6</sup>.

Hasta el momento, la ausencia de datos nos ha impedido llevar a cabo resultados concluyentes, pero la información disponible apunta a las conclusiones siguientes:

- No se detectan indicios de una tendencia al alza desmesurada, mas bien unas indemnizaciones históricamente muy reducidas y la convergencia posterior con los techos indemnizatorios establecidos en los Estados miembros de la Unión Europea explican la mayor parte del crecimiento.
- El alegato de la «lotería indemnizatoria», lanzado por las compañías aseguradoras y aceptado por el Legislador, nunca se ha apoyado en una contrastación empírica fiable. Los indicios confirman que existió variabilidad, pero también sugieren que no fue ni tan injustificada ni tan excesiva como se ha dicho. Una simple comparación de los coeficientes de variación no arroja datos significativamente más elevados que los estimados por otros autores fuera de España.
- Para satisfacer el viejo anhelo de imponer límites máximos al daño indemnizable se ha aprovechado la confusión entre la variabilidad y tendencia al alza, cuando son problemas muy distintos que requieren soluciones también distintas. Los baremos son un buen remedio frente a la variabilidad, pero son excesivos para controlar el crecimiento de las cuantías, tarea que puede realizar más eficazmente un techo o un tope, sin efectos indeseados.
- El sistema de valoración subestima el daño causado a las víctimas, lo cual merma el papel preventivo de la responsabilidad civil y disminuye los objetivos de justicia y compensación. Si las cuantías contenidas en las tablas por daño moral no alcanzan a cubrir el segundo, se pueden producir más accidentes en un futuro.
- Uno puede llegar a olvidar que el sector asegurador continua disponiendo de la vía contractual para ajustar coberturas a primas. Pero el seguro sólo es obligatorio para el conductor, nadie obliga a las compañías a ofrecerlo y mucho menos con cobertura limitada. La reforma de 1995 convierte en engañosa la oferta de cobertura ilimitada y aísla al mercado español, de paso, del crecimiento de los límites máximos provenientes de la Unión Europea.
- Con datos preliminares, ni los niveles de variabilidad ni los de equilibrio del sector han mejorado espectacularmente, como tampoco han disminuido los niveles de primas desde 1995, de modo que es posible que nos encontremos ante una política de «pan para hoy y hambre para mañana». Una vez el mercado haya asumido el descenso del riesgo asegurado – techos del sistema y menor incertidumbre respectivamente– la demanda acabará por

---

<sup>6</sup> Para un modelo alternativo sobre el modo en que la reforma del derecho de daños afecta a la litigiosidad, véase BABCOCK, Linda & POGARSKY, Greg: "Damage Caps and Settlement: A behavioral Approach", *Journal of Legal Studies*, vol. XXVIII, Junio, 1999, aunque se dedica en especial a los efectos de los topes indemnizatorios en la litigación, mientras que yo centro mi trabajo en los baremos, teniendo en cuenta sus efectos tanto en el optimismo como en el pesimismo.



reducirse. Como consecuencia, el resultado final será menos negocio en un mercado en el que la demanda depende del riesgo y la incertidumbre.

- Carecemos de datos para medir el efecto de la reforma sobre los costes legales pero los indicios apuntan a que su reducción se produjo antes de que el baremo fuera vinculante en 1995. Y aunque no tengamos prueba concluyente de su relación con la reforma, los índices de accidentes han empezado a aumentar de forma importante.

Sin embargo, la reforma tiene aspectos manifiestamente mejorables:

1. Somete el lucro cesante al mecanismo indirecto y subestimador de los factores de corrección-Tablas II, IV y V- incluso aunque exista información para calcular con precisión y facilidad las rentas dejadas de percibir. Ello evita un cálculo rápido y preciso de los daños contrario al sentido común, la conveniencia social y los principios y objetivos básicos del derecho de daños. El Tribunal Supremo español ha utilizado esta argumentación para declarar inconstitucional una parte de las tablas el año 2000.
2. Deberían distinguirse las partidas del daño moral y lucro cesante como problemas distintos que requieren soluciones diferentes. Es imposible, no ya saber qué parte de las indemnizaciones del baremo corresponde al daño moral y cuál al lucro cesante, sino incluso saber de dónde han salido las cuantías del sistema, que son las mismas de la Orden Ministerial de 1991 y a su vez las que reflejaba el «Informe Seaida»<sup>7</sup>. Este oscurantismo sanciona con rango legal una práctica habitual en la jurisprudencia y de largo criticada, incluso contraria a la resolución 75/7, de 14 de marzo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.
3. La técnica legislativa es inadecuada por dos razones: en primer lugar, por alojar una reforma tan trascendental para nuestro sistema de responsabilidad civil en una disposición adicional de una norma administrativa reguladora del mercado de seguros. Y en segundo término, por incluir hasta el último detalle de los baremos en una norma tan rígida como es una ley. La textura dada a la norma es inadecuada. Precisamente este error en la elección del rango normativo ha provocado que el debate sobre la conveniencia del baremo haya trascendido al ámbito de la justicia constitucional.

Siete años después de la entrada en vigor de los baremos -y con una sentencia declarando su inconstitucionalidad parcial-, la opción más deseable sigue siendo una reforma a tiempo, aprovechando las ventajas de la baremación del daño moral. Por otro lado, mantener el sistema en los términos actuales perpetúa los graves riesgos endémicos que tiene, con el riesgo añadido de aplicación a otros ámbitos de responsabilidad, en los que tanto causantes potenciales de daños como sus aseguradoras están dispuestos a beneficiarse de la reducción en su responsabilidad.

A la vista de todo lo dicho, la necesidad de una reforma estaba plenamente justificada; pero en absoluto lo estaba ésta. La situación anterior, por grave que fuese -ya se ha apuntado que podría

---

<sup>7</sup> Una tabla de referencia publicada por la sección española de la *International Association of Insurance Law*.

no serlo tanto-, no concede al legislador una patente de corso para arrasar la rica variedad de daños indemnizables con la potencia uniformadora de un baremo que sólo requiere alguno de ellos.

Los avances serán más seguros si se construye sobre los aciertos, entre los que destaca el haber sujetado la indemnización por daño moral a un baremo. Si además se garantizara la restitución íntegra del lucro cesante allí donde es posible y se reservara el rango legal para los grandes principios rectores, podrían afianzarse esos avances e introducir otros sin un coste prohibitivo. No parece haber ninguna razón que impida aplicar a los daños causados en cualquier accidente los logros alcanzados en el ámbito de la circulación, de modo que una vez superados los errores de nuestro actual baremo, será una buena herramienta para la valoración, en general, del daño moral.

Centremos ahora la atención en uno de los efectos concretos de esta reforma: aquél que según sus partidarios sería su mayor beneficio: el supuesto logro de índices adecuados de litigiosidad y utilización de medios alternativos de resolución de conflictos.

## ***2. ¿Cómo afecta la baremación de las indemnizaciones por daños corporales a las variables de las que depende la resolución de conflictos judiciales?***

El modelo estándar en la literatura del análisis económico del Derecho procesal sobre las decisiones de las partes en un litigio nos ofrece una excelente herramienta para identificar los efectos de la reforma legal sobre la resolución de conflictos. En concreto, dicho instrumento ofrece un medio para describir la relación entre la manera que las partes van a escoger para resolver un conflicto, esto es, su demanda por la litigación –transacción *versus* pleito–, como una función del conjunto finito de variables de la que depende:

$$D = f(Q_e, Q_o, P, C, A, N)$$

Donde

D= Demanda de tutela judicial

Q<sub>o</sub> = Indemnización prevista *ex ante* por el demandado

Q<sub>e</sub> = Indemnización prevista por el demandante

Q= Indemnización finalmente fijada en el pleito

P= Probabilidad objetiva de que el demandante prevalezca en juicio y obtenga una sentencia estimatoria, cuando las estimaciones de las partes coinciden, es decir, siempre que P<sub>o</sub>= P<sub>e</sub>

C= Costes de litigación, cuando los costes de las partes coinciden, es decir, C<sub>o</sub>= C<sub>e</sub>

A= Costes asociados a la transacción y al acuerdo extrajudicial, también asumidos como simétricos:  $A_o = A_e$

N= número de conflictos explicitados.

Obviamente, las partes en conflicto desconocen la cantidad  $-Q-$  que concederá el juez como indemnización durante el pleito: no hay posibilidad de que puedan conocer por adelantado la condena que establezca el juez hasta que dicte la resolución que ponga fin al proceso. Esa cuantía depende no sólo de las circunstancias fácticas del caso, sino también del sesgo y apreciación personal del juez, el marco legal, las posibilidades de apelación, etcétera. Esta certeza hace necesario que las partes recurran a estimaciones o conjeturas acerca de la cuantía para tomar sus decisiones, aunque claro está que son en realidad los letrados encargados de su defensa quienes desempeñan el papel principal, por su superior experiencia. La obligación que tienen en el ordenamiento español los conductores de asegurarse frente a terceros, junto con la especialización conseguida mediante frecuentes pactos entre los letrados y las compañías aseguradoras convierte a los primeros en “jugadores habituales”. Pero también es cierto que los intereses de unos y otros pueden muy bien no estar alineados, dada la estructura de incentivos que provoca el actual sistema de honorarios.

Existen dos ingredientes centrales en la formación de esas conjeturas sobre la cuantía:

- 1) Los precedentes sentados para casos análogos en la práctica forense, en la medida en que el «ruido» generado por la variabilidad en las indemnizaciones permita identificarlos.
- 2) La actitud de las partes, que pueden comportarse de un modo optimista o pesimista.

Los sesgos en las predicciones que realizan las partes suelen reflejarse en la estimación de la probabilidad de ganar el pleito. Sin embargo, en este trabajo opto por aislar el optimismo o el pesimismo de las partes sobre las cuantías de las indemnizaciones establecidas por los Tribunales,  $Q_o$  y  $Q_e$ ; dejando al margen las probabilidades  $P_o$  y  $P_e$ .

Las indemnizaciones en el caso  $-Q-$  son un dato futuro e incierto hasta la sentencia. Por tanto son “inobservables” a lo largo del litigio. . Esto obliga a las partes a construir y luego a utilizar sus propias estimaciones del valor potencial de  $Q$ . Estas predicciones de las partes encajan perfectamente en el concepto de variable aleatoria, que permite asignar una distribución de probabilidad a todo el rango de valores posibles, de forma que:

$Q_e$  es la estimación del demandante del resultado del pleito,

$Q_o$  es la del demandado.

Como ambas partes tratan de acercarse todo lo posible al valor futuro  $-desconocido-$  que finalmente fijará el Tribunal,  $Q$ , con la información limitada de que disponen, van a incurrir en un cierto grado de error, dando lugar a que estos estimadores devengan estocásticos. Es decir:

$$Q_e = Q + \varepsilon_e \text{ y } Q_o = Q + \varepsilon_o.$$

$$\text{Donde } \varepsilon_e \sim N(\mu_e, \delta_e) \text{ y } \varepsilon_o \sim N(\mu_o, \delta_o)$$

Con el fin de hacer manejables estas estimaciones subjetivas se adoptan dos supuestos o hipótesis de trabajo que, si bien distorsionan la realidad, aunque no significativamente, a cambio simplifican en gran medida el análisis:

- 1) Las estimaciones de las partes son variables aleatorias que siguen distribuciones normales<sup>i</sup>, con medias y varianzas que no tienen por qué coincidir, pero pueden hacerlo. El teorema del límite central se aplica fácilmente debido al gran conjunto de conflictos que hacen crecer la muestra.

$$Q_e \sim N(\mu_e, \sigma_e^2)$$

$$Q_o \sim N(\mu_o, \sigma_o^2)$$

- 2) Ambas conjeturas son independientes entre sí probabilísticamente<sup>ii</sup>. Este supuesto tampoco es imprescindible pero simplifica más el manejo de la diferencia entre ambas distribuciones de lo que distorsiona la capacidad explicativa del modelo. Con este segundo supuesto, la diferencia entre las estimaciones de las partes depende solamente de su media y de su varianza, y no de la covarianza –pronto vamos a ver la importancia de esta diferencia–:

$$\text{Cov} [Q_e, Q_o] = 0$$

**¿Juicio o acuerdo?** Los fundamentos del modelo se basan de hecho en una idea clara e intuitiva: en general, habrá acuerdo cuando la petición mínima del demandante no exceda la oferta máxima del demandado, dependiendo ambas de los valores esperados de la indemnización que fijaría el Tribunal, tras descontar los costes del pleito.

Para que al demandante le resulte interesante una oferta de acuerdo del demandado, ésta tendrá que igualar, al menos, la cantidad que el demandante estima que puede ganar en juicio, neta de los costes en que incurriría para conseguirlo; por tanto,

$$\text{petición mínima del demandante} = P * Q_e - C + A$$

Por su parte, el demandado estará dispuesto a ofrecer una cantidad máxima equivalente a lo que estima que puede perder en juicio, más lo que gastaría en intentar evitarlo:

$$\text{oferta máxima del demandado} = P * Q_o + C - A$$

de modo que habrá acuerdo si se cumple la siguiente condición:

$$P * Q_e - C + A < P * Q_o + C - A$$

Operando hasta poner el resto de variables como función de las conjeturas acerca de Q, resulta que habrá juicio cuando la probabilidad -P- y los costes -C, A- se relacionen con las conjeturas del siguiente modo:

$$Q_e - Q_o < 2 * (C - A) / P$$

La expresión de esta sencilla idea ratifica la gran importancia de la función resultante de restar las estimaciones de las partes -en adelante, «discrepancia»- en el análisis. Tanto la decisión del demandante como la del demandado de interponer una demanda y entablar un pleito o llegar a un acuerdo extrajudicial dependen básicamente de los pagos que las partes prevén que tendrán que afrontar, de la probabilidad de éstos y de los esfuerzos y recursos que deberán gastar para conseguir un resultado favorable. La idea resulta útil, pues lo que esencialmente hace la nueva legislación es afectar a la distribución de la discrepancia, por lo que debemos centrar nuestra atención en ellos, tomando a C, A y P como constantes en cualquier caso.

Dado el carácter estocástico de las estimaciones, debe tenerse presente que el error en que pueden incurrir las partes a la hora de estimar la indemnización depende de dos factores:

- A) La previsibilidad del fallo, que depende de la calidad y nitidez de la información que reciben los litigantes de precedentes sentados en casos parecidos al suyo y
- B) La presencia de pesimismo u optimismo en la formación de las predicciones.

Volvamos ahora al proceso de desarrollo de estas predicciones para luego examinar qué efectos tiene la reforma legal citada.

LOS CAMBIOS EN Q. El efecto más relevante es el que se produce sobre las indemnizaciones por daños, más concretamente, sobre las variables aleatorias mediante las cuales las partes tratan de aproximarse a ella,  $Q_e$  y  $Q_o$ . Con el objeto de prestar atención a los cambios producidos por la reforma en el derecho de daños en cuanto al modo en que los Tribunales indemnizan los daños, son asumidas como ciertas y conocidas por las partes otras variables de la función de demanda de litigación. La presencia de optimismo ha sido tradicionalmente concebida como influyente en P, la variable que representa las estimaciones subjetivas de las partes sobre la probabilidad de un fallo a favor del demandante. Más exactamente, demandantes optimistas tienden a sobrestimar sus posibilidades de prevalecer en el juicio, mientras que demandados optimistas infravaloran la probabilidad de un fallo condenatorio. Este efecto ha sido ampliamente considerado por la literatura.

Me he concentrado en las variables aleatorias  $Q_e$  y  $Q_o$ , que usualmente se consideran determinadas en los modelos tradicionales. Esto implica que otros parámetros relevantes como la probabilidad de ganar o los costes de litigación o negociación sean dejados al margen para que las indemnizaciones por daños monopolicen toda la atención.

Con el objeto de hacer comparaciones más precisas entre las diferentes cuantías indemnizatorias concedidas bajo los escenarios legales, antes y después de la reforma del derecho de daños,

debemos asumir que estamos comparando horizontalmente el mismo tipo de accidente, que es lo mismo que decir que los aspectos relevantes de la víctima permanecen inmodificados para que podamos centrarnos exclusivamente en los cambios debidos a la reforma en el derecho de daños.

### **A) Régimen de responsabilidad civil antes de la reforma**

#### **Error 1: Optimismo (distanciamiento de las medias de las conjeturas)**

Los amplios márgenes de discrecionalidad judicial atribuidos por nuestro sistema abierto al juzgador son un excelente caldo de cultivo para los errores más típicos de los litigantes en la estimación de los resultados del caso. Los abogados son en buena medida responsables de estas conjeturas y a la vez, quienes tienen fuertes incentivos para generar un sesgo optimista, aún más en España, donde los honorarios dependen de la cuantía y complejidad o duración del caso, pero no de su resultado, creando un grave problema de riesgo moral.

En consecuencia, los demandantes optimistas tienden a realizar una sobrestimación sistemática del valor de la indemnización futura, mientras que un demandado optimista va a infraestimar el resultado esperado del pleito que tendrá que afrontar en su caso.

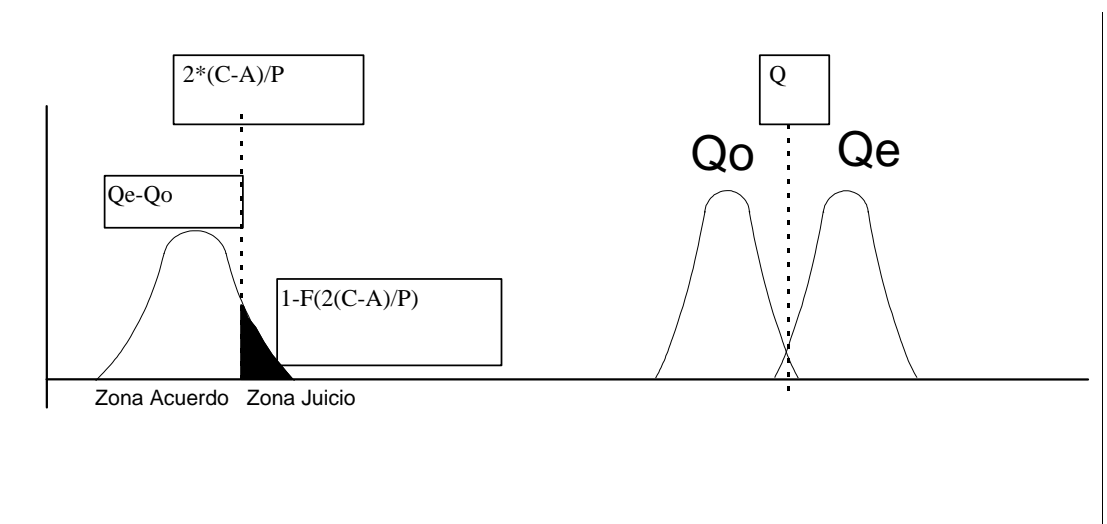
La consecuencia de estos sesgos en las estimaciones de las partes es un alejamiento de las posturas de ambas partes en la negociación previa al juicio y, por tanto, una reducción de las posibilidades de acuerdo. Obviamente, el pesimismo tiene el papel opuesto y aproxima ambas estimaciones. En el modelo que aquí se presenta, la presencia de conductas optimistas y pesimistas tiene que ver con la separación entre las funciones de estimación de las partes o distancia horizontal entre las medias.

Resulta crucial determinar si el optimismo o el pesimismo en la estimación del resultado del pleito es la tendencia concreta de una determinada situación jurídica. El primero aleja las distribuciones y aumenta la diferencia positiva entre  $\mu_e$  y  $\mu_o$ , lo que desplaza la discrepancia hacia la derecha al aumentar el valor de las medias ( $\mu_e - \mu_o$ ). Por el contrario, el pesimismo reduce  $\mu_e$  e incrementa  $\mu_o$ , por lo que se aumenta la diferencia negativa de la discrepancia, desplazándose hacia la izquierda. Los siguientes gráficos representan el «optimismo simétrico», en el sentido de que ambas predicciones son equidistantes del valor final de la indemnización - Q-, aunque en cualquier caso, se sitúa al demandante a la derecha y al demandado a la izquierda de Q. Esto es lo mismo que suponer que ambos litigantes son cuantitativamente iguales en optimismo. Sin duda, cuanto más optimistas sean los litigantes, mayor será el espacio entre ambos y menor la probabilidad de llegar a un acuerdo. La suposición contraria del pesimismo añadiría de hecho más ambigüedad al modelo.

**Error 2: Incerteza sobre la indemnización esperada (varianza alta)**

Los problemas de información referidos al resultado esperado del pleito se reflejan directamente en las estimaciones de las partes, afectando a la corrección de sus predicciones. Se muestran estos errores mediante las varianzas de las estimaciones,  $\sigma_e^2$   $\sigma_o^2$  En ausencia de parámetros objetivos para valorar las indemnizaciones derivadas de lesiones graves, las soluciones ofrecidas por los juzgadores son muy erráticas. Ello hace que existan diferencias en cuanto a las cuantías que se están fijando como indemnización para supuestos análogos no sólo en el mismo sistema jurídico sino también en la misma jurisdicción y en cortos periodos temporales. Esta situación condiciona la distribución de Q –indemnizaciones fijadas para accidentes similares– y elimina su consistencia introduciendo una variabilidad impredecible, conduciendo a formas extremadamente dispersas en la distribución de las previsiones de las partes – $Q_e$  y  $Q_o$ –, o en otras palabras, varianzas altas. Sorprendentemente, una primera mirada al conjunto de datos muestra unos coeficientes de variación semejantes en las indemnizaciones en España antes de la reforma y las indemnizaciones fijadas en las jurisdicciones de los Estados Unidos para la compensación del daño moral<sup>8</sup>.

Gráfico 1



En el gráfico 1 se muestran ambos errores. El ultimo –error 2– consiste en la imprevisibilidad de las estimaciones lo que implica que la función de densidad  $Q_e$  y  $Q_o$  tengan una forma sesgada. A su vez, la excesiva discrecionalidad hace que la mayoría de la masa de probabilidad se sitúe lejos de la media de ambas estimaciones.

Es importante para la claridad del análisis marcar una clara distinción entre estos dos efectos –optimismo e imprevisibilidad– sobre la media y la varianza de las distribuciones de las estimaciones. La diferencia entre la estimación del demandante – $Q_e$ – y la del demandado – $Q_o$ –,  $Q_e - Q_o$ , es el punto central de este análisis, y por eso el Gráfico 1 esboza su aparición.

<sup>8</sup> Véase PINTOS AGER, Jesús: *Baremos, Seguros y derecho de daños*, Civitas & IUDEC, Madrid, 2000.

Debido a que dichas estimaciones adoptan la forma de funciones de probabilidad normalmente distribuidas, conocemos que la distribución de la diferencia entre ellas,  $Q_e - Q_o$ , será también otra variable aleatoria con distribución normal cuyo valor medio será la diferencia entre las medias de estimación, y cuya varianza es la suma de las varianzas de las estimaciones. La razón por la que se asumía que esas estimaciones eran independientes las unas de las otras era el evitar tener que tratar con la covarianza<sup>9</sup> entre ellas, que innecesariamente dificulta el análisis.

$$Q_e - Q_o \sim N[(\mu_e - \mu_o), (\sigma_e^2 + \sigma_o^2)]$$

En esa distribución, la masa de probabilidad asociada a las posibilidades de que el caso finalice en juicio está representada por el área en negro, mientras que el área no sombreada representa la probabilidad de que ese caso sea negociado. Puesto en una expresión algebraica, y tomando  $Q_e - Q_o = x$ , la masa de probabilidad de acordar el caso es igual a

$$F_x(2(c-a)/p) = \int_{-\infty}^{2(c-a)/p} \frac{1}{\sqrt{2\pi}\sigma^2} e^{-(x-\mu)^2/2\sigma^2} dx$$

Esto es, el área de la función de densidad a la derecha del punto crítico,  $2(c-a)/p$ .

**Costes sociales de la variabilidad.** Toda la situación descrita referida al régimen de responsabilidad por accidentes de tráfico en España anterior a 1995 da lugar a diversos costes sociales, en concreto:

1. El empleo de las sentencias para resolver litigios que podrían ser más eficientemente zanjados mediante acuerdo, o viceversa, es un síntoma del mal funcionamiento de los mecanismos de resolución judicial y extrajudicial y genera costes tanto privados como sociales<sup>10</sup>.
2. Entre éstos, una excesiva tasa de litigación –o una cantidad subóptima de transacciones– genera una inadecuada distribución de casos entre estas dos vías de resolución y produce una congestión en los Tribunales. En efecto, los accidentes hacen gastar tiempo y recursos a los Tribunales, cuando hubiera sido más eficiente resolver el caso mediante una solución alternativa, y privan el acceso de otros casos más necesarios.
3. Los costes de litigación son significativamente mayores que los costes de llegar a un acuerdo por lo que se incrementan los costes citados<sup>11</sup>, especialmente si tenemos en cuenta que parte de los primeros es soportada por los contribuyentes tras la supresión de las tasas judiciales en 1986.
4. El mercado de seguros juega aquí un papel central. Aunque existen claros incentivos de las empresas dedicadas al aseguramiento para mostrar el problema más grave de lo que es en realidad, la incertidumbre en cuanto a las indemnizaciones las coloca en difícil situación cuando tienen que buscar recursos para afrontar las indemnizaciones que deberán abonar en el futuro. Es remarcable el ejemplo de la industria española de seguros de automóviles

<sup>9</sup> De hecho, lo que actualmente implica es que  $Cov [Q_e, Q_o] = 0$

<sup>10</sup> El objetivo del sistema legal es ser el instrumento que provea el remedio legal óptimo a un conflicto, no necesariamente una resolución de un Tribunal. La negociación u otros mecanismos alternativos de resolución de controversias se han mostrado más eficientes en ciertos supuestos, siendo mejores a un fallo judicial oficial.

<sup>11</sup> Esa diferencia entre costes de litigación y negociación puede ser una fuente de indeseables incentivos para los potenciales causantes de daños, que reciben inadecuadas señales disuasorias, *ceteris paribus*.



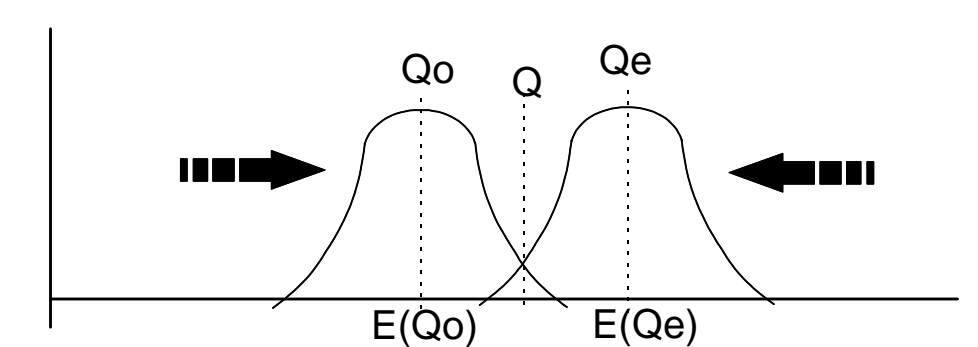
durante la década de los ochenta: de un total de 183 compañías en 1979, sólo 118 continuaban en el sector en 1993, de las cuales solamente 92 tuvieron beneficios. El sector entero tuvo como resultados en 1990 unas pérdidas de 73.000 millones de pesetas, descendiendo a 48.000 millones de pesetas en 1992. Pero debemos desconfiar de estos datos sin un análisis más detallado en el que fácilmente podrían ser considerados como el resultado de un proceso de selección. Los más ineficientes se verían obligados a abandonar el mercado cuando no se ajustasen las primas con los riesgos sobre los que ofrecían cobertura. Este efecto ha sido recientemente mencionado y empíricamente testado por BORN & VISCUSI<sup>12</sup>.

## B) Efectos de la baremación

### EFECTO 1: Reducción del optimismo (acercamiento de las medias)

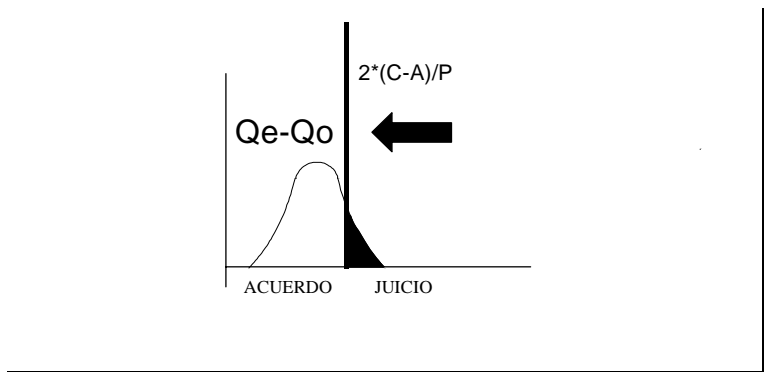
La entrada en vigor del baremo, que cuantifica objetivamente la indemnización por accidente, reduce el margen de optimismo en cuanto a las predicciones de las partes sobre los potenciales resultados de un proceso. El efecto inmediato a esperar es el acercamiento entre las estimaciones de demandante y demandado, lo que implica que ambos se aproximen al mencionado valor de  $Q$ .

GRÁFICO EF1



El GRÁFICO EF1 muestra esta convergencia de las distribuciones. El baremo ha causado una fuerza centrípeta alrededor del punto  $Q$ , forzando así un desplazamiento de la discrepancia  $-Q_e - Q_o$  a la izquierda. Ello sucede porque la media de la discrepancia es igual a la diferencia entre las discrepancias de las estimaciones de los litigantes, y con la reducción de esa diferencia como resultado de la reforma legal, la distribución se desplaza hacia la izquierda, generándose así una mayor probabilidad de agruparse a la izquierda -acuerdo- del punto crítico, el cual permanece en la misma posición. Como consecuencia inmediata, el primer efecto parcial que puede esperarse de la promulgación de un baremo de indemnizaciones por daños es el de un mayor número de acuerdos.

<sup>12</sup> BORN, P. y VISCUSI, W. Kip: "The Distribution of Insurance Market Effects of Tort Liability Reforms", Discussion Paper N. 243, John M. Olin Center, Harvard Law School, octubre, 1998.

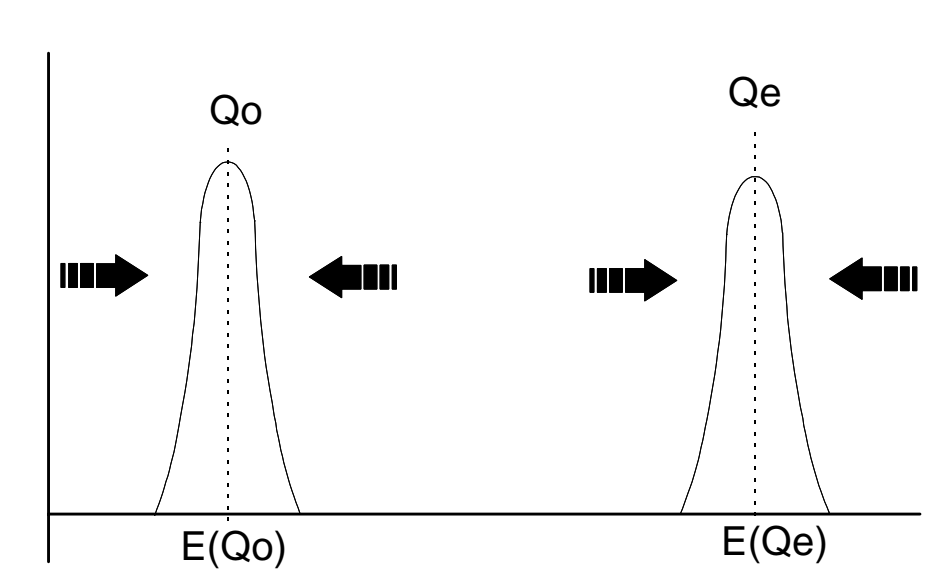


**El contrario.** Por supuesto, si la situación derivada de las estimaciones de los litigantes fuese de pesimismo, entonces el baremo que la corrige tendría el efecto opuesto, generando que el número de procesos aumentase porque las partes tenderían a jugar más duro en las negociaciones desarrolladas antes del juicio, como consecuencia del estrechamiento del intervalo en el que el acuerdo debe ser alcanzado. De esta forma se nos muestra en el modelo la ambigüedad derivada del primer EFECTO 1.

**EFECTO 2: Indemnizaciones más homogéneas (reducción de la varianza)**

Intuitivamente parece bastante comprensible que el baremo legal generará una reducción significativa de la dispersión de las indemnizaciones establecidas por los Tribunales -Q- así como de las estimaciones que las partes realizan sobre ellas -Qe y Qo-. En consecuencia, ello llevará necesariamente a una reducción de la varianza de las estimaciones, al llegar a aproximarse a sus valores medios. Eso es lo que exactamente muestra el GRÁFICO EF2 con distribuciones más estilizadas para Qe y Qo.

GRAFICO EF2



Como previamente expliqué, si la distribución de la discrepancia es

$$Q_e - Q_o \sim N[(\mu_e - \mu_o), (\sigma_e^2 + \sigma_o^2)]$$

estos efectos en las estimaciones individuales de las partes ocurren a su vez en la discrepancia, discrepancia que fue previamente definida como la diferencia entre aquellas estimaciones. Entonces, ¿cómo afectará ese cambio a la resolución de la controversia, esto es, a los índices de acuerdo/juicio?

Debido al EFECTO 1, la probabilidad de acuerdo era dependiente de la probabilidad de ganar y de los costes derivados tanto de la litigación como del acuerdo. También conocemos como se distribuye esta probabilidad -normalmente-, por lo que, de este modo, podemos colocar juntas a ambas variables y comparar como interactúan *ceteris paribus* antes y después de la reforma sobre responsabilidad aquí analizada. De hecho, esto comporta aplicar el modelo de litigación presentado en la Sección I a los cambios en las variables descritos en la Sección II.

Sin embargo, las restantes variables implican mayor probabilidad de acuerdo cuando la litigación es relativamente cara frente a la negociación, y la diferencia entre aquellos dos costes es significativa comparada con los intereses en el caso, esto es, cuando

$$\text{Max}\left\{\frac{(C_e + C_o) - (A_e + A_o)}{Q}\right\} \Rightarrow \text{Min D}$$

En la Sección I se mostró que para que un caso sea negociado las predicciones de las partes sobre el resultado final requerían que los costes de litigar y la probabilidad de un fallo a favor del demandante estuvieran relacionados en la forma que muestra la siguiente identidad:

$$Q_e - Q_o < 2 * (C - A) / P$$

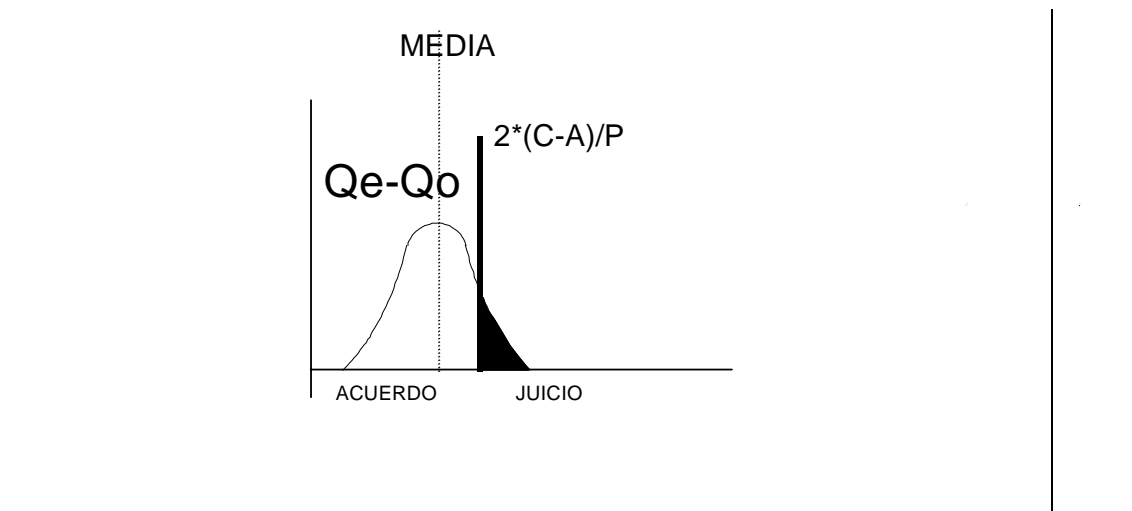
Esto implica que la condición necesaria para que tenga lugar un acuerdo extrajudicial es que la discrepancia de las partes sobre la indemnización final no exceda del total de los costes de litigación, neto de los costes de negociación, y dividido entre la probabilidad de un fallo a favor del demandante. A efectos del presente trabajo, y en lo sucesivo, el valor  $2*(C-A)/P$  debe ser considerado como el «punto crítico», representado por un valor cierto en el eje horizontal de la función de densidad de la discrepancia, como un punto de referencia que dividirá en dos la función de densidad, resultando en consecuencia dos funciones de distribución. Cada una de las dos áreas dejadas a cada lado del punto crítico representan las probabilidades de negociación y proceso judicial.

**Ambivalencia.** Sustituir la discrecionalidad judicial por una aproximación tabular de los daños debería implicar una mejora en la calidad de la predicciones sobre el resultado del proceso y, consecuentemente, mejores estimaciones. Ello afecta especialmente a nuestro análisis reduciendo las varianzas en ambas funciones de densidad de estimación y, por tanto, la discrepancia también resulta más precisa. Cambios en las probabilidades de juicio y negociación son previsibles después de que las estimaciones devengan más estilizadas, cuando la masa de probabilidad se

aproxime a la media. Pero aparece un problema cuando se intenta evaluar el efecto de este cambio en la forma con la que las controversias se resuelven: no es un problema único sino doble, dependiendo de en qué lado de la función de densidad de la discrepancia ocurre la intersección por el punto crítico. Este dilema sólo puede ser superado distinguiendo dos escenarios alternativos. De otra forma, la reforma en el derecho de daños consistente en la baremación de los daños personales no podría generar ni un incremento de los niveles de negociación ni operar en la dirección opuesta.

SITUACIÓN A: Los costes de litigar son generalmente comparados con aquellos derivados de la negociación y/o de la probabilidad de que un fallo a favor del demandante sea baja, por lo que el punto  $2(C-A)/P$  excede el valor medio de la discrepancia –que se sitúa en su lado derecho–, incluso después de haber sido desplazado hacia la izquierda por el EFECTO 1.

$$2*(C-A)/P \in ((\mu_e - \mu_o), \text{Max}\{Q_e - Q_o\}), \text{ gráficamente}$$

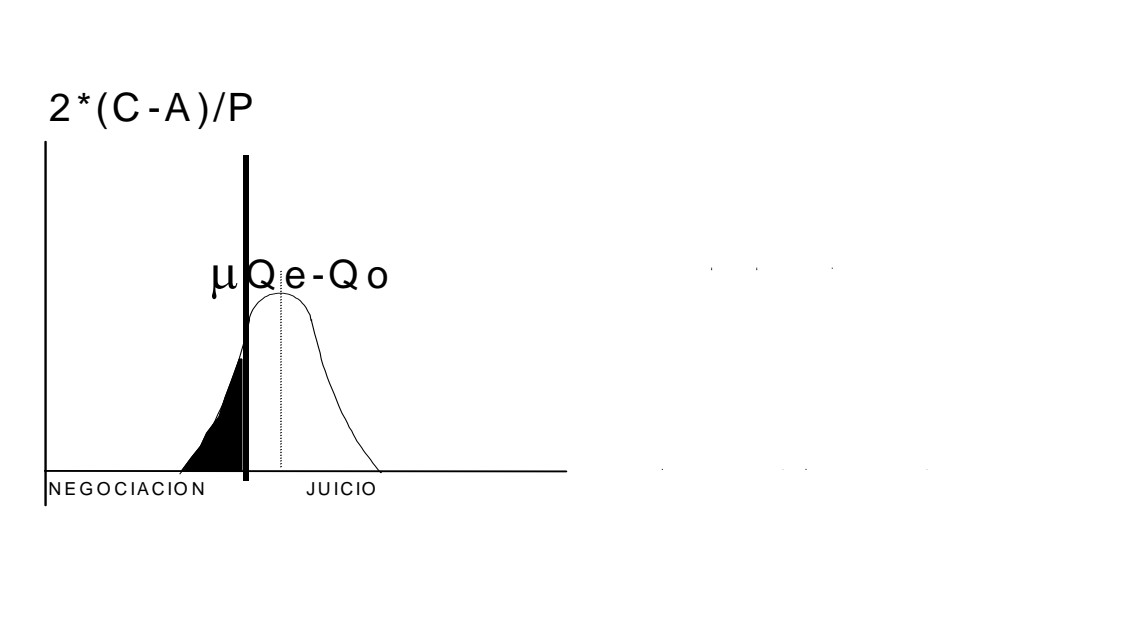


Entonces, lo que el EFECTO 2 realmente hace, extendiendo hacia arriba la distribución, es de hecho desviar masa de probabilidad de la parte sombreada de la derecha –p. de juicio- a la cola no sombreada a la izquierda –negociación- de la función de discrepancia. De este modo, bajo la SITUACIÓN 1, el EFECTO 2 disminuye la probabilidad de que el caso finalice en un juicio y, siendo éste un modelo dicotómico, reduce en correspondencia las oportunidades de alcanzar un acuerdo. Como consecuencia, si todas las variables restantes permanecen igual, *ceteris paribus*, este efecto debería operar de la misma forma que el EFECTO 1, causando ambos un mayor nivel de acuerdo como consecuencia de la reforma legal.

SITUACIÓN B: Cuando los costes de litigar son bajos y/o las posibilidades de un fallo condenatorio son importantes, es más probable que el valor de  $2(C-A)/P$  sea más pequeño que el valor medio de la discrepancia. La SITUACIÓN B se caracteriza por el hecho de que el punto crítico  $2(C-A)/P$  se sitúa en la parte izquierda de la discrepancia, incluso después de que el EFECTO 1 haya movido la distribución hacia la izquierda. Bajo esta asunción, cualquier

reducción en la varianza desplaza la masa de probabilidad de la izquierda –área de la negociación– a la parte derecha –juicio– del área de la distribución. El GRÁFICO 3 describe esta situación y sustituye el GRÁFICO 2 cuando A, C y P y las estimaciones se comportan de la siguiente manera:

$$2*(C-A)/P \in (\text{Min}\{Q_e-Q_o\}, (\mu_e-\mu_o)), \text{ gráficamente}$$



En el escenario descrito como SITUACIÓN B, el EFECTO 2 contradice al EFECTO 1, generando ambigüedad en cuanto a lo que se nos muestra en el modelo. Como el efecto final de ambos es una cuestión empírica que precisa actualmente información no disponible, un incremento en los niveles de acuerdo no puede atribuirse de forma indudable a una reforma del derecho de daños que introduce una baremación de las indemnizaciones por daños a la persona, en contraposición a lo que sus proponentes y el legislador sostuvieron como razón básica para su adopción.

**Marginalidad y perspectiva de conjunto.** No debe olvidarse que en realidad los casos afectados por este efecto no son todos, sino sólo aquellos «en el límite». Aquellas distribuciones de la discrepancia que permanecen lo suficientemente lejos y que por ello no son cortadas por el punto crítico son indiferentes a los EFECTOS 1 y 2<sup>13</sup> de la reforma en el derecho de daños. Contrariamente a lo que sucede en aquellos casos, estos dos efectos tienden a ser más intensos cuanto más rígido es el baremo, hasta el extremo en que se va a reducir la variabilidad generada por la discrecionalidad judicial. Puede esperarse que un baremo abierto, que únicamente defina un conjunto de situaciones en las que la judicatura se mueva libremente, afecte en menor grado a la litigación de lo que lo haría uno tasado. Por ejemplo, mientras el baremo español de 1995 podría dar la impresión de ser, en teoría, un sistema rígido, la forma en la que los jueces tienden a ponerlo en práctica en la litigación sobre daños lo convierte en un marco legal mucho más amplio

<sup>13</sup> Digámoslo así, porque una función normal será siempre cortada por cualquier punto cuando su extensión vaya de  $-\infty$  a  $\infty$ . Lo que esto significa es que no se corta en un punto relativamente cercano a la media, ni en ambos lados de las funciones.

de lo que podría esperarse inicialmente. De hecho, las interpretaciones divergentes truncan todas las esperanzas puestas en esta reforma para restaurar la litigación sobre daños con un mínimo de certeza. Podría decirse que la posibilidad de implementar este tipo de reforma es mínima. Afortunadamente, una Sentencia del Tribunal Constitucional de junio de 2000 ya ha reconocido los efectos obligatorios del baremo para los jueces.

#### COSTES DE LITIGAR Y AVERSIÓN AL RIESGO

***Incluso la negociación –por no mencionar la litigación– no es gratuita.*** Solventar una controversia legal es una tarea que requiere esfuerzo. Es fácil entender lo cara y estresante que puede llegar a ser la litigación para las partes. Un sin fin de dichos populares lo ilustran incluyendo los honorarios del propio abogado, los peritos consultados, el tiempo dedicado, la ansiedad, la falta de descanso y de sueño. En esos costes también se incurre, aunque sea en menor medida, no sólo cuando uno tiene que dirigirse al Tribunal de Justicia, sino también en los supuestos de conformidad.

Coincidiendo con la intuición, estos costes de litigar –C– están vinculados negativamente con la demanda de litigar: cuanto más cara es una actividad, menor es la predisposición de las personas para desarrollarla y, así, la mayoría estará dispuesta a elegir la alternativa. El sustituto más cercano a la litigación es la negociación, y así se explica por qué las personas tienden a moverse hacia ella cuando el coste de llevar su caso a un Tribunal deviene una alternativa relativamente más cara. Esto explica los motivos por los cuales C toma un valor negativo en la petición de acuerdo mínimo del demandante mientras que los costes de negociación –A– son positivos. El demandante solicita una cantidad de dinero por lo menos igual a aquella que espera obtener del juicio, neta de los costes de litigar en los que eventualmente no tendría que incurrir, más los costes de negociación, así transferidos al demandado que realiza la oferta.

Un baremo para los daños personales reduce tanto los costes de negociar como los de litigar, incluso si asumimos que esto no afecta a los problemas de causalidad. Incluso entonces, el coste de valorar esos daños es menor en presencia de una regla legal que actúa como vínculo entre aquellos daños atribuidos a su causante y la cuantía de dinero que la víctima merece como indemnización. Debe esperarse que las personas «compre» más soluciones de los Tribunales para sus problemas cuando disminuye el «precio» que pagan por ellas. Por la misma razón, los costes de negociar son menores cuando se usa el baremo, estableciéndose así un incentivo contrario a negociar. Esto muestra de nuevo cómo debemos afrontar los efectos contradictorios, encarando de forma diferente, una vez más haciendo frente a nuestro ambiguo modelo teórico.

***La aversión al riesgo como una forma de optimismo.*** Quien sufre aversión al riesgo prefiere la más segura entre las diversas opciones de igual valor esperado. Aplicado a los demandados y a los demandantes, la aversión genera una preferencia general por la negociación como alternativa segura frente al resultado incierto del juicio. En consecuencia, puede esperarse cierta predisposición a optar por un acuerdo mutuo y a no «continuar apostando» hasta una sentencia incierta. La aversión acerca posiciones en las negociaciones antes del juicio, si llega a ser el caso. ¿Cómo afectará un baremo a esta actitud?

Una reforma en el derecho de daños consistente en la introducción de baremos para las indemnizaciones por daños antes impredecibles tenderá a reducir la variabilidad existente anteriormente y, así, eliminar la incertidumbre de las estimaciones de las partes en cuanto al resultado final esperado en el juicio. En un mismo contexto, los menores niveles de incertidumbre sobre los intereses del caso reducirán la aversión de los litigantes frente a aquel resultado desconocido, puesto que ahora éste es más fácilmente predecible a través del baremo y de la sujeción de los jueces a sus valores. Esto implica convertir los juicios en una alternativa menos mala a la negociación. Los litigantes realizan pronósticos más precisos y de este modo devienen menos temerosos a arriesgar una determinada cantidad que podrían asegurarse en una negociación, a cambio de posibilidades más atractivas si continúan.

De esta forma el baremo está, de hecho, reduciendo el efecto de aversión al riesgo en las partes y de este modo haciéndolas más seguras u optimistas en cuanto a una esperada alternativa insegura.

#### DEMANDAR O NO DEMANDAR

Una vez esbozados los efectos del nuevo régimen de responsabilidad sobre la forma en que se resuelven las controversias-Q-, es el momento de analizar los que cabe esperar con referencia al número de demandas legales actualmente presentadas. El parámetro relevante del modelo será ahora N: el número de conflictos que se materializan a través de la decisión de la víctima de demandar al causante del daño.

La víctima debe establecer una comparación entre el valor esperado de un fallo judicial y los costes dedicados a conseguir un resultado favorable,:

La decisión de la víctima en cuanto a demandar la tutela judicial de su derecho dependerá de la siguiente identidad. Existirán incentivos para que demande, siempre que el coste lo justifique:

$$C < P * Q_e$$

Nótese que como antes la incertidumbre ha sido limitada en razón de la cuantía eventualmente traída a juicio, no en relación con cuál será el resultado, como efectúa normalmente la mayoría de los modelos de litigación. De hecho, esto puede ser expresado en términos de la estimación de la víctima sobre lo que podría recuperar:

$Q_e > C / P \Rightarrow$  La víctima decide demandar y de esta manera se convierte en un demandante

Una vez que ya han sido definidos los efectos en las estimaciones de la reforma en el derecho de daños, los resultados son aquí una versión simplificada de lo que previamente sucedió en esta sección.

**EFECTO 1: reducción del optimismo (reducción del valor medio de las estimaciones)**

Eliminar el optimismo del comportamiento del demandante significa que no sobrestimará la potencial indemnización o, en su caso, que sí lo hará, pero en una menor medida. Entonces, la distribución de sus estimaciones se desplazará hacia la izquierda, cerca de Q, y el efecto en la litigación es claro. Dado que el punto C/P permanece constante después de la reforma legal, existirá entonces mayor masa de probabilidad en la parte izquierda de la distribución, que es la zona no marcada. De nuevo, este resultado es consistente con una primera intuición: se espera que sean presentadas menos demandas una vez que disminuyan los intereses particulares para el demandante. Es obvio que si se tienen en cuenta los dos efectos del baremo, ambos colisionen.

**EFECTO 2: Indemnizaciones más homogéneas (reducción de la varianza de estimaciones)**

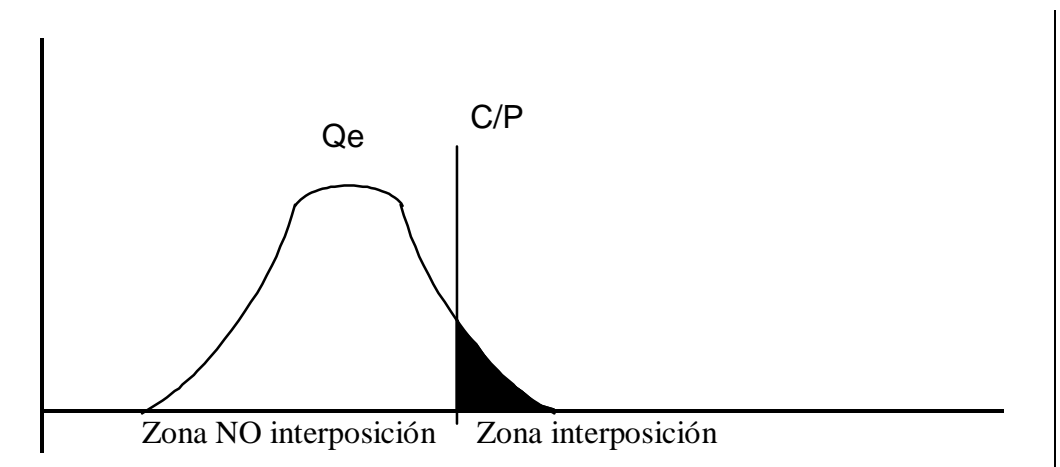
Como la sección II muestra en detalle, los baremos centran la variable aleatoria  $Q_e$  sobre su valor medio por lo que la varianza de la distribución de las estimaciones deviene más pequeña. Otra vez este efecto sobre N depende de los valores relativos de  $Q_e$ , P y C que llevan a la necesidad de diferenciar dos situaciones alternativas de forma parecida a aquellas previamente definidas en esta sección:

**SITUACIÓN C:**

Los costes son tan elevados y/o la probabilidad de un fallo condenatorio del demandado tan baja, que C/P excede el valor medio de  $Q_e$ , esto es,

$$C/P \in (\mu_e, \text{Max}\{Q_e\}); \text{ o más claramente, } C/P > \mu_e$$

Esto ubica el punto crítico C/P a la derecha de la distribución, por lo que con la nueva legislación aplicable la masa de probabilidad se mueve del lado derecho al izquierdo de C/P. Al ser la primera la zona de no interposición, un menor número de demandas debería entonces llegar a los Tribunales. Este efecto se añade al anterior.



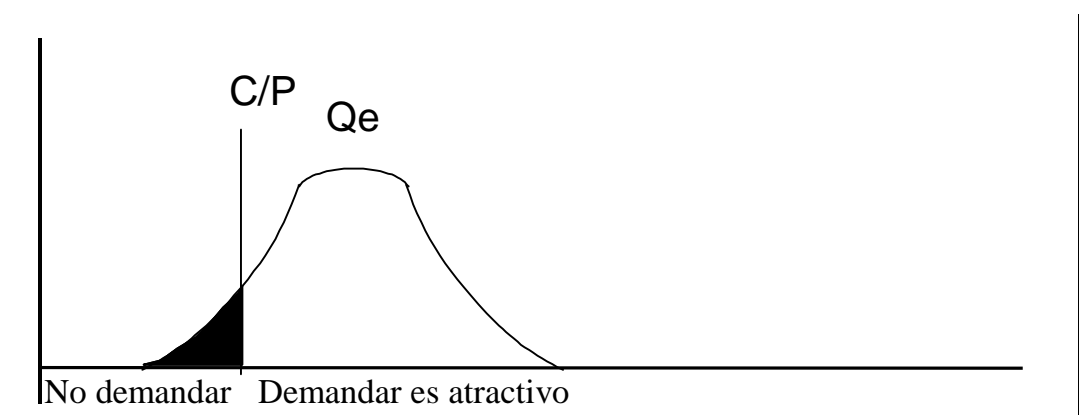


## SITUACIÓN D

Los costes son bajos y/o la probabilidad de que el demandante gane el caso es lo suficientemente alta para que:

$$C/P < \mu e$$

En este caso el punto crítico está ahora en la parte izquierda -no interposición- de la distribución de la estimación del demandante, por lo que una reducción de su varianza desplaza la masa de probabilidad y la reubica en el lado contrario, que es la situación en la que la interposición de una demanda tiene sentido para la víctima. Con ello se genera de nuevo ambigüedad en el modelo, de la misma forma como el EFECTO 1 actúa en contra de este EFECTO 2 en la situación D.



### 3. Conclusiones

**Reforma de daños.** En las páginas anteriores se han comparado dos regímenes de valoración de la indemnización por daños personales, dentro del sistema de responsabilidad. De un lado, un sistema abierto de valoración que otorga al juez amplios poderes para evaluar los daños indemnizables sin restricciones. En el lado opuesto, una reciente reforma en el derecho de daños español, que entró en vigor en 1995 para los accidentes de tráfico. Bajo este nuevo sistema, las indemnizaciones se calculan mediante un conjunto de tablas legales o matrices, dejando así a la judicatura con posibilidades realmente escasas de moverse fuera de aquella baremación.

**Dos efectos.** Esta legislación afecta a la resolución de controversias mediante la causación de los siguientes dos efectos en la litigación:

EFECTO 1: Eliminar el optimismo de las predicciones de los litigantes sobre la indemnización a obtener potencialmente en el juicio, hace que aquéllas sean más exactas en el sentido de que las estimaciones de ambas partes resulten, en promedio, más cercanas a la realidad.

EFECTO 2: Reducir el error aleatorio en el que los litigantes incurren cuando pronostican la cuantía con la que esperan que los Tribunales les indemnicen, genera una disminución en las varianzas de sus estimaciones.

**¿Dónde se hacen patentes estos efectos?** Los efectos ya mencionados tienen influencia en dos de las variables que explican si los conflictos se resolverán mediante negociación o juicio:

***Q = Cuantía finalmente concedida como indemnización por el Tribunal***

El EFECTO 1 de la reforma en el derecho de daños sobre Q es simple: hay más casos resueltos mediante negociación en lugar de ser llevados a juicio. Pero incluso la vigencia de este efecto depende de la asunción sobre cómo realizarán las partes sus estimaciones. Éste únicamente tiene en cuenta el que incurran en optimismo; si fuesen pesimistas, el baremo vendría en realidad a reducir los niveles de negociación.

El EFECTO 2 sobre Q es doble, pero puede ser identificado usando los costes de litigación y la probabilidad de un fallo condenatorio del demandado como puntos de referencia para definir las situaciones alternativas:

- A) Si la diferencia entre las estimaciones del demandante y del demandado no supera en promedio el punto crítico  $2(C-A)/P$ , entonces este EFECTO 2 consiste en un incremento del nivel de negociación, añadiéndose a los anteriores. Esta es la SITUACIÓN A:

$$\mu_e - \mu_o < 2(C-A)/P$$

- B) Si sucede que la situación es la contraria –SITUACIÓN B–, esto es, que las partes están en mayor desacuerdo sobre los valores medios que sobre el punto  $2(C-A)/P$

$$2*(C-A)/P \in (\mu_e - \mu_o, \text{Max}\{Q_e - Q_o\})$$

entonces el nuevo régimen incrementa la demanda de juicios y genera que menos casos sean acordados fuera de los Tribunales. Entonces, el EFECTO 2 sobre Q está en contra de otros ya estudiados y de este modo la ambigüedad aparece en el modelo.

***N = Número de pleitos interpuestos como consecuencia de la decisión de la víctima –demandante– de demandar al causante del daño –demandado–.***

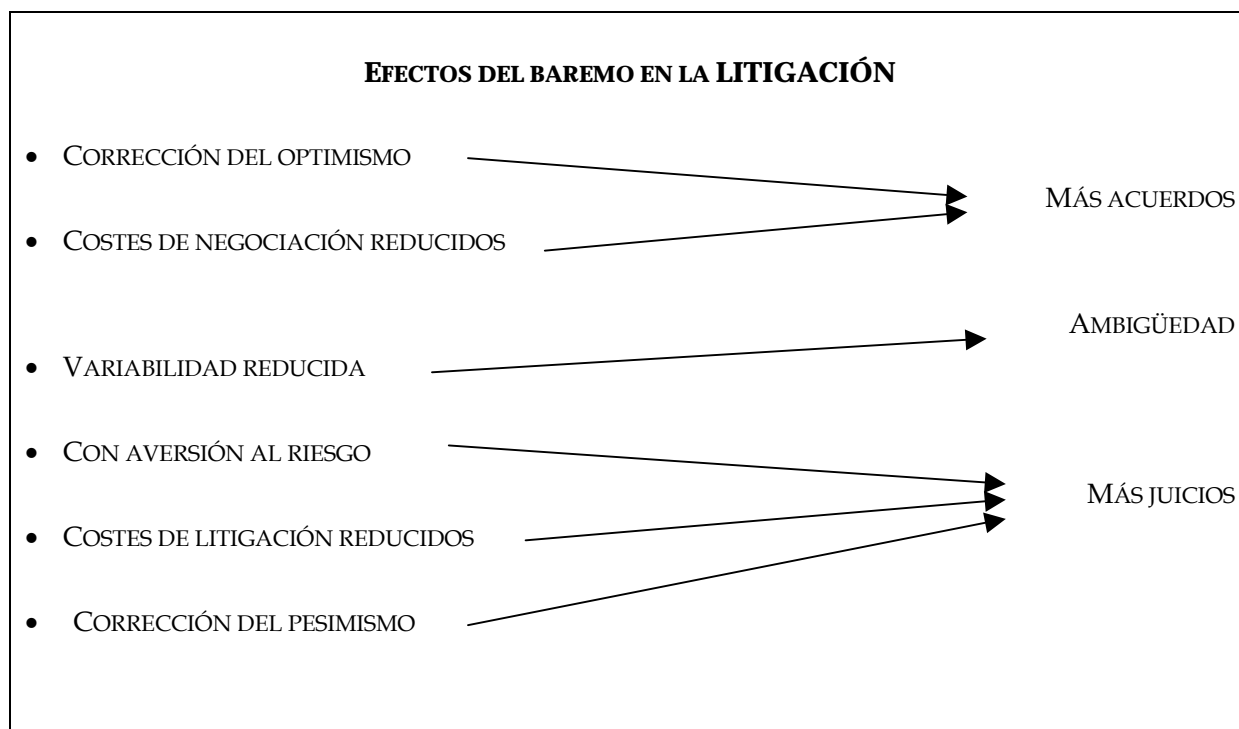
El EFECTO 1 sobre N imita lo que sucedió con Q: disminuye el número de demandas interpuestas, lo que reduce la demanda de litigar, pero únicamente en case de que las partes se comporten de manera optimista.

El EFECTO 2 sobre N es también doble y depende de los valores relativos de C, P y la  $Q_e$  del demandante en términos similares:

- C) Si  $C/P > \mu_e$ , existirán menos pleitos interpuestos una vez que los daños estén sujetos a las disposiciones legales.
  
- D) Si  $C/P < \mu_e$ , entonces la reducción del error causado por el baremo legal lleva a un incremento del número de casos en los que interponer una demanda legal deviene justificada para la víctima en términos de costes. Esto lleva, de nuevo, a la ambigüedad.

**Conclusión final**

El análisis desarrollado en este trabajo cuestiona el supuesto efecto reductor de la litigiosidad que los partidarios de los baremos litigiosidad, nos presentan como una intuición evidente e incontestable. Como la consecución de más acuerdos y menos juicios se consideró expresamente uno de los tres principales objetivos de esta reforma en la agenda del legislador, la ambigüedad mostrada por el modelo aconseja una reconsideración de su conveniencia social. Junto a algunos incentivos reductores de la litigiosidad hemos detectado el riesgo de otros efectos secundarios no previstos:



---

<sup>i</sup> Con función de densidad  $f(x) = \frac{1}{\sqrt{2\pi}\sigma^2} e^{-(x-\mu)^2/2\sigma^2}$ .

<sup>ii</sup> Aunque algunos colegas del Seminario del Área de Derecho Civil indicaron la conveniencia de suprimir esta asunción, finalmente decidí no hacerlo para hacer el trabajo más accesible para los no economistas.