

# InDret

*Efectes de la baremació del dany sobre la litigiositat*

**Jesús Pintos Ager**  
**Àrea de Dret Processal**  
**Universidad Carlos III de Madrid**

**Working Paper núm: 131**  
**Barcelona, abril de 2003**  
[www.indret.com](http://www.indret.com)

### **Abstract**

L'anàlisi econòmica del Dret de danys ha anat guanyant terreny i influència en les reformes operades durant la segona meitat del segle XX. Els analistes i els partidaris de la reforma del dret de danys han aconseguit que la societat es preocupi pel funcionament conjunt dels sistemes de responsabilitat i dels mercats d'assegurances. Ja han passat aquelles èpoques on la compensació era l'única preocupació important en el funcionament de la responsabilitat civil. És obvi que aquest fou el seu origen, com a remei a conflictes intersubjectius, però des de llavors s'ha avançat en l'anàlisi dels incentius per a la precaució i dels efectes secundaris en altres dimensions, que han de tenir-se en compte abans d'iniciar qualsevol reforma. Alhora, ambdós objectius, compensació i prevenció, poden perseguir-se mitjançant esquemes alternatius –en concret, la reparació directa–. Per tant, per tal que actualment un règim de responsabilitat es consideri socialment valuós no és suficient que compensi les víctimes i dissuadeixi els causants de forma efectiva, barata i puntual, sinó que ha de fer-ho millor que qualsevol altra combinació de mesures alternatives de compensació i de control del risc.

La baremació de les indemnitzacions per danys personals és, sens dubte, la reforma més innovadora i rellevant en aquest àmbit de les que s'han desenvolupat a Espanya en molts anys. Aquest treball té per objecte analitzar aquesta reforma, centrant-se en un aspecte particular tot i que central: Com afecta la baremació de les indemnitzacions de danys corporals a la litigació o, millor dit, a la forma en què es resolen els conflictes? Es parteix de l'enfocament dels models de litigació ben desenvolupats per l'anàlisi econòmica del dret<sup>1</sup>, en un intent d'identificar objectivament els incentius, costos i efectes finals esperats d'aquesta institució legal.

Algunes de les conclusions a què arriba aquest estudi preliminar contrasten amb algunes intuïcions, així com amb allò que els partidaris –i el propi Legislador espanyol de 1995– van presentar com un dels seus màxims efectes beneficiosos: la reducció immediata dels nivells de litigació derivada d'accidents.

En primer lloc, s'analitzen breument les modificacions legislatives introduïdes el 1995 a l'ordenament jurídic espanyol. Posteriorment, es presenta un marc analític de la resolució de conflictes que permet un enfocament objectiu de la qüestió. Les múltiples conseqüències previstes es sistematitzen i es presenten de forma separada per, en darrer lloc, fer una valoració final sobre l'efecte net teòric dels barems a la litigació, que, segons es veurà, no condueix necessàriament a la reducció dels nivells de litigació.

---

<sup>1</sup> Vegeu COOTER, Robert & RUBINFELD, Daniel: "Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution", *Journal of Economic Literature*, núm. 27, setembre, 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, gener, 1982; SHAVELL, Steven: "The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System", *The Journal of Legal Studies*, juny, 1982; PASTOR PRIETO, Santos: *¡Ah de la Justicia! Política judicial y Economía*, Civitas-Ministerio de Justicia, 1993.

## *Sumari*

<b>1. Els barems a Espanya: el que és nou i el que s'ha d'estudiar.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Com afecta la baremació de les indemnitzacions per danys corporals a les variables de les que depèn la resolució de conflictes judicials?.....</b>	<b>11</b>
<b>A) Règim de responsabilitat abans de la reforma.....</b>	<b>14</b>
<b>Error 1: Optimisme (distanciament de les mitjanes de les conjeitures) .....</b>	<b>14</b>
<b>Error 2: Incertesa sobre la indemnització esperada (variabilitat alta) .....</b>	<b>15</b>
<b>B) Efectes de la baremació .....</b>	<b>18</b>
<b>EFECTE 1: Reducció de l'optimisme (apropament de les mitjanes) .....</b>	<b>18</b>
<b>EFECTE 2: Indemnitzacions més homogènies (reducció de la variança).....</b>	<b>19</b>
Costos de Litigar i Aversió al risc .....	22
Demandar o no demandar.....	24
EFECTE 1: Reducció de l'optimisme (reducció del valor mitjà de les estimacions) .....	24
EFECTE 2: Indemnitzacions més homogènies (reducció de la variabilitat d'estimacions).....	25
<b>3. Conclusions.....</b>	<b>26</b>

### **1. Els barems a Espanya: el que és nou i el que s'ha d'estudiar**

Existeixen dues grans alternatives en la configuració del sistema de dret de danys i, en concret, en la manera de calcular les indemnitzacions:

- Un sistema d'avaluació obert, on el jutge gaudeix d'un arbitri gairebé absolut per quantificar el dany indemnitzable,
- Un altre de reglat en què només correspon al jutge determinar el tipus de lesió –o les circumstàncies personals en cas de mort– de la víctima, per després assignar mecànicament el seu valor en euros preestablert per un sistema de matrius<sup>2</sup>.

És una obvietat afirmar que una reforma tan important com la baremació de danys afecta a la forma en què es resolen els conflictes, de manera que allò rellevant és intentar identificar bé i quantificar els efectes esmentats. Hem de determinar en quin sentit i en quina mesura tindrà lloc aquest efecte net. Desafortunadament, aquesta anàlisi no tingué lloc abans de l'aprovació de la Llei 30/1995 a Espanya. Com a molt, es van formular algunes intuïcions i voluntats d'interpretació, segons les quals els índexs de litigiositat davant dels Tribunals disminuirien dràsticament a favor d'un augment de les transaccions extrajudicials. El legislador assumí sense discussió les pretensions de l'àmbit del sector assegurador, principal promotor de la reforma.

Per tant, encara avui es fa necessària una anàlisi rigorosa per a determinar la bondat d'aquesta mesura. Els resultats d'aquesta anàlisi van més enllà de les nostres fronteres. El problema no és exclusiu del sistema jurídic espanyol, encara que, com veurem, sí que ho és la solució adoptada. Per això, estic absolutament convençut de la transcendència i de la utilitat en altres països d'una avaluació ben desenvolupada d'aquestes noves alternatives–com ho són les realitzades a Nova Zelanda, per exemple<sup>3</sup>-. L'existència de remeis i solucions de política legislativa avaluades i provades a altres països permet a aquells que dirigeixen les polítiques públiques escollir el remei més convenient per problemes que, difícilment, són específics d'un país, en la reforma del dret de danys. En particular, el de la valoració de les indemnitzacions per danys personals és un problema que comparteixen tots els ordenaments, en la solució dels quals es pot aprofitar l'experiència espanyola des de 1995.

De forma incomprendible, a camí del seu setè aniversari, encara manca a Espanya un estudi a fons dels efectes dels barems sobre la litigiositat. Aquesta falta d'anàlisi anterior a la seva entrada en vigor dugué el Tribunal Suprem a ser explícitament crític en moltes sentències, fins que el Tribunal Constitucional declarà finalment que alguns dels barems eren contraris a la Constitució (STC 29.6.2000<sup>4</sup>).

<sup>2</sup> Sistema de valoració de danys corporals de la Llei de Responsabilitat Civil i Assegurança en la Circulació de Vehicles a Motor –antic text refós en el seu dia aprovat pel Decret 632/1968, de 21 de març –, introduït com a annex a la Disp. Adic. 8ª de la Llei 30/1995, de 8 de novembre, d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances Privades.

<sup>3</sup> Vegeu 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> Vegeu Jesús PINTOS, "STC de 29/6/2000, sobre el baremo", *InDret 3/2000*, per a una anàlisi crítica del judici.

Hi ha molts ordenaments i àmbits de risc on s'utilitzen barems; però l'espanyol és l'únic que conec que contempla, alhora, un barem vinculant i associat a un sistema de responsabilitat civil.

	<b>RESPONSABILITAT CIVIL</b>	<b>REPARACIÓ DIRECTA</b>
<b>BAREM VINCULANT</b>	Espanya	Suècia, Dinamarca, Estats Units, Canadà, Nova Zelanda i Austràlia
<b>BAREM ORIENTATIU</b>	Bèlgica, Alemanya, França, Itàlia, Grècia, Gran Bretanya, Luxemburg, Portugal i Holanda	
<b>SENSE BAREMS</b>	Àustria, Irlanda	

Fonts: MCINTOSH i HOLMES; DE ÀNGEL YAGÜEZ; STOLL, REGLERO; i HUGUES i TOMADINI.

En efecte, la Disposició Addicional 8ª de la Llei 30/1995, de 8 de novembre, d'ordenació i supervisió de les assegurances privades va posar el seu actual nom a la Llei de Responsabilitat Civil i Assegurança en la Circulació de Vehicles a Motor i hi va incloure un sistema per a la valoració dels danys i perjudicis causats a les persones en accidents de circulació.

L'aspecte més important d'aquest nou sistema és el seu caràcter vinculant per a jutges i magistrats, amb independència de l'existència d'una assegurança de responsabilitat civil i de la seva cobertura mínima o voluntària. El jutge es limita a determinar l'abast del dany corporal i aplica el barem atenent a les circumstàncies que s'hi identifiquen com a rellevants. Entre d'altres, inclou informació sobre la gravetat del dany patit per la víctima, la seva edat i les seves circumstàncies personals o familiars. El sistema s'aplica imperativament, existeixi o no assegurança (obligatòria o voluntària), llevat del cas de dol, i comprèn de forma conjunta tant el dany moral com el lucre cessant; però no inclou els danys materials ni les despeses mèdicohospitalàries (que s'indemnitzen de forma separada). Al barem espanyol es diferencien tres tipus d'indemnitzacions -per mort, lesió permanent o incapacitat temporal- amb tres esquemes d'indemnització bàsica, a les que s'apliquen uns factors de correcció.

#### LES INDEMNITZACIONS AL SISTEMA ESPANYOL DE 1995

	<b>Mort</b>	<b>Lesions permanents</b>	<b>Incapacitat temporal</b>
INDEMNITZACIÓ BÀSICA	CAP I: Nombre de perjudicats, relació amb el difunt, edat del difunt	CAP VI: Gravetat de la lesió, CAP III: Edat	CAP V A): Estada hospitalària amb o sense baixa laboral
FACTORS DE CORRECCIÓ	CAP II, IV y V B <sup>5</sup> ): ingressos anuals i situacions particulars (discapacitat preexistent, fill únic, mort d'ambdós progenitors, mare embarassada i concurrència de culpes)		

<sup>5</sup> Declarat en part inconstitucional per la STC 181/2000, de 29 de juny.

Aquesta reforma és l'últim pas del procés de baremació del dany iniciat el 1984, on una sèrie cada cop més depurada de taules mai no havia passat de ser una guia no vinculant de criteris orientadors.

1984	Manual de valoració de danys personals (aplicable a incapacitats permanents) adoptat en base a les indemnitzacions als mutilats de guerra.
1987	Ordre de 16 de març del Ministeri d'Economia i Hisenda per l'assegurança obligatòria de responsabilitat civil.
1989	Reglament de l'Assegurança Obligatòria (R. D. 2641/89): Barems amb categories adoptades del Dret del Treball. Orientador a l'àmbit de l'assegurança obligatòria.
1991	Ordre de 5 de març del Ministeri d'Economia i Hisenda, amb pràcticament el mateix contingut que l'actual. Efecte: orientador d'«ús recomanat» i OBLIGATORI pel càlcul de les provisions tècniques per a sinistres pendents de liquidació.

Les causes que van dur al Govern a posar en marxa l'esmentat procés de baremació no es troben a la Llei de 1995, sinó a l'esmentada Ordre Ministerial de 1991. El barem es presentava com el remei que demandava la "loteria indemnitzatòria" que suposadament s'havia instal·lat al nostre sistema i que donava lloc a problemes d'excessiva incertesa, litigiositat i comprometia la solvència de les companyies asseguradores.

Com s'ha dit, no es posà massa èmfasi en predir l'efecte de la reforma. A més, la qüestió continua sense solucionar-se, raó per la qual ignorem els efectes reals del barem. El mateix succeeix amb la comparació objectiva del sistema amb la resta de solucions possibles al problema. La situació de variabilitat assolida a Espanya a la dècada dels vuitanta és comparable a l'esdevinguda a altres països en diversos àmbits de risc i, especialment, en els accidents de trànsit.

**La (falta d'una) solució tradicional: avaluació oberta.** La tècnica dels barems pretén oferir una solució al problema de la quantificació econòmica dels danys corporals quan, com és el cas, la seva reparació *in natura* resulti impossible. La reparació integral per equivalent monetari es pot aconseguir raonablement en cas de danys patrimonials com són les despeses mèdiques i assistencials o el lucre cessant. En canvi, la reparació del dany moral difícilment es pot dur a terme amb el pagament d'una quantitat de diners, ja que no n'existeix una referència clara al mercat. Les indemnitzacions per equivalent monetari només són un remei adequat enfront del dany patrimonial, és a dir, davant d'accidents que provoquen moviments sobre la funció d'utilitat de la víctima, però no davant d'aquells que l'alteren, desplaçant a la víctima a una altra funció inferior. Com és sabut, quan la víctima de danys corporals pateix seqüeles irreversibles, disminueix la seva capacitat per a gaudir dels béns i serveis que els diners permeten adquirir. Un jove que ha patit un accident que l'ha deixat paraplàgic perd possibilitats de gastar els diners i, sobretot, de gaudir-ne i obtenir-ne «utilitat»: l'accident ha desplaçat a la víctima des de la seva funció històrica d'utilitat a una altra d'inferior, la utilitat marginal de la qual és menor. Fins i tot, aquest segon aspecte no és imprescindible, ja que seria suficient el supòsit no irreal d'aversion al risc per donar lloc a la incapacitat reparadora dels diners.

L'objectiu de la compensació plena –amb el principi de la *restitutio in integrum* coronant el nostre sistema de danys– juntament amb un sistema obert de càlcul de les indemnitzacions semblen conviure en els sistemes de responsabilitat tradicional. Però, lluny de solucionar el problema, aquesta combinació genera una paradoxa. En primer lloc, un principi legal genèric de compensació plena deixa als jutges la tasca de fixar la quantitat de diners que deixi a la víctima en la situació prèvia a l'accident. Però els jutges i els Tribunals no tenen guies apropiades per a calcular la compensació pecuniària d'un dany personal, així com un avantatge comparatiu envers el legislador. La paradoxa consisteix en confiar al poder judicial un encàrrec que no pot dur a terme amb més garanties d'èxit que el legislador, però sí amb més inconvenients o efectes indesitjables. Això és el que succeeix a l'ordenament jurídic espanyol, com reconeix qualsevol jutge enfrontat a l'obligació de dictar sentència valorant danys morals, des del Tribunal Suprem fins a l'últim Jutjat de Primera Instància i Instrucció.

Admet poca discussió el fet que el dret de danys espanyol –juntament amb el d'altres ordenaments– estigui construït sobre la base del principi de reparació integral: els arts. 1.106 i 1902 CC de 1889; 100 de la Llei d'Enjudiciament Criminal de 1882; 109 del Codi Penal apunten clarament en aquesta direcció i, ara també, el principi està present sens dubte a la regla general 7a del sistema de valoració introduït el 1995 com a annex a la Llei de Responsabilitat Civil i Assegurança en la Circulació de Vehicles de Motor: “La quantia de la indemnització per danys morals és igual per a totes les víctimes i la indemnització pels danys psicofísics s'entén en la seva concepció integral de respecte restauració del dret a la salut...”.

La jurisprudència del TS dona bons exemples d'associació entre el principi de reparació integral seguit d'una avaluació oberta, considerada erròniament com a condició necessària per a aconseguir el primer element. Així, per exemple, la STS, Sala 1a, de 26 de març de 1997, en un cas sobre indemnització de danys causats en accident de circulació, en què s'interposà demanda de judici declaratiu de menor quantia contra l'Ajuntament de Palma del Condado per la que se sol·licità sentència que declarés que el demandat tenia un deute que ascendia a la suma de 10.428.000 ptes. El Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Palma del Condado, desestimà íntegrament la demanda el 20-4-1992. L'Audiència Provincial de Huelva estimà el 11-3-1993 en part el recurs d'apel·lació interposat per l'actor, revocà la sentència recorreguda en el sentit de condemnar el demandat a indemnitzar a l'actor amb 2.250.000 ptes. i els interessos des de la interposició de la demanda, sense fer imposició expressa de les costes de 1a Instància ni les del recurs. El demandat interposà recurs de cassació. El Tribunal Suprem el desestimà i establí:

"[L]a quantificació dels danys i perjudicis, quan es tracti de danys corporals greus o, fins i tot la mort, no està subjecta a cap previsió normativa, sinó que ha d'efectuar-la l'òrgan jurisdiccional discrecionalment... la funció de calcular els danys indemnitzables és atribuïda expressament per la doctrina jurisprudencial als òrgans judicials, els quals la duren a terme cas per cas, valorant les activitats probatòries unides a les actuacions, sense que puguin estar subjectes a cap previsió normativa que pel seu caràcter general no permet la individualització del cas concret”.

Finalment, per a limitar la litigiositat quasi assegurada, generada per la manca de criteris objectius per a l'avaluació judicial dels danys corporals, el dret espanyol imposa seriosos límits a la revisabilitat en apel·lació de les quanties indemnitzatòries fixades pels jutges de primera instància i, pràcticament, no permet el seu accés a cassació. Després de tot, això és consistent amb la idea de deixar als jutges i magistrats en la quimera de compensar els danys morals, per assegurar el seu total ocultament. Aquesta és la forma de privar l'efectivitat a les apel·lacions. Un recurs raonat i fonamentant esdevé impossible en absència d'eines pel càlcul dels danys, a excepció feta de la intuïció del jutge.

Com a mínim, el corollari de l'accés restringit al recurs i a la ulterior revisió judicial és, almenys, coherent amb la seva pròpia paradoxa: si el nostre sistema posa al jutge en el conflicte de quantificar danys sense eines, també li garanteix una foscor total: faci el que faci, no hi haurà manera de poder-ho impugnar raonablement.

**Efectes indesitjables. Problemes derivats de la variabilitat.** La combinació entre reparació integral i discrecionalitat judicial sense instruments produeix arbitrietat: la quantia de les indemnitzacions canvia gairebé erràticament i això produeix els següents efectes problemàtics:

1. Compensació inadequada derivada de la subestimació o sobrestimació dels danys.
2. Distorsió de l'efecte dissuasiu per causants potencials de danys.
3. Increment dels costos de gestió del sistema de responsabilitat civil, en particular, dels derivats de la litigació destinada a buscar un responsable.
4. Augment de la lentitud del procés de liquidació de les indemnitzacions i, fins i tot, disminució del nombre de víctimes que finalment obtenen algun tipus de reparació.
5. Increment de les disfuncions del mercat d'assegurances, amb problemes d'encariment i disponibilitat de la cobertura<sup>6</sup>.

Fins el moment, l'absència de dades no ens ha permès establir resultats concloents, però la informació disponible apunta a les següents conclusions:

- No es detecten indicis d'una tendència desmesurada a l'alça, sinó més aviat unes indemnitzacions històricament molt reduïdes i la posterior convergència amb els sostres indemnitzatoris establerts als Estats membres de la Unió Europea expliquen la major part del creixement.
- L'al·legació de la «loteria indemnitzatòria», llençada per les companyies asseguradores i acceptada pel Legislador, mai no s'ha recolzat en una contrastació empírica fiable. Els indicis confirmen que va existir variabilitat, però també apunten a què no fou ni tan injustificada ni

---

<sup>6</sup> Per a un model alternatiu sobre la manera en què la reforma del dret de danys afecta la litigiositat, vegeu BABCOCK, Linda & POGARSKY, Greg: "Damage Caps and Settlement: A behavioral Approach", *Journal of Legal Studies*, vol. XXVIII, Juny, 1999, encara que es dedica en especial als efectes dels límits màxims indemnitzatoris a la litigació, mentre que jo centro el meu treball en els barems, tenint en compte els seus efectes tant en l'optimisme com en el pessimisme.



tan excessiva com s'ha dit. Una simple comparació dels coeficients de variació no aporta dades significativament més elevades que les estimades per altres autors fora d'Espanya.

- Per satisfer el vell anhel d'imposar límits màxims al dany indemnitzable, s'ha aprofitat la confusió entre la variabilitat i la tendència a l'alça, quan són dos problemes molt diferents i que requereixen solucions diverses. Els barems són un bon remei per fer front a la variabilitat, però són excessius per a controlar el creixement de les quanties, tasca que pot realitzar més eficaçment un sostre, sense efectes indesitjables.
- El sistema de valoració subestima el dany causat a les víctimes, la qual cosa atempta contra el paper preventiu de la responsabilitat civil i disminueix els objectius de justícia i compensació. Si les quanties contingudes a les taules per dany moral no arriben a cobrir el segon objectiu, es poden produir més accidents en un futur.
- Es pot arribar a oblidar que el sector assegurador continua disposant de la via contractual per ajustar cobertures a primes. Però l'assegurança només és obligatòria pel conductor, ningú no obliga les companyies a oferir-la i molt menys amb cobertura il·limitada. La reforma de 1995 converteix en enganyosa l'oferta de cobertura il·limitada i aïlla el mercat espanyol del creixement dels límits màxims procedents de la Unió Europea.
- Amb dades preliminars, ni els nivells de variabilitat ni els d'equilibri del sector han millorat espectacularment, com tampoc no han disminuït els nivells de primes des del 1995, de manera que és possible que ens trobem davant d'una política de «pa per avui i fam per demà». Un cop el mercat hagi assumit el descens del risc assegurat –sostres del sistema i menor incertesa, respectivament– la demanda acabarà per reduir-se. Com a conseqüència, el resultat final serà menys negoci en un mercat on la demanda depèn del risc i de la incertesa.
- No disposem de dades per a mesurar l'efecte de la reforma sobre els costos legals, però els indicis apunten a què la seva reducció es produí abans que el barem fos vinculant el 1995. I encara que disposem de prova concloent de la seva relació amb la reforma, els índexs d'accidents han començat a augmentar d'una manera important.

Això no obstant, la reforma té aspectes manifestament millorables:

1. Sotmet el lucre cessant al mecanisme indirecte i subestimador dels factors de correcció– Taules II, IV i V– fins i tot quan existeixi informació per a calcular amb precisió i facilitat les rendes que s'han deixat de percebre. Això evita un càlcul ràpid i precís dels danys contrari al sentit comú, la conveniència social i els principis i objectius bàsics del dret de danys. El Tribunal Constitucional espanyol ha utilitzat aquesta argumentació per declarar inconstitucional una part de les taules l'any 2000.
2. S'haurien de diferenciar les partides del dany moral i del lucre cessant com a problemes diferents que requereixen de solucions diferents. És impossible saber quina part de les

indemnitzacions del barem correspon al dany moral i quina al lucre cessant i, fins i tot, d'on han sortit les quanties del sistema, que són les mateixes de l'Ordre Ministerial de 1991 i, alhora, les que reflectia l'«Informe Seida»<sup>7</sup>. Aquesta foscó sanciona amb rang legal una pràctica habitual a la jurisprudència molt criticada, fins i tot contrària a la resolució 75/7, de 14 de març, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa.

3. La tècnica legislativa és inadequada per dues raons: en primer lloc, per establir una reforma tan transcendental pel nostre sistema de responsabilitat civil en una disposició addicional d'una norma administrativa reguladora del mercat d'assegurances. I en segon terme, per incloure fins a l'últim detall dels barems en una norma tan rígida com ho és una llei. La textura donada a la norma és inadequada. Precisament, aquest error en l'elecció del rang normatiu ha provocat que el debat sobre la conveniència del barem hagi transcendit a l'àmbit de la justícia constitucional.

Set anys després de l'entrada en vigor dels barems –i amb una sentència declarant la seva inconstitucionalitat parcial–, l'opció més desitjable continua sent una reforma a temps, aprofitant els avantatges de la baremació del dany moral. D'altra banda, mantenir el sistema en els termes actuals perpetua els greus riscos endèmics que té, amb el risc afegit d'aplicació a altres àmbits de responsabilitat, on tant els causants potencials de danys com les seves asseguradores estan disposats a beneficiar-se de la reducció en la seva responsabilitat.

A la vista de tot plegat, la necessitat d'una reforma estava plenament justificada; però en absolut ho estava aquesta. La situació anterior, per més greu que fos –ja s'ha apuntat que podria no ser-ho tant–, no concedeix al legislador una patent tan ampla per a incloure la rica varietat de danys indemnitzables amb la potència uniformadora d'un barem que només algun d'ells requereix.

Els avenços seran més segurs si es construeix sobre els encerts, entre els que destaca el fet d'haver subjectat la indemnització per dany moral a un barem. Si, a més, es garantís la restitució íntegra del lucre cessant allà on fos possible i es reservés el rang legal pels grans principis rectors, es podrien consolidar aquells avenços i introduir-ne d'altres sense un cost prohibitiu. No sembla haver-hi cap raó que no permeti aplicar als danys causats a qualsevol accident els assoliments esdevinguts a l'àmbit de la circulació, de manera que un cop superats els errors del nostre actual barem, serà una bona eina per la valoració, en general, del dany moral.

Centrem ara l'atenció en un dels efectes concrets d'aquesta reforma –aquell que segons els seus partidaris seria el seu major benefici–: el suposat assoliment d'índexs adequats de litigiositat i utilització de mitjans alternatius de resolució de conflictes.

---

<sup>7</sup> Una taula de referència publicada per la secció espanyola de la *International Association of Insurance Law*.

## **2. Com afecta la baremació de les indemnitzacions per danys corporals a les variables de les que depèn la resolució de conflictes judicials?**

El model estàndard establert en la literatura de l'anàlisi econòmica del dret processal sobre les decisions de les parts en un litigi ens dóna una excel·lent eina per a identificar els efectes de la reforma legal sobre la resolució de conflictes. En concret, l'esmentat instrument aporta un mitjà per a descriure la manera en què les parts escolliran per a resoldre un conflicte, és a dir, la seva demanda per la litigació –transacció *versus* plet–, com una funció del conjunt finit de variables de què depèn:

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

On

D= Demanda de tutela judicial

Q<sub>o</sub> = Indemnització prevista *ex ante* pel demandat

Q<sub>e</sub> = Indemnització prevista pel demandant

Q= Indemnització finalment fixada al plet

P= Probabilitat objectiva de què el demandant prevalgui en judici i obtingui una sentència estimatòria, quan les estimacions de les parts coincideixen, és a dir, sempre que P<sub>o</sub>= P<sub>e</sub>

C= Costos de litigació, quan els costos de les parts coincideixen, és a dir, C<sub>o</sub>= C<sub>e</sub>

A= Costos associats a la transacció i a l'acord extrajudicial, també assumits com a simètrics: A<sub>o</sub>= A<sub>e</sub>

N= nombre de conflictes explicitats.

Òbviament, les parts en conflicte desconeixen durant el plet la quantitat –Q– que concedirà el jutge com a indemnització: no hi ha possibilitat de poder conèixer prèviament la condemna que establirà el jutge fins que dicti la resolució que posi fi al procés. Aquesta quantia depèn, no només de les circumstàncies fàctiques del cas, sinó també del judici i de l'apreciació personal del jutge, del marc legal, de les possibilitats d'apel·lació, etcètera. Aquesta certesa fa necessari que les parts realitzin estimacions o conjeitures sobre la quantia per a prendre les seves decisions. Encara que és clar que en realitat són els lletrats encarregats de la seva defensa els que desenvolupen el paper principal, per la seva superior experiència. L'obligació que, a l'ordenament espanyol, tenen els conductors d'assegurar-se enfront de tercers, juntament amb l'especialització aconseguida mitjançant freqüents pactes entre els lletrats i les companyies asseguradores, converteix els primers en "jugadors habituals". Però també és cert que els interessos d'uns i d'altres poden no estar alineats, donada l'estructura d'incentius que provoca el sistema d'honoraris actual.

Existeixen dos ingredients centrals en la formació d'aquestes conjetures sobre la quantia:

- 1) Els precedents establerts per a casos anàlegs a la pràctica forense, en la mesura que el «soroll» generat per la variabilitat a les indemnitzacions permeti identificar-los.
- 2) L'actitud de les parts, que poden comportar-se d'una manera optimista o pessimista.

Les desviacions en les prediccions que realitzen les parts solen reflectir-se en l'estimació de la probabilitat de guanyar el plet. Tanmateix, en aquest treball opto per aïllar l'optimisme o el pessimisme de les parts sobre les quanties de les indemnitzacions establertes pels Tribunals,  $Q_e$  i  $Q_o$ ; deixant al marge les probabilitats  $P_o$  i  $P_e$ .

Las indemnitzacions en el cas -Q- són una dada futura i incerta fins a la sentència. Per tant, són "inobservables" durant el litigi. Això obliga a les parts a construir i després utilitzar les seves pròpies estimacions del valor potencial de Q. Aquestes prediccions de les parts encaixen perfectament en el concepte de variable aleatòria, que permet assignar una distribució de probabilitat a tot el rang de valors possibles, de forma que:

$Q_e$  és l'estimació del demandant del resultat del plet,

$Q_o$  és la del demandat.

Com que ambdues parts tracten d'apropar-se el màxim al valor futur -desconegut- que finalment fixarà el Tribunal, Q, amb la informació limitada de què disposen, poden incórrer en un cert grau d'error, donant lloc a què aquests estimadors siguin estocàstics. És a dir:

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

On  $\varepsilon_e \sim N(\mu_e, \delta_e)$  y  $\varepsilon_o \sim N(\mu_o, \delta_o)$

Amb la finalitat de fer utilitzables aquestes estimacions subjectives s'adopten dos supòsits o hipòtesis de treball que, si bé distorsionen la realitat, encara que no significativament, a canvi simplifiquen l'anàlisi en gran mesura:

- 1) Les estimacions de les parts són variables aleatòries que segueixen distribucions normals<sup>8</sup>, amb mitjanes i variàncies que no han de coincidir necessàriament, però que poden fer-ho. El teorema del límit central s'aplica fàcilment donat el gran conjunt de conflictes que fan créixer la mostra.

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

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

---

<sup>8</sup> Amb funció de densitat  $F(x) = 1/\sqrt{2\pi\sigma^2} e^{-(x-\mu)^2/2\sigma^2}$ .

- 2) Ambdues conjectures són independents entre si probabilísticament<sup>9</sup>. Aquest supòsit tampoc no és imprescindible, però simplifica més el tractament de la diferència entre ambdues distribucions del que distorsiona la capacitat explicativa del model. Amb aquest segon supòsit, la diferència entre les estimacions de les parts depèn només de la seva mitjana i de la seva varianza, i no de la covariança –aviat veurem la importància d'aquesta diferència–:

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

**Judici o acord?** Els fonaments del model es basen de fet en una idea clara i intuïtiva: en general, existirà acord quan la petició mínima del demandant no excedeixi l'oferta màxima del demandat, depenent ambdues dels valors esperats de la indemnització que fixaria el Tribunal, després de descomptar els costos del plet.

Per tal que al demandant li resulti interessant una oferta d'acord del demandat, aquesta haurà d'igualar, al menys, la quantitat que el demandant estima que pot guanyar en judici, neta dels costos en què incorreria per aconseguir-ho; per tant,

$$\text{petició mínima del demandant} = P \cdot Q_e - C + A$$

Per la seva part, el demandat estarà disposat a oferir una quantitat màxima equivalent al que estima que pot perdre en judici, més allò que gastaria en intentar evitar-ho:

$$\text{oferta màxima del demandat} = P \cdot Q_o + C - A$$

de manera que hi haurà acord si es compleix la següent condició:

$$P \cdot Q_e - C + A < P \cdot Q_o + C - A$$

Si es fan operacions fins a posar la resta de variables com a funció de les conjectures sobre  $Q$ , resulta que hi haurà judici quan la probabilitat  $-P-$  i els costos  $-C, A-$  es relacionen amb les conjectures de la següent manera:

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

L'expressió d'aquesta senzilla idea ratifica la gran importància de la funció resultant de restar les estimacions de les parts –d'ara en endavant, «discrepància»– en l'anàlisi. Tant la decisió del demandant com la del demandat d'interposar una demanda i iniciar un plet o arribar a un acord extrajudicial depenen bàsicament dels pagaments que les parts preveuen que hauran d'afrontar, de la probabilitat d'aquests i dels esforços i recursos que hauran de gastar per aconseguir un resultat favorable. La idea resulta útil, ja que allò que essencialment fa la nova legislació és afectar a la distribució de la discrepància, de manera que hem de centrar-hi la nostra atenció, prenent  $C, A$  i  $P$  com a constants en qualsevol cas.

<sup>9</sup> Encara que alguns col·legues del Seminari de l'Àrea de Dret Civil van indicar la conveniència de suprimir aquesta assumptió, finalment vaig decidir no fer-ho per tal de fer el treball més accessible pels no economistes.

Donat el caràcter estocàstic de les estimacions, s'ha de tenir present que l'error en què poden incórrer les parts a l'hora d'estimar la indemnització depèn de dos factors:

- A) La previsibilitat de la resolució, que depèn de la qualitat i nitidesa de la informació que reben els litigants de precedents establerts a casos semblants al seu i
- B) La presència de pessimisme o optimisme en la formació de les prediccions.

Tornem ara al procés de desenvolupament d'aquestes prediccions per després examinar quins efectes té la reforma legal citada.

ELS CANVIS A Q. L'efecte més rellevant és el que es produeix sobre les indemnitzacions per danys, més concretament, sobre les variables aleatòries mitjançant les quals les parts tracten d'aproximar-s'hi,  $Q_e$  i  $Q_o$ . Amb l'objecte de prestar atenció als canvis produïts per la reforma en el dret de danys en relació amb la manera en què els Tribunals indemnitzen els danys, són assumides com a certes i conegudes per les parts altres variables de la funció de demanda de litigació. La presència d'optimisme ha estat tradicionalment concebuda com a influent en  $P$ , la variable que representa les estimacions subjectives de les parts sobre la probabilitat d'un error a favor del demandant. Més exactament, demandants optimistes tendeixen a sobreestimar les seves possibilitats de guanyar en el judici, mentre que demandats optimistes infravaloren la probabilitat d'una resolució condemnatòria. Aquest efecte ha estat àmpliament considerat per la literatura.

M'he centrat en les variables aleatòries  $Q_e$  i  $Q_o$ , que normalment es consideren determinades en els models tradicionals. Això implica que altres paràmetres rellevants com la probabilitat de guanyar o els costos de litigació o negociació siguin deixats de banda per tal que les indemnitzacions per danys monopolitzin tota l'atenció.

Amb l'objectiu de fer comparacions més precises entre les diferents quanties indemnitzatòries concedides sota els escenaris legals, abans i després de la reforma del dret de danys, hem d'assumir que comparem horitzontalment el mateix tipus d'accidents, que és el mateix que dir que els aspectes rellevants de la víctima resten sense modificar de forma que podem centrar-nos exclusivament en els canvis que genera la reforma en el dret de danys.

### **A) Règim de responsabilitat civil abans de la reforma**

#### **Error 1: Optimisme (distanciament de les mitjanes de les conjectures)**

Els amplis marges de discrecionalitat judicial atribuïts al jutge pel nostre sistema obert constitueix un àmbit excel·lent per la producció dels errors més típics dels litigants en l'estimació dels resultats del cas. Els advocats són en bona mesura responsables d'aquestes conjectures i, alhora, els que tenen forts incentius per a generar un comportament optimista, encara més a Espanya, on

els honoraris depenen de la quantia i de la complexitat o durada del cas i no del seu resultat, creant un greu problema de risc moral.

En conseqüència, els demandants optimistes tendeixen a realitzar una sobreestimació sistemàtica del valor de la indemnització futura, mentre que un demandat optimista infraestimarà el resultat esperat del plet que en el seu cas haurà d'afrontar.

La conseqüència d'aquests comportaments en les estimacions de les parts és un allunyament de les postures d'ambdues parts durant la negociació prèvia al judici i, per tant, una reducció de les possibilitats d'acord. Òbviament, el pessimisme té el paper oposat i aproxima ambdues estimacions. Al model que aquí es presenta, la presència de conductes optimistes i pessimistes es relaciona amb la separació entre les funcions d'estimació de les parts o distància horitzontal entre les mitjanes.

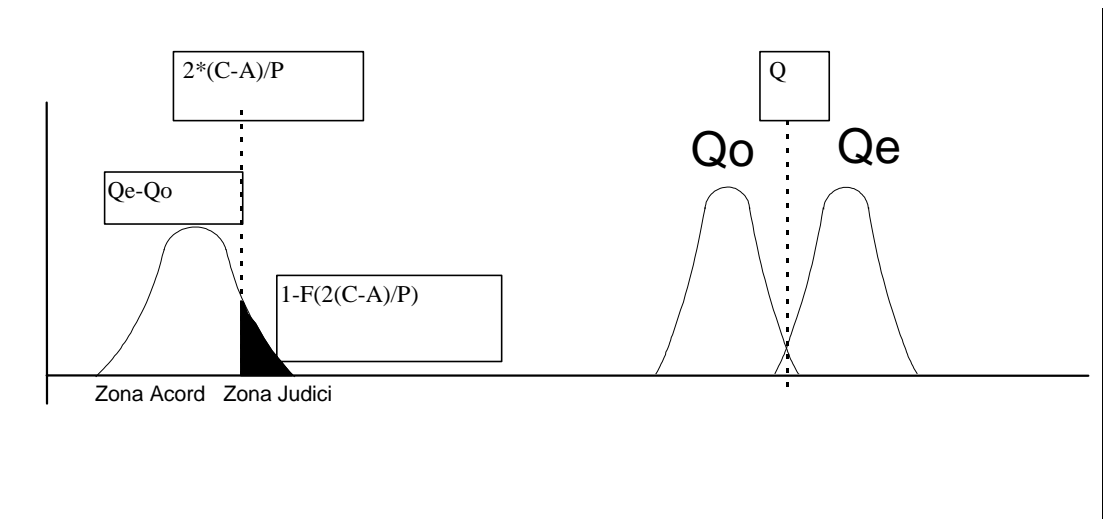
Resulta indispensable determinar si l'optimisme o el pessimisme en l'estimació del resultat del plet és la tendència concreta d'una determinada situació jurídica. El primer allunya les distribucions i augmenta la diferència positiva entre  $\mu_e$  i  $\mu_o$ , la qual cosa suposa el desplaçament de la discrepància cap a la dreta i l'augment del valor de les mitjanes ( $\mu_e - \mu_o$ ). Pel contrari, el pessimisme redueix  $\mu_e$  i incrementa  $\mu_o$ , de manera que s'augmenta la diferència negativa de la discrepància, desplaçant-se cap a l'esquerra. Els següents gràfics representen l'«optimisme simètric», en el sentit que ambdues prediccions són equidistants del valor final de la indemnització  $-Q$ , encara que, en qualsevol cas, se situa el demandant a la dreta i el demandat a l'esquerra de  $Q$ . Això és el mateix que suposar que ambdós litigants són quantitativament iguals en optimisme. Sens dubte, com més optimistes siguin els litigants, major serà l'espai entre ambdós i menor la probabilitat d'arribar a un acord. En el cas contrari (pessimisme) s'afegiria de fet més ambigüitat al model.

## **Error 2: Incertesa sobre la indemnització esperada (variança alta)**

Els problemes d'informació relatius al resultat esperat del plet es reflecteixen directament en les estimacions de les parts i afecten la correcció de les seves prediccions. Aquests errors es mostren mitjançant les variàncies de les estimacions,  $\sigma_e^2$  i  $\sigma_o^2$ . En absència de paràmetres objectius per a valorar les indemnitzacions derivades de lesions greus, les solucions proporcionades pels jutges són molt erràtiques. Això fa que existeixin diferències pel que fa a les quanties que es fixen com a indemnització en supòsits anàlegs, no només en el mateix sistema jurídic sinó també en la mateixa jurisdicció i en períodes temporals curts. Aquesta situació condiona la distribució de  $Q$  -indemnitzacions fixades per accidents similars- i elimina la seva consistència introduint una variabilitat imprevisible, conduint a formes extremadament disperses en la distribució de les previsions de les parts  $-Q_e$  i  $Q_o$ , o en altres paraules, variàncies altes. Sorprenentment, una primera mirada al conjunt de dades mostra uns coeficients de variança similars entre les

indemnitzacions a Espanya abans de la reforma i les indemnitzacions fixades a les jurisdiccions dels Estats Units per a la compensació del dany moral<sup>10</sup>.

Gràfic 1



Al gràfic 1 es mostren ambdós errors. El darrer –error 2– consisteix en la imprevisibilitat de les estimacions, la qual cosa implica que la funció de densitat  $Q_e$  i  $Q_o$  tingui una forma esbiaixada. Alhora, l'excessiva discrecionalitat fa que la majoria de la massa de probabilitat se situï lluny de la mitjana d'ambdues estimacions.

És important per a la claredat de l'anàlisi marcar una clara distinció entre aquests dos efectes –optimisme i imprevisibilitat– sobre la mitjana i la variància de les distribucions de les estimacions. La diferència entre estimació del demandant – $Q_e$ – i la del demandat – $Q_o$ –,  $Q_e - Q_o$ , és el punt central d'aquesta anàlisi i, per això, el Gràfic 1 apunta la seva aparició.

Ja que les estimacions esmentades adopten la forma de funcions de probabilitat distribuïdes normalment, podem saber que la distribució de la diferència entre elles,  $Q_e - Q_o$ , serà també una altra variable aleatòria amb distribució normal, el valor mitjà de la qual serà la diferència entre les mitjanes d'estimació, i la variabilitat de la qual serà la suma de les variàncies de les estimacions. La raó per la qual s'assumia que aquestes estimacions eren independents les unes de les altres era evitar haver de tractar amb la covariància<sup>11</sup> entre elles, que dificulta l'anàlisi innecessàriament.

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

En aquesta distribució la massa de probabilitat associada a les possibilitats de què el cas finalitzi en judici està representada per l'àrea en negre, mentre que l'àrea no ombrada representa la probabilitat de què el cas sigui negociat. Posat en una expressió algebraica, i prenent  $Q_e - Q_o = x$ , la massa de probabilitat d'acordar el cas és igual a

<sup>10</sup> Vegeu PINTOS AGER, Jesús: *Baremos, Seguros y derecho de daños*, Civitas & IUDEC, Madrid, 2000.

<sup>11</sup> De fet, allò que actualment implica és que  $Cov [Q_e, Q_o] = 0$



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

És a dir, l'àrea de la funció de densitat a la dreta del punt crític,  $2(c-a)/p$ .

**Costos socials de la variabilitat.** Tota la situació comentada referent al règim de responsabilitat per accidents de trànsit a Espanya anterior a 1995 comporta diversos costos socials, en concret:

1. L'ús de les sentències per resoldre litigis que podrien ser més eficientment finalitzats amb un acord, o viceversa, és un símptoma del mal funcionament dels mecanismes de resolució judicial i extrajudicial i genera costos, tant privats com socials<sup>12</sup>.
2. Entre aquests, una excessiva taxa de litigació –o una quantitat subòptima de transaccions– genera una inadequada distribució de casos entre aquestes dues vies de resolució i produeix una congestió dels Tribunals. En efecte, els accidents fan gastar temps i recursos als Tribunals, quan hagués estat més eficient resoldre el cas mitjançant una solució alternativa, i priven l'accés a altres casos més necessaris.
3. Els costos de litigació són significativament majors que els costos d'arribar a un acord, raó per la qual s'incrementen els costos<sup>13</sup>, especialment si tenim en compte que part dels primers són suportats pels contribuents després de la supressió de les taxes judicials el 1986.
4. El mercat d'assegurances juga aquí un paper central. Encara que existeixin clars incentius de les empreses dedicades a l'assegurament per a presentar el problema com a més greu del que és en realitat, la incertesa en relació a les indemnitzacions les col·loca en una situació difícil quan han de buscar recursos per afrontar les indemnitzacions que hauran d'abonar en el futur. És remarcable l'exemple de la indústria espanyola d'assegurances d'automòbils durant la dècada dels vuitanta: d'un total de 183 companyies el 1979, només 118 continuaven en el sector el 1993, de les quals només 92 van obtenir beneficis. El sector sencer va tenir com a resultat el 1990 unes pèrdues de 73.000 milions de pessetes, que descendiren a 48.000 milions el 1992. Però hem de desconfiar d'aquestes dades sense una anàlisi més detallada, on fàcilment podrien considerar-se com el resultat d'un procés de selecció. Aquelles més ineficients es veurien obligades a abandonar el mercat quan les primes no s'ajustessin amb els riscos sobre els quals oferien cobertura. Aquest efecte ha estat recentment esmentat i testat empíricament per BORN & VISCUSI<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> L'objectiu del sistema legal és ser l'instrument que proporcioni el remei legal òptim a un conflicte, no necessàriament una resolució d'un Tribunal. La negociació o altres mecanismes alternatius de resolució de controvèrsies s'han mostrat més eficients en certs supòsits i són millors que una resolució judicial oficial.

<sup>13</sup> Aquesta diferència entre costos de litigació i negociació pot ser una font d'indesitjables incentius pels potencials causants de danys, que reben inadequades senyals dissuasòries, *ceteris paribus*.

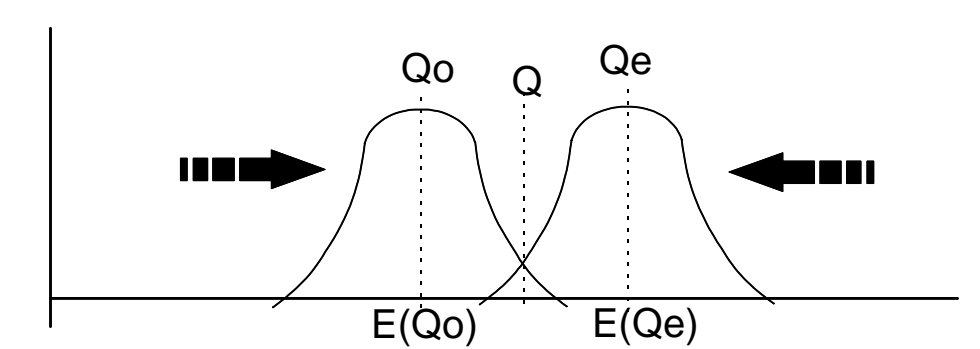
<sup>14</sup> BORN, P. i VISCUSI, W. Kip: "The Distribution of Insurance Market Effects of Tort Liability Reforms", *Discussion Paper N. 243, John M. Olin Center, Harvard Law School*, octubre, 1998.

**B) Efectes de la baremació**

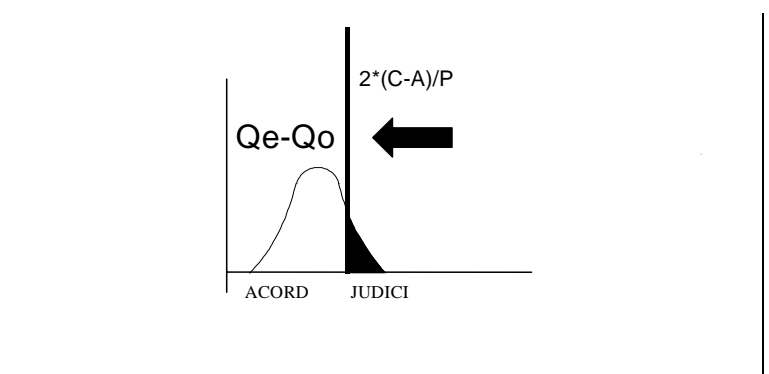
**EFFECTE 1: Reducció de l'optimisme (apropament de les mitjanes)**

L'entrada en vigor del barem, que quantifica objectivament la indemnització per accident, redueix el marge d'optimisme pel que fa a les prediccions de les parts sobre els potencials resultats d'un procés. L'efecte esperable immediat és l'apropament entre les estimacions de demandant i demandat, la qual cosa implica que ambdós s'aproximen a l'esmentat valor de Q.

GRÀFIC EF1



El GRÀFIC EF1 mostra aquesta convergència de les distribucions. El barem ha causat una força centrípeta al voltant del punt Q, forçant així un desplaçament de la discrepància  $-Q_e - Q_o$  cap a l'esquerra. Això succeeix perquè la mitjana de la discrepància és igual a la diferència entre les discrepàncies de les estimacions dels litigants, i amb la reducció d'aquella diferència com a resultat de la reforma legal, la distribució es desplaça cap a l'esquerra, i es genera així una major probabilitat d'agrupar-se a l'esquerra -acord- del punt crític, el qual es manté a la mateixa posició. Com a conseqüència immediata, el primer efecte parcial que es pot esperar de la promulgació d'un barem d'indemnitzacions per danys és el d'un major nombre d'acords.

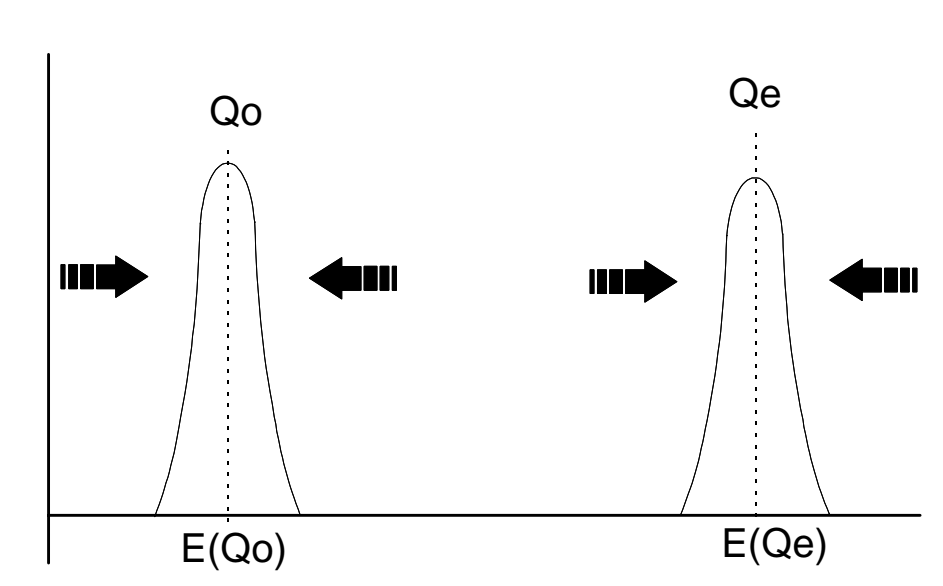


**El contrari.** Per descomptat, si la situació derivada de les estimacions dels litigants fos de pessimisme, llavors el barem que la corregeix tindria l'efecte oposat, generant que el nombre de processos augmentés perquè les parts tendrien a jugar més dur a les negociacions dutes a terme abans del judici, degut a l'estretament de l'interval on s'ha d'aconseguir l'acord. D'aquesta forma se'ns mostra en el model l'ambigüitat derivada del primer EFFECTE 1.

### EFECTE 2: Indemnitzacions més homogènies (reducció de la variança)

Intuïtivament, sembla bastant comprensible que el barem legal generarà una reducció significativa de la dispersió de les indemnitzacions establertes pels Tribunals - $Q$ - així com de les estimacions que les parts realitzin sobre elles - $Q_e$  i  $Q_o$ -. Per tant, necessàriament hi haurà una reducció de la variança de les estimacions, en arribar a aproximar-se als seus valors mitjans. Això és el que exactament mostra el GRÀFIC EF2 amb distribucions més estilitzades per  $Q_e$  i  $Q_o$ .

GRÀFIC EF2



Com prèviament he explicat, si la distribució de la discrepància és

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

aquests efectes en les estimacions individuals de les parts succeeixen alhora en la discrepància, la qual fou prèviament definida com a la diferència entre aquelles estimacions. Llavors, com afectarà aquest canvi a la resolució de la controvèrsia, és a dir, als índexs d'acord/judici?

Degut a l'EFECTE 1, la probabilitat d'acord depenia de la probabilitat de guanyar i dels costos derivats tant de la litigació com de l'acord. També coneixem com es distribueix aquesta probabilitat -normalment-, de manera que podem col·locar juntes ambdues variables i comparar com interactuen *ceteris paribus* abans i després de la reforma sobre responsabilitat aquí analitzada. De fet, això comporta aplicar el model de litigació presentat a la Secció I als canvis en les variables descrites a la Secció II.

No obstant això, la resta de variables impliquen una major probabilitat d'acord quan la litigació és relativament cara respecte de la negociació, i la diferència entre aquests dos costos és significativa comparada amb els interessos en el cas, és a dir, quan

$$\text{Max}\left\{\frac{(C_e+C_o) - (A_e+A_0)}{Q}\right\} \Rightarrow \text{Min D}$$

A la Secció I es mostrà que, per tal que un cas fos negociat, les prediccions de les parts sobre el resultat final requerien que els costos de litigar i la probabilitat d'una resolució a favor del demandant estiguessin relacionats en la forma que mostra la següent identitat:

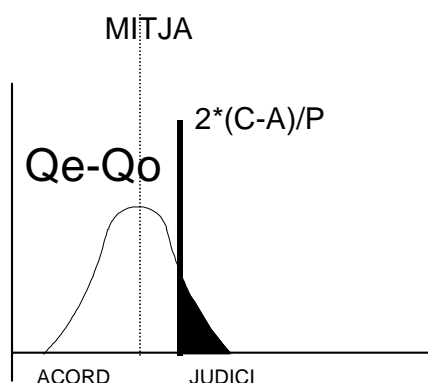
$$Q_e - Q_o < 2 * (C - A) / P$$

Això implica que la condició necessària perquè tingui lloc un acord extrajudicial és que la discrepància de les parts sobre la indemnització final no excedeixi del total dels costos de litigació, net dels costos de negociació, i dividit per la probabilitat d'una resolució a favor del demandant. A efectes del present treball, el valor  $2*(C-A)/P$  s'ha de considerar com el «punt crític», representat per un valor cert en l'eix horitzontal de la funció de densitat de la discrepància, com un punt de referència que dividirà en dos la funció de densitat, resultant, per tant, dues funcions de distribució. Cadascuna de les àrees deixades a cada costat del punt crític representen les probabilitats de negociació i de procés judicial.

**Ambivalència.** Substituir la discrecionalitat judicial per una aproximació tabular dels danys hauria d'implicar una millora en la qualitat de la predicció sobre el resultat del procés i, conseqüentment, unes millors estimacions. Això afecta especialment la nostra anàlisi reduint les variances en ambdues funcions de densitat d'estimació i, per tant, la discrepància també resulta més precisa. Els canvis a les probabilitats de judici i negociació són previsibles després que les estimacions esdevinguin més estilitzades, quan la massa de probabilitat s'aproximi a la mitjana. Però sorgeix un problema quan s'intenta avaluar l'efecte d'aquest canvi en la forma amb què es resolen les controvèrsies: no és un problema únic sinó doble, depenent del costat de la funció de densitat de la discrepància on succeeix la intersecció pel punt crític. Aquest dilema només es pot superar diferenciant dos escenaris alternatius. D'una altra forma, la reforma del dret de danys consistent en la baremació dels danys personals no podria generar ni un increment dels nivells de negociació ni podria operar en la direcció oposada.

SITUACIÓ A: Els costos de litigar, generalment, són comparats amb els derivats de la negociació i/o de la probabilitat de què una resolució a favor del demandant sigui baixa, de manera que el punt  $2(C-A)/P$  excedeix el valor mitjà de la discrepància –que se situa al seu costat dret–, fins i tot després d'haver estat desplaçat cap a l'esquerra per l'EFECTE 1.

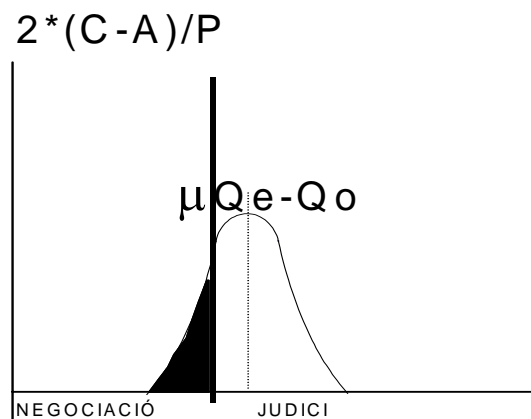
$$2*(C-A)/P \in ((\mu_e - \mu_o), \text{Max}\{Q_e - Q_o\}), \text{gràficament}$$



Llavors, allò que l'EFECTE 2 fa realment, estenent cap amunt la distribució, és de fet desviar massa de probabilitat de la part ombrejada de la dreta -p. de judici- a la cua no ombrejada a l'esquerra -negociació- de la funció de discrepància. D'aquesta manera, sota la SITUACIÓ 1, l'EFECTE 2 disminueix la probabilitat de què el cas finalitzi en un judici i, sent aquest un model dicotòmic, redueix en correspondència les oportunitats d'aconseguir un acord. Com a conseqüència, si totes les variables restants romanen igual, *ceteris paribus*, aquest efecte hauria d'operar de la mateixa forma que l'EFECTE 1, causant ambdós un major nivell d'acord degut a la reforma legal.

SITUACIÓ B: Quan els costos de litigar són baixos i/o les possibilitats d'una resolució condemnatòria són importants, és més probable que el valor de  $2(C-A)/P$  sigui més petit que el valor mig de la discrepància. La SITUACIÓ B es caracteritza pel fet que el punt crític  $2(C-A)/P$  se situa a la part esquerra de la discrepància, fins i tot després que l'EFECTE 1 hagi desplaçat la distribució cap a l'esquerra. Sota aquesta assumpció, qualsevol reducció a la varianza desplaça la massa de probabilitat de l'esquerra -àrea de la negociació- a la part dreta -judici- de l'àrea de la distribució. El GRÀFIC 3 descriu aquesta situació i substitueix el GRÀFIC 2 quan A, C i P i les estimacions es comporten de la següent manera:

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



A l'escenari descrit com a SITUACIÓ B, l'EFECTE 2 contradiu l'EFECTE 1, generant ambigüitat sobre allò que se'ns mostra al model. Com que l'efecte final d'ambdós és una qüestió empírica que actualment precisa d'informació no disponible, un increment dels nivells d'acord no pot atribuir-se de forma indubtable a una reforma del dret de danys que introdueix una baremació de les indemnitzacions per danys a la persona, en contraposició a allò que els seus proponents i el legislador van sostenir com a raó bàsica per a la seva adopció.

**Marginalitat i perspectiva de conjunt.** No s'ha d'oblidar que, en realitat, els casos afectats per aquest efecte no són tots, sinó només els que es troben «en el límit». Aquelles distribucions de la discrepància que resten suficientment lluny i que, per això, no són tallades pel punt crític són indiferents als EFECTES 1 i 2<sup>15</sup> de la reforma en el dret de danys. Contràriament a allò que succeeix en aquells casos, aquests dos efectes tendeixen a ser més intensos com més rígid és el barem, fins al punt que es reduirà la variabilitat generada per la discrecionalitat judicial. Pot esperar-se que un barem obert, que únicament defineixi un conjunt de situacions on la judicatura actua lliurement, afecti en menor mesura la litigació del que ho faria un barem taxat. Per exemple, mentre el barem espanyol de 1995 podria donar la impressió de ser, en teoria, un sistema rígid, la manera en què els jutges tendeixen a posar-ho en pràctica en els litigis sobre danys el converteix en un marc legal molt més ampli del que es podria esperar inicialment. De fet, les interpretacions divergents esvaeixen totes les esperances posades en aquesta reforma de restaurar la litigació sobre danys amb un mínim de certesa. Es podria dir que la possibilitat d'implementar aquest tipus de reforma és mínima. Afortunadament, una Sentència del Tribunal Constitucional de juny de 2000 ja ha reconegut els efectes obligatoris del barem pels jutges.

#### COSTOS DE LITIGAR I AVERSIÓ AL RISC

<sup>15</sup> Digue-m'ho així, perquè una funció normal serà sempre tallada per qualsevol punt quan la seva extensió vagi de  $-\infty$  a  $\infty$ . El que això significa és que no es talla en un punt relativament proper a la mitjana, ni en ambdós costats de les funcions.

***Fins i tot la negociació –per no esmentar la litigació– no és gratuïta.*** Solucionar una controvèrsia legal és una tasca que requereix esforç. És fàcil entendre com de cara i estressant pot arribar a ser la litigació per les parts. Nombroses dites populars ho mostren incloent els honoraris del propi advocat, els perits consultats, el temps dedicat, l'ansietat, la falta de descans i de son. També s'incorre en aquests costos, encara que en menor mesura, no només quan una persona ha de dirigir-se al Tribunal de Justícia, sinó també en els casos de conformitat.

D'acord amb la intuïció, aquests costos de litigar –C– estan vinculats negativament amb la demanda de litigar: com més cara és una activitat, menor és la predisposició de les persones per a desenvolupar-la i, així, la majoria estarà disposada a escollir l'alternativa. El substitut més proper a la litigació és la negociació i això explica per què les persones tendeixen a moure's cap a ella quan el cost de dur el seu cas a un Tribunal esdevé una alternativa relativament més cara. Alhora, explica els motius pels quals C pren un valor negatiu a la petició d'acord mínim del demandant mentre que els costos de negociació –A– són positius. El demandant sol·licita una quantitat de diners igual, com a mínim, a aquella que espera obtenir del judici, neta dels costos de litigar en què eventualment no hauria d'incórrer, més els costos de negociació, així transferits al demandat que realitza l'oferta.

Un barem per als danys personals redueix tant els costos de negociar com els de litigar, fins i tot si assumim que això no afecta als problemes de causalitat. També llavors, el cost de valorar aquells danys és menor en presència d'una regla legal que actua com a vincle entre aquells danys atribuïts al seu causant i la quantia de diners que la víctima mereix d'indemnització. S'ha d'esperar que les persones «comprin» més solucions dels Tribunals per als seus problemes quan disminueix el «preu» que paguen per aquestes. Per la mateixa raó, els costos de negociar són menors quan s'utilitza el barem, establint-se així un incentiu contrari a negociar. Això mostra de nou com hem d'afrontar els efectes contradictoris, encarant de manera diferent, afrontant un cop més el nostre model teòric ambigu.

***L'aversion al risc com a forma d'optimisme.*** Qui pateix aversió al risc prefereix la més segura entre les diverses opcions d'igual valor esperat. Aplicat als demandats i als demandants, l'aversion genera una preferència general per la negociació com a alternativa enfront del resultat incert del judici. Així, pot esperar-se certa predisposició a optar per un acord mutu i a no «continuar apostant» fins una sentència incerta. L'aversion apropa posicions en les negociacions abans del judici, si arriba a ser el cas. ¿Com afectarà un barem a aquesta actitud?

Una reforma del dret de danys consistent en la introducció de barems per a les indemnitzacions per danys abans impredecibles tendirà a reduir la variabilitat existent anteriorment i, així, eliminar la incertesa de les estimacions de les parts pel que fa al resultat final esperat en el judici. En un mateix context, els menors nivells d'incertesa sobre els interessos del cas reduiran l'aversion dels litigants enfront d'aquell resultat desconegut, donat que aquest és ara més fàcilment predecible mitjançant el barem i la subjecció dels jutges als seus valors. Això implica convertir els judicis en una alternativa menys dolenta a la negociació. Els litigants realitzen pronòstics més

precisos i d'aquesta manera esdevenen menys temerosos a arriscar una determinada quantitat que es podrien assegurar en una negociació, a canvi de possibilitats més atractives si continuen.

D'aquesta forma el barem està, de fet, reduint l'efecte d'aversion al risc de les parts i, així, les fa més segures o optimistes en relació a una esperada alternativa insegura.

#### DEMANDAR O NO DEMANDAR

Un cop apuntats els efectes del nou règim de responsabilitat sobre la manera en què es resolen les controvèrsies -Q-, és el moment d'analitzar el que es pot esperar en relació al nombre de demandes legals presentades actualment. El paràmetre rellevant del model serà ara N: el nombre de conflictes que es materialitzen a través de la decisió de la víctima de demandar al causant del dany.

La víctima ha d'establir una comparació entre el valor esperat d'una resolució judicial i els costos dedicats a aconseguir un resultat favorable.

La decisió de la víctima pel que fa a demandar la tutela judicial del seu dret dependrà de la següent identitat. Existiran incentius per tal que demandi, sempre que el cost ho justifiqui:

$$C < P * Q_e$$

Adverteixi's com abans la incertesa s'ha limitat per raó de la quantia eventualment portada a judici, no en relació amb quin serà el resultat, com fan normalment la majoria dels models de litigació. De fet, això es pot expressar en termes de l'estimació de la víctima sobre el que podria recuperar:

$Q_e > C / P \Rightarrow$  La víctima decideix demandar i d'aquesta manera es converteix en un demandant

Una cop definits els efectes en les estimacions de la reforma en el dret de danys, els resultats són aquí una versió simplificada del que prèviament succeï en aquesta secció.

#### EFFECTE 1: reducció de l'optimisme (reducció del valor mitjà de les estimacions)

Eliminar l'optimisme del comportament del demandant significa que no sobreestimarà la potencial indemnització o, en el seu cas, que ho farà, però en menor mesura. Llavors, la distribució de les seves estimacions es desplaçarà cap a l'esquerra, prop de Q, i l'efecte a la litigació és clar. Donat que el punt C/P es manté constant després de la reforma legal, existirà una major massa de probabilitat a la part esquerra de la distribució, que és la zona no marcada. De nou, aquest resultat és consistent amb una primera intuïció: s'espera que es presentin menys demandes un cop disminueixen els interessos particulars per al demandant. És obvi que si es tenen en compte els dos efectes del barem, ambdós col·lisionen.



### EFFECTE 2: Indemnitzacions més homogènies (reducció de la variança d'estimacions)

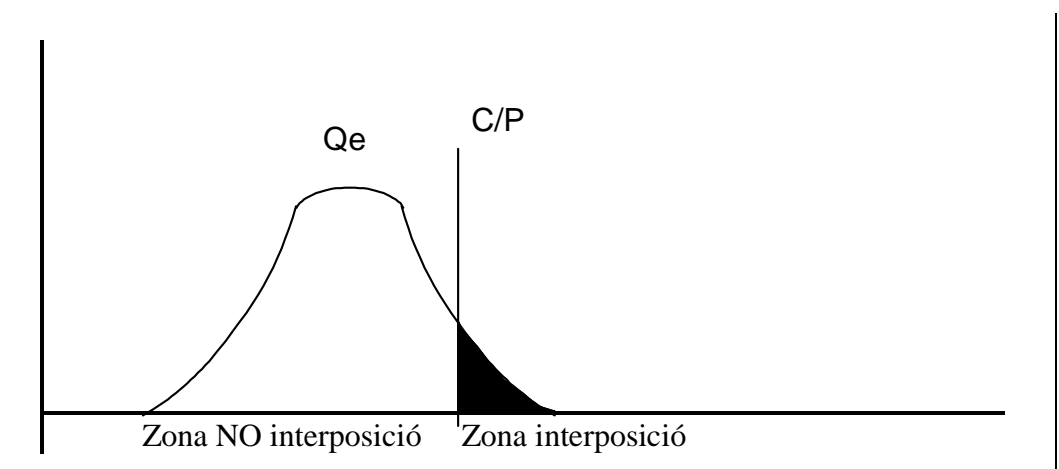
Com la secció II mostra en detall, els barems centren la variable aleatòria  $Q_e$  sobre el seu valor mitjà, per la qual cosa la variança de la distribució de les estimacions esdevé més petita. De nou, aquest efecte sobre  $N$  depèn dels valors relatius de  $Q_e$ ,  $P$  i  $C$  que porten a la necessitat de diferenciar dues situacions alternatives de manera semblant a aquelles prèviament definides en aquesta secció:

#### SITUACIÓ C:

Els costos són tan elevats i/o la probabilitat d'una resolució condemnatòria del demandat tan baixa, que  $C/P$  excedeix el valor mitjà de  $Q_e$ , és a dir,

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

Això ubica el punt crític  $C/P$  a la dreta de la distribució, de manera que amb la nova legislació aplicable la massa de probabilitat es mou del costat dret a l'esquerra de  $C/P$ . En ser la primera la zona de no interposició, hauria d'arribar als Tribunals un menor nombre de demandes. Aquest efecte s'afegeix a l'anterior.



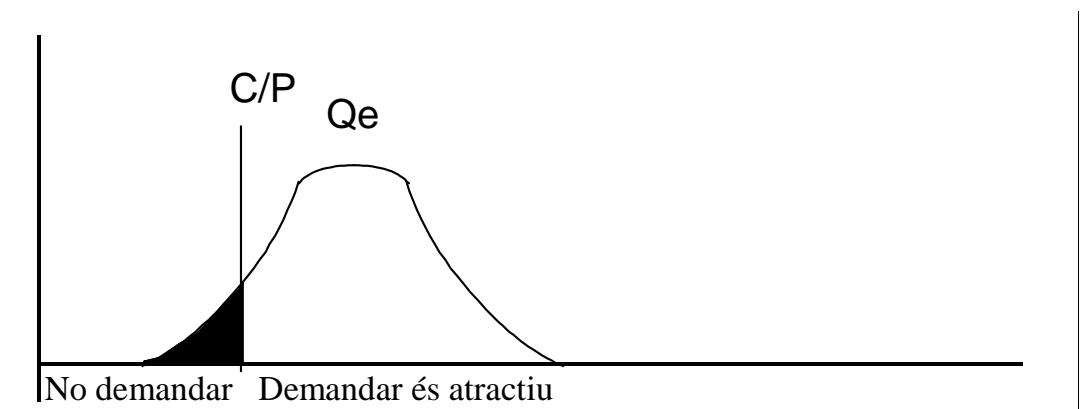
#### SITUACIÓ D

Els costos són baixos i/o la probabilitat de què el demandant guanyi el cas és suficientment alta per tal que:

$$C/P < \mu_e$$

En aquest cas, el punt crític és a la part esquerra -no interposició- de la distribució de l'estimació del demandant, de manera que una reducció de la seva variabilitat desplaça la massa de probabilitat i la reubica al costat contrari, que és la situació on la interposició d'una demanda té

sentit per a la víctima. Amb això es genera de nou ambigüitat en el model, de la mateixa manera que l'EFECTE 1 actua en contra d'aquest EFECTE 2 en la situació D.



### 3. Conclusions

**Reforma de danys.** A les pàgines anteriors s'han comparat dos règims de valoració de la indemnització per danys personals, dins del sistema de responsabilitat. D'una banda, un sistema obert de valoració que atorga al jutge amplis poders per avaluar els danys indemnitzables sense restriccions. De l'altra, una recent reforma en el dret de danys espanyol, que entrà en vigor el 1995 pels accidents de trànsit. Sota aquest nou sistema, les indemnitzacions es calculen mitjançant un conjunt de taules legals o matrius, deixant així a la judicatura possibilitats realment escasses de moure's fora d'aquella baremació.

**Dos efectes.** Aquesta legislació afecta la resolució de controvèrsies mitjançant la causació dels dos següents efectes sobre la litigació:

EFECTE 1: Eliminar l'optimisme de les prediccions dels litigants sobre la indemnització a obtenir potencialment en el judici, fa que aquelles siguin més exactes en el sentit que les estimacions d'ambdues parts resulten, en promig, més properes a la realitat.

EFECTE 2: Reduir l'error aleatori en què incorren els litigants quan pronostiquen la quantia amb què esperen que els Tribunals els indemnitzin, genera una disminució a les variabilitats de les seves estimacions.

**On es fan patents aquests efectes?** Els efectes esmentats tenen influència en dues de les variables que expliquen si els conflictes es resoldran mitjançant negociació o judici:

**$Q$  = Quantia finalment concedida com a indemnització pel Tribunal**

L'EFECTE 1 de la reforma en el dret de danys sobre  $Q$  és simple: hi ha més casos resolts mitjançant negociació que casos portats a judici. Però fins i tot la vigència d'aquest efecte

depèn de l'assumpció de com les parts realitzaran les seves estimacions. Aquest només té en compte que incorrin en optimisme; si fossin pessimistes, el barem en realitat vindria a reduir els nivells de negociació.

L'EFECTE 2 sobre Q és doble, però es pot identificar utilitzant els costos de litigació i la probabilitat d'una resolució condemnatòria del demandat com a punts de referència per a definir les situacions alternatives:

- A) Si la diferència entre les estimacions del demandant i del demandat no supera en promig el punt crític  $2(C-A)/P$ , aquest EFECTE 2 consisteix en un increment del nivell de negociació, afegint-se als anteriors. Aquesta és la SITUACIÓ A:

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

- B) Si la situació és la contrària -SITUACIÓ B-, és a dir, les parts estan en major desacord sobre els valors mitjans que sobre el punt  $2(C-A)/P$

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

llavors el nou règim incrementa la demanda de judicis i genera que menys casos siguin acordats fora dels Tribunals. En aquests casos, l'EFECTE 2 sobre Q està en contra d'altres ja estudiats i d'aquesta manera l'ambigüïtat apareix al model.

***N = Nombre de plets interposats com a conseqüència de la decisió de la víctima -demandant- de demandar al causant del dany -demandat-.***

L'EFECTE 1 sobre N imita el que succeï amb Q: disminueix el nombre de demandes interposades, la qual cosa redueix la demanda de litigar, però només en cas que les parts es comportin de manera optimista.

L'EFECTE 2 sobre N també és doble i depèn dels valors relatius de C, P i la  $Q_e$  del demandant en termes similars:

- C) Si  $C/P > \mu_e$ , existiran menys plets interposats un cop que els danys estiguin subjectes a les disposicions legals.
- D) Si  $C/P < \mu_e$ , la reducció de l'error causat pel barem legal comporta un increment del nombre de casos en què interposar una demanda legal esdevé justificada per a la víctima en termes de costos. Això porta, de nou, a l'ambigüïtat.

**Conclusió final**

L’anàlisi desenvolupada en aquest treball qüestiona el suposat efecte reductor de la litigiositat que els partidaris dels barems ens presenten com a una intuïció evident i incontestable. Com que la consecució de més acords i de menys judicis es considerarà expressament com un dels tres principals objectius d’aquesta reforma per part del legislador, l’ambigüitat mostrada pel model aconsella una reconsideració de la seva conveniència social. Juntament amb alguns incentius reductors de la litigiositat, hem detectat el risc d’altres efectes secundaris no previstos:

