

EL RAZONAMIENTO MARGINAL COMO TÉCNICA DE JURISPRUDENCIA

J. A. Faiña Medín
A. Martínez Barbeito

RESUMEN:

La microeconomía proporciona una serie de herramientas conceptuales para analizar las decisiones, los acuerdos y las mejores formas de organizar la convivencia de seres humanos libres. Una de esas herramientas microeconómicas, el razonamiento marginal puede emplearse como técnica de jurisprudencia para ponderar adecuadamente los comportamientos e intereses jurídicamente relevantes en el caso. En general no poseemos un conocimiento preciso de los *pros* y los *contras* derivados de situar el fiel de la balanza en una u otra posición, pero el razonamiento en el margen permite establecer su óptimo balance del mismo modo que reconocemos la cima de una montaña sin necesidad de medir su altura. El objeto del presente artículo es precisamente la justificación metodológica de la utilidad del razonamiento en el margen como técnica de jurisprudencia y su aplicación a dos situaciones concretas: La discusión de los umbrales de responsabilidad por culpa en el famoso caso del portador (Digesto 9.2.31) y el análisis de la responsabilidad por custodia en el contrato de aparcamiento-

INTRODUCCION: MICROECONOMIA Y DERECHO

No es este el momento de reflexionar sobre el método, ni de evocar viejas polémicas estériles de corte “positivista” sobre la naturaleza del conocimiento jurídico, pero nos gustaría señalar muy someramente los servicios que la “caja de herramientas” de la Teoría Económica puede prestar al conocimiento del Derecho.

Es inevitable asociar la economía con el estudio de la riqueza. Esta dimensión de “plutología” es muy importante, pero los instrumentos conceptuales de la economía van mucho más allá. La riqueza está al servicio de los seres humanos, de sus necesidades materiales e inmateriales, y exige que nosotros todos, seres libres con voluntad propia y objetivos distintos, tomemos nuestras decisiones y nos relacionemos con los demás¹. Desde esta perspectiva, la Teoría Económica, especialmente la Microeconomía, ha elaborado una óptica conceptual y unos instrumentos de análisis de naturaleza

¹ Con las bellas palabras de Lionel Robbins: “Hemos aquí, seres conscientes, con aspiraciones y deseos, con tendencias instintivas, encaminándonos todos a la acción por vías distintas. Pero el tiempo es limitado, el mundo exterior no ofrece una oportunidad plena para nuestro desarrollo. La vida es breve, la naturaleza avara; nuestros compañeros tienen otros objetivos. Y, sin embargo, podemos usar de nuestra vida para conseguir cosas distintas, podemos usar nuestros recursos y los servicios de los demás para alcanzar diversas finalidades”. L. ROBBINS (1932), “An Essay on the Nature and Significance of Economic Science”, London, 1932 (Traducción española)

eminentemente “cataláctica”²: orientados a la libre elección y valoración de objetivos y posibilidades, a la interrelación, el intercambio y el acuerdo entre los seres humanos.

La proyección del método científico sobre los problemas clásicos de la filosofía social y la ética abre posibilidades fascinantes al pensamiento y a la sabiduría tradicional sobre las reglas y la organización de una mejor convivencia y cooperación entre seres humanos libres³. Desvestidos de las injustificadas pretensiones absolutistas e imperialistas del positivismo científico del siglo pasado y buena parte el actual, los métodos e instrumentos lógicos, al modo de la microeconomía, pueden ser de utilidad para la filosofía jurídica y la jurisprudencia⁴.

Dos perspectivas merecen destacarse a este respecto. En primer lugar, desde el plano abstracto de la filosofía y la teoría jurídicas, el análisis económico pone de manifiesto que las instituciones y normas desarrolladas y transmitidas en la tradición jurídica occidental, en sus derechos positivos y en la autoridad de su doctrina, no son fruto del voluntarismo del poder o del legislador, sino que poseen una sólida fundamentación como instrumentos óptimos para mejorar la convivencia y cooperación entre seres humanos libres. Naturalmente las soluciones no son únicas, ni determinísticas, son múltiples y varían en el tiempo y el espacio, pero por eso mismo la “Ciencia del Derecho, trascendiendo su valor práctico en orden a la creación del Derecho, tiene un valor cognoscitivo propio”⁵. Más allá de la propia variabilidad de su material, la filosofía y la doctrina jurídica son un legado cultural de importancia clave para la justicia y la convivencia en una sociedad de hombres libres. La vieja sentencia de Kirchmann: “*Tres palabras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel manchado*” es fruto del espejismo científicista del siglo pasado. Sólo la pervivencia (hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX) de los fantasmas de una metodología científica superada⁶ explica que el propio Karl Larenz preste atención a estas cuestiones en su clásica obra sobre la metodología del Derecho.

En segundo lugar, desde la perspectiva más íntima y característica de la Jurisprudencia, la microeconomía ofrece un instrumento conceptual, el análisis

² J. HICKS, (1976), “Revolutions in Economics?”, S. LATSIS (ed.), “Method and Appraisal in Economics”, Cambridge University Press, 1976 (Traducción española en J. HICKS, “Clásicos y Modernos: ensayos sobre teoría económica”, Fondo de Cultura Económica).

³ Sólo por vía de ejemplo, y desde la perspectiva de su interés para el pensamiento jurídico, pueden señalarse en el campo de la filosofía política, BRENNAN, G. y BUCHANAN, J.(1985) “La razón de las normas: Economía política constitucional”, Traducción española, Unión Editorial, Madrid, 1987; y en el campo de la ética, J. HARSANYI, “A Theory of Prudential Values and a Rule-Utilitarian Theory of Morality”, ponencia escrita para el Congreso del Institute Vienna Circle en junio de 1996 y remitida al congreso de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, Santiago, 1996 (se publicará en el Yearbook 5/1997 del referido instituto y en la revista de la S.I.E.U., , cuyo volumen V, número 1, junio de 1966, recoge documentos de la polémica entre HARSANYI y SEN sobre utilitarismo e igualdad).

⁴ Al margen de los precedentes del siglo XVIII con los estudios de C. BECCARIA y J. BENTHAM, el análisis económico del Derecho puede decirse que comienza en los años sesenta a partir de los estudios iniciales de G. CALABRESI, “Some Thoughts on risk Distribution and the Law of Torts”, Yale Law Journal, 70, 1961 y R. COASE, “The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, 3, 1960 (Traducción en Hacienda Pública Española, 68, 1981)

⁵ K. LARENZ, (1960), “Metodología de la Ciencia del Derecho”, trad. esp. , Ariel, Barcelona, 1980, págs. 25y ss.

⁶ Los paradigmas científicos de KUHN y los programas de investigación de LAKATOS son sólidas posturas de filosofía de la ciencia que han superado el científicismo positivista. Entre sus obras pueden citarse, KUHN, T.S., “Estructura de las revoluciones científicas”, trad. esp. Fondo de Cultura Económica, 1980, y LAKATOS, I., “La metodología de los programas de investigación científica”, trad. esp., Alianza Universidad, 1983

marginal, que puede resultar de ayuda para la valoración y ponderación de los comportamientos e intereses jurídicamente relevantes. Justamente, como señala Larenz, la Jurisprudencia ha desarrollado métodos encaminados a la fundamentación racional de los juicios de valor sobre el “deber ser” dentro de un sistema aceptado de derecho positivo; en sus propias palabras: “la aportación peculiar de la Jurisprudencia es precisamente el haber creado métodos de *pensamiento orientado a valores* y el conseguir, con la ayuda de tales métodos, los enunciados correspondientes sobre lo que es debido *hic et nunc*”⁷.

VALORACIÓN DE CASOS Y JURISPRUDENCIA

No es este el lugar para reflexionar sobre la metodología jurídica, pero permítasenos unas breves líneas con la simple pretensión de situar el marco o contexto del razonamiento marginal como técnica de jurisprudencia. Esto es, como un instrumento analítico para la valoración y resolución de “casos”. Entendemos por “caso” aquella situación de conflicto en la que dos partes poseen intereses defendibles jurídicamente desde perspectivas contrapuestas. La jurisprudencia es una ciencia o arte de naturaleza esencialmente valorativa y la misión del jurisperito es precisamente valorar y ponderar los intereses en conflicto en cada caso y decidir cuando y en que medida uno debe predominar sobre el otro con arreglo al Derecho vigente.

En el Derecho romano y en gran medida en los países anglosajones (especialmente en el Derecho Común, *Common Law*⁸), las reglas y el conocimiento del Derecho se mueven en un terreno muy próximo a la casuística jurisprudencial y se manejan con cautela las abstracciones y la sistemática. Puede decirse que se trata de un pensar según casos e incluso, en la visión de Kaser, que de la casuística de resolución de problemas concretos surgen las reglas como un producto posterior⁹. Esta visión de la elaboración casuística del Derecho, a través de la experiencia y el *sensus juridicus*, curiosamente es muy próxima a la postulada en el análisis económico del Derecho. Posner sugiere que las reglas de derecho elaboradas por la jurisprudencia tienden a la eficiencia debido a que el objetivo de los jueces es buscar el respeto y autoridad de sus decisiones¹⁰.

En el Derecho continental, bajo la influencia racionalista de la teoría de la norma y del esquema lógico de la aplicación de la ley, la casuística jurisprudencial posee también una gran importancia, puesto que permite rebajar el grado de abstracción de las normas y reducir su nivel de ambigüedad. En este sentido el conocimiento jurídico a

⁷ Op. cit., pág. 27.

⁸ Si bien las analogías entre ambos se han exagerado en ocasiones, es muy interesante comparar los textos romanos en especial el Digesto, con los manuales de derecho anglosajones, en particular, el gran manual de derecho americano, *Corpus iuris secundum*.

⁹ Véanse a este respecto, A. FERNANDEZ BARREIRO, “Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho romano”, Santiago, 1976 y J. GARCIA CAMIÑAS, “Posiciones metodológicas en el estudio del Derecho romano: El pensamiento de M. Kaser”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, número 79 (Anuario).

¹⁰ POSNER, R.; (1986) “Economic analysis of Law”, Little, Brown and Co., Boston, 1986, pág. 505. Los conceptos de optimalidad y eficiencia del análisis económico del Derecho privado ofrecen una salida al problema de la génesis casuística del Derecho, ¿cómo pueden generarse decisiones coherentes si no existen normas que orienten ese sentido jurídico?, el concepto de *ius se postula* siempre como preexistente a los pronunciamientos jurisprudenciales, véase J. GARCÍA CAMIÑAS, op. cit. pág. 135.

través de casos es también de suma importancia en los ordenamientos codificados modernos.

En efecto, de una parte, y aunque no con demasiada frecuencia, se producen o pueden producirse colisiones de principios y normas que han de solucionarse por medio de la “ponderación de bienes”, al tiempo que la propia riqueza y dinamismo de la vida da lugar al nacimiento de situaciones no reguladas, como es el caso del contrato de aparcamiento que luego comentaremos. Pero de otra parte, y sobre todo, es la propia riqueza y singularidad de las situaciones de la vida real la que, con suma frecuencia, hace necesaria su valoración con arreglo a la interpretación de las normas abstractas. En este sentido, como subraya Karl Larenz: “sería un error aceptar que los textos jurídicos sólo necesitan interpretación cuando aparecen especialmente <oscuros>, <poco claros> o <contradictorios>; más bien *todos* los textos jurídicos, en principio, son susceptibles de y necesitan interpretación. Esta su necesidad de interpretación no es un <defecto> que pudiera definitivamente remediarse por medio de una redacción precisa en lo posible, sino que seguirá existiendo hasta tanto que todas las leyes, sentencias judiciales, autos e incluso contratos, no hayan de ser redactados exclusivamente en un *lenguaje simbolizado de signos*”¹¹. Esta última cursiva es nuestra, y permítasenos una aclaración en algo que el gran maestro de la metodología jurídica no podía conocer. Ciertamente impresiona su penetración y profundidad sobre la necesidad de interpretación de las normas, así como su consideración como algo natural y no de naturaleza defectuosa, pero la última referencia al lenguaje simbólico carece también de sentido por las mismas razones profundas señaladas por el propio Larenz. La necesidad de interpretación de las normas no surge sólo de la ambigüedad del lenguaje literario, sino que resulta del propio carácter o naturaleza de las mismas, como variables de orden superior o “lingüístico”.

Hoy se reconoce la dificultad de cerrar por completo los sistemas formales, pero además comienzan a estudiarse sistemas de conceptos que por su propia naturaleza entrañan importantes dosis de vaguedad, tal es el caso de las denominadas variables de orden superior o variables lingüísticas que generan relaciones y lógicas borrosas¹². Los conceptos utilizados en Derecho son por su propia naturaleza susceptibles de graduación: alto-bajo, bueno-malo, blanco-negro son extremos polares entre los que existe una infinita variedad de tonalidades grises. Son conceptos de naturaleza borrosa donde existen matices y graduaciones de certidumbre, de aceptabilidad-rechazo. Las conductas humanas y sus valoraciones rara vez son totalmente admirables ó absolutamente reprobables, sino que oscilan entre ambos extremos. Esto impide utilizar la lógica clásica que excluye cualquier posibilidad entre lo cierto y lo falso y permite construir lenguajes formales transparentes y de muy baja o nula ambigüedad.

Uno puede preguntarse siquiera rápidamente las razones de la vaguedad de las variables lingüísticas y el razonamiento aproximado a que dan lugar. Tales razones probablemente se encuentren en la necesidad de inclusión y condensación de información en un número relativamente reducido de conceptos. Al menos esto es lo que ocurre con las normas más abstractas y las formulaciones dogmáticas. En efecto para delimitar un tipo o concepto necesitamos considerar sus características o rasgos principales y esto puede realizarse con muchos niveles de abstracción: Los de orden

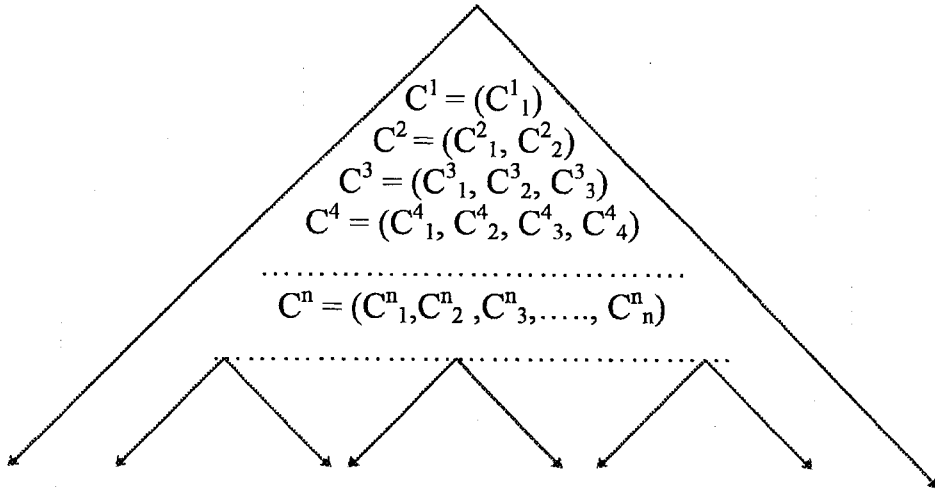
¹¹ LARENZ, Op. cit. pág. 193.

¹² Conocidos en la literatura anglosajona como Fuzzy Sets, los conjuntos borrosos son objeto de estudio por las matemáticas actuales, véase como ejemplo ZIMMERMANN, H.-J. (1991) “Fuzzy Set Theory and its Applications”, Kluwer, págs.131 y ss. para las variables lingüísticas de ZADEH (1973). En español puede consultarse, TRILLAS, E. (1980), “Conjuntos borrosos”, Vicens Universidad.

superior, los niveles más altos, son los que utilizan pocas características y los de orden inferior, los más cercanos a la infinidad de circunstancias de los hechos individuales, las más concretas, son las que utilizan mayor cantidad de características.

Podríamos expresar esto con la siguiente tabla piramidal:

GRADOS DE ABSTRACCION Y NUMERO DE CARACTERISTICAS



Resulta algo paradójico con respecto al álgebra habitual, donde los espacios de una dimensión pueden incluirse en los de dos y así sucesivamente, en el campo de las normas, por el contrario, los conceptos abstractos de orden superior, con menor dimensionalidad de características y facetas, son los de mayor extensión y aplicación más general, mientras que los de mayor dimensionalidad, los más concretos y cercanos al plano de los hechos individuales, son los de menor extensión y generalidad. Esta necesidad de condensar información eliminando dimensiones en el proceso de abstracción es a un tiempo la justificación de la dogmática y el fundamento de su debilidad, pues conforme se eleva el grado de abstracción se incrementa la borrosidad de su aplicación en las circunstancias concretas de las situaciones individuales.

Esta evolución contrapuesta entre inclusividad y dimensionalidad es la causa de la borrosidad de las normas jurídicas abstractas y la razón de la insuficiencia de las interpretaciones racionalistas de la codificación. Justamente el problema central del método en el Derecho y la Jurisprudencia es el pasar de lo general a lo concreto, ese sobrepasar la ambigüedad de las normas abstractas y valorar con arreglo a la letra y al espíritu de las normas (ccr. art. 3.1 Código Civil) las situaciones individuales.

El esquema lógico de aplicación de la ley por medio del silogismo de determinación de la consecuencia jurídica puede formularse de la siguiente manera¹³:

Premisa mayor:

S C, (al supuesto de hecho S le corresponde la consecuencia jurídica C)

¹³ Véase, LARENZ, K., op. cit., págs. 266 y ss.

Premisa menor:

H S, (el hecho H -con muchas especificaciones concretas- pertenece al supuesto S).

Conclusión:

H C, (Ante el hecho H debe producirse la consecuencia C)

Bajo una aparente sencillez se implican operaciones lógicas extraordinariamente complicadas, pero aquí queremos resaltar las dificultades de la operación de subsunción implícita en la premisa menor. La subsunción es una relación borrosa, cuyos valores de certeza oscilan entre los casos polares de uno para la clara pertenencia y cero para la no pertenencia nítida, pero habitualmente en la mayor parte de los casos oscilará en los valores intermedios de pertenencia, $\mu(H)$, entre 0, se niega la premisa menor, no subsunción, y 1, se da con certeza total la subsunción. En los casos extremos no hay problema, pero que hacer con valores intermedios, entre 0,7 y 0,8, por ejemplo, ¿debe aplicarse C a H? ¿H posee la suficiente entidad para que se deba aplicar C? La dificultad es tanto mayor cuanto que las propias relaciones de subsunción y de aplicación de la consecuencia son dependientes de los contextos particulares y de las circunstancias individuales del propio caso. No son lo mismo las consecuencias penales que la civiles, ni es lo mismo valorar la buena fe exigible en una venta a un perito, que a un cliente normal, o a un consumidor, ni es lo mismo en el caso de bienes nuevos que usados.

Estos problemas se atenuan en gran parte estudiando casos y situaciones con menores niveles de abstracción. La formulación general, clara y sistemática de las normas en los sistemas codificados es probablemente un avance importante, pero para su plena potencialidad y su cabal comprensión requiere el estudio de casos y la valoración jurisprudencial de situaciones concretas. Cuantas más características se consideren y más se concreten los niveles de aplicación de las reglas y principios jurídicos, más se ampliará la consideración de contextos significativos de valoración y menor será la ambigüedad en el conocimiento y aplicación del sistema. Esta es la gran ventaja del método de casos que debe complementar necesariamente el estudio de las normas abstractas.

VALORACIÓN DE CASOS Y RAZONAMIENTO MARGINAL

A este respecto, el análisis económico del Derecho propone conceptos de optimalidad y eficiencia que pueden servir de ayuda en las valoraciones que implican la complejas operaciones jurisprudenciales de aplicación de las normas. La teoría neoclásica de la empresa¹⁴ curiosamente ofrece un criterio sencillo para la valoración y el óptimo balance de los pros y contras de las conductas humanas basado en el razonamiento marginal. Antes de exponerla señalaremos una vez más que no se trata de sustituir los métodos jurídicos por razonamientos económicos, sino simplemente de sugerir una posible técnica de análisis que puede servir de guía y ayuda orientativa en la valoración de intereses contrapuestos y en la aplicación de “estándares” de diligencia y responsabilidad y que, como veremos con algunos ejemplos, parece encajar relativamente bien con muchas soluciones jurídicas.

¹⁴ Una teoría altamente abstracta que paradójicamente prescinde por completo de la organización empresarial sustituyéndola por un simple plan óptimo de producción: la combinación de factores y productos que proporciona el máximo beneficio instantáneo.

En realidad lo que nos ofrece la teoría de la empresa neoclásica es un método sencillo, pero nada obvio, para evaluar la conducta más apropiada mediante la **ponderación de aspectos positivos y negativos**. Suele juzgarse como positiva una acción cuyos aspectos positivos, sus pros, superan a sus contras, sus aspectos negativos. Pero no tiene que ser necesariamente así, en particular cuando la conducta es susceptible de una gradación en intensidad que afecta a sus ventajas e inconvenientes, lo correcto es buscar la mejor relación entre pros y contras. ¿Será justo aumentar los efectos positivos si ello implica que los negativos se incrementen en mayor proporción?

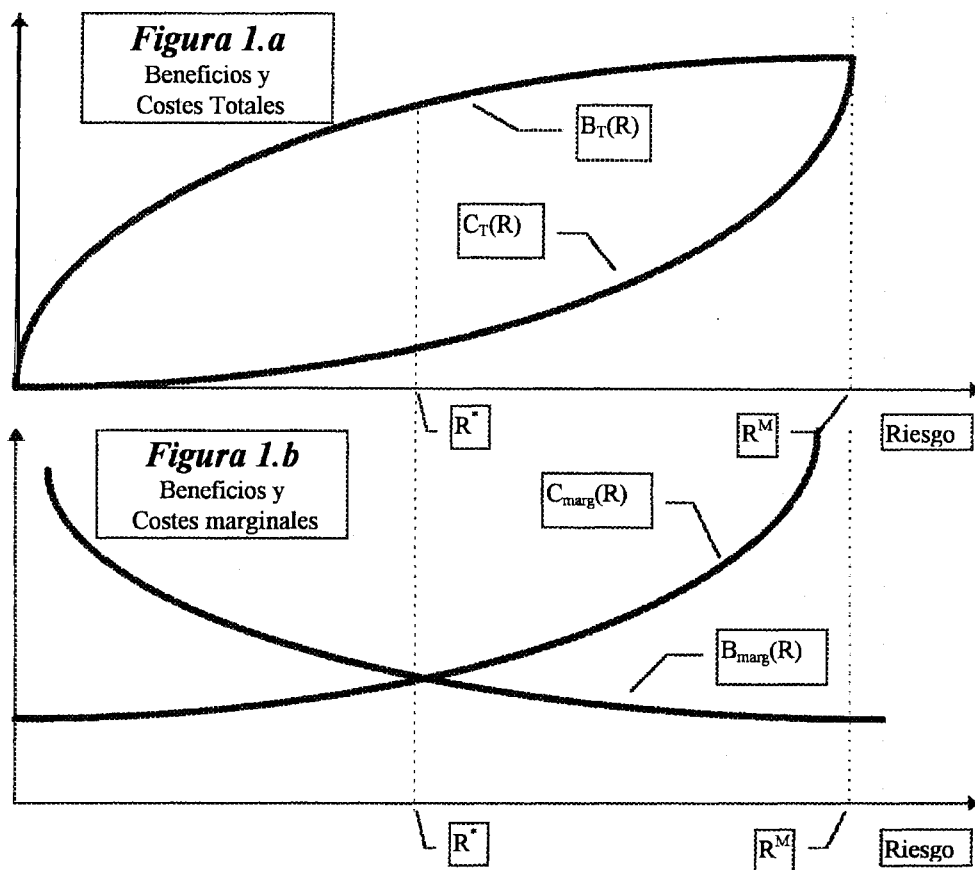
Por lo general no poseemos un conocimiento preciso de los *pros y contras* asociados a los distintos niveles o intensidades de acción y resulta imposible calcular su diferencia, pero las conductas pueden evaluarse con respecto a sus niveles o patrones óptimos mediante la comparación en el margen de los ritmos de incremento de sus ventajas e inconvenientes, de la misma manera que sabemos reconocer la cima de un colina sin necesidad de medir su altura. El razonamiento en el margen permite disolver el espejismo de los valores totales (*más pros que contras*) y aproximarnos a los patrones óptimos. ¿Que ocurriría si a partir de tal punto se hubiera ido un poco más lejos? La respuesta a esta pregunta puede permitir una valoración correcta del punto en que nos encontramos: 1) Si las ventajas crecen a un ritmo comparable al de los inconvenientes estamos en la región óptima, 2) Si las ventajas crecen a un ritmo superior a los inconvenientes estamos ante una acción timorata que se queda corta, que no aprovecha toda su potencialidad positiva neta, y si por último 3) Las ventajas crecen a un ritmo menor que los costes, se ha ido demasiado lejos, estamos ante una acción que obtiene ventajas con una relación de coste excesivo.

Los razonamientos en el margen deben interpretarse con cuidado y exigen distintos requisitos para ser válidos, pero si la evolución de las ventajas e inconvenientes satisface unas condiciones razonables de regularidad y curvatura la corrección del análisis marginal está garantizada. Este es el caso, relativamente frecuente, en que los beneficios, inicialmente mayores que los costes, crecen a un ritmo cada vez menor con relación a la intensidad de la acción (rendimientos marginales decrecientes), mientras que los costes evolucionan de manera opuesta, creciendo a un ritmo cada vez mayor (costes marginales crecientes).

Consideremos el ejemplo clásico del umbral o estándar de diligencia en la responsabilidad por culpa. La libertad para usar plenamente de los propios derechos puede entrar en conflicto con el interés de los otros en no soportar daños causados involuntariamente por los riesgos derivados de nuestra conducta. El nivel de precaución o riesgo asumido en la conducta del causante afecta a intereses opuestos, ambos jurídicamente defendibles, su valoración requiere ponderar la importancia relativa de los mismos: Sus *pros y sus contras*. Si los beneficios de la acción son inicialmente mayores que los costes y crecen gradualmente, a un ritmo cada vez menor, conforme se reducen las precauciones y se incrementa el riesgo asumido, mientras que los costes crecen tanto más rápidamente conforme se reduce la precaución, la zona de riesgo o precaución óptima es aquella en que los ritmos de incremento de beneficios y costes (beneficios y costes marginales) son más o menos similares, mientras que son acciones timoratas las que no alcanzan ese nivel y son negligentes aquellas otras que lo sobrepasan ampliamente: aquellas en que la asunción de riesgos ha ido demasiado lejos y en los que las últimas reducciones en las medidas de precaución y cuidado no están justificadas pues crean costes adicionales superiores a sus beneficios y reducen la ventaja o efecto positivo de la acción.

El lector familiarizado con las representaciones gráficas verá estas ideas con mayor claridad en la siguiente Gráfica 1, donde se representan los beneficios y costes totales (figura 1.a) y marginales (figura 1.b) en función del nivel de riesgo y se

determina el umbral de riesgo óptimo, R^* , que es claramente menor que aquel en el que los costes igualan a los beneficios, R^M .



Los principios matemáticos y las perspectivas en esta evaluación no plantean problemas si se cumplen las condiciones de regularidad y curvatura señaladas anteriormente ¹⁵.

¹⁵ Como la función de beneficios, $B(R)$, es cóncava y la de costes, $C(R)$, convexa, su diferencia, el efecto positivo neto será una función cóncava y por consiguiente tendrá un máximo absoluto allí donde se anule su derivada, es decir, el óptimo R^* habrá de cumplirse $C_{marg}(R^*) = B_{marg}(R^*)$. Es interesante comprobar que los cambios de perspectiva no alteran los resultados. Desde la perspectiva seleccionada los beneficios son percibidos por el causante bajo la forma de mayor efectividad de la acción al reducir las precauciones, mientras que los costes recaen sobre las víctimas potenciales. Si cambiamos el punto de vista, desde el ángulo de la víctima potencial, el beneficio sería la reducción de $C(R)$, es decir, $\text{Sup } C(R) - C(R)$, y el coste impuesto al causante sería la reducción de sus beneficios, es decir $\text{Sup } B(R) - B(R)$. Como el supremo y el ínfimo son constantes y la opuesta de una función cóncava es convexa, y a la inversa, es evidente que el resultado no cambia. Por último, si utilizamos el punto de vista de minimizar los costes impuestos a la víctima potencial y el coste de la precaución (la reducción del beneficio del causante

En la literatura española contamos con el análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil extracontractual de Gomez y Pastor¹⁶, donde se contienen abundantes referencias a nuestra jurisprudencia. Sería muy interesante estudiar los estándares de diligencia exigidos en la distintas situaciones con arreglo al razonamiento marginal. No se trata de hacer cálculos imposibles de beneficios y costes marginales, sino de evaluar el grado de cuidado o riesgo asumido en cada caso con arreglo a nuestra intuición sobre la pregunta clave: ¿En tal situación con que ritmos evolucionarían costes y beneficios si se aumentara un poco el nivel de cuidado?

Por vía de ejemplo comentaremos un texto de Derecho romano; el famoso caso del podador: (*Paul. 10 Sab.*) Si un podador, al tirar una rama de un árbol, o un hombre que trabaja en un andamio, mató a un esclavo transeúnte, queda obligado si la cosa cae en un lugar público y no dio voces para que pudiera evitarse el accidente. Pero también dijo Mucio que, aunque hubiera ocurrido lo mismo en lugar privado, puede demandarse por culpa, pues es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por persona diligente no lo fue, o si avisó en un momento en que no podía evitarse el peligro. Según este razonamiento, poco importa que se caminara por lugar público o privado, ya que muy frecuentemente se suele pasar por terrenos privados; pero si no hubiese camino, debe responder tan sólo si dolosamente arrojó algo contra el que viene caminando, pues no ha de exigírsele culpa cuando no hubiese podido conjeturar si había de transitar alguien por aquel lugar”, como es sabido los juristas romanos construyeron una interpretación de la *Lex Aquilia* que, entre otras cosas, introdujo la consideración explícita del umbral de diligencia, de modo que el elemento riesgo debe interpretarse en su aplicación concreta dentro del concepto de culpa y, por tanto, no conduce siempre a la imputación de responsabilidad¹⁷.

¿Que grado de precaución debe adoptar el podador al tirar las ramas del árbol?, la cuestión decisiva es la de si hay o no camino, de ello depende la probabilidad del daño a los transeúntes: Quedará obligado por culpa si no avisó, o no avisó a tiempo, para que pudiera evitarse el daño, poco importa que el lugar sea público o privado, puesto que frecuentemente se transita por lugares privados, pero si no hubiera camino sólo responderá por dolo.

Cuando el podador no adopta medidas de precaución al tirar las ramas, ¿que ocurrirá si pone un poco más de cuidado?. Sus beneficios decrecerán en parte pues su trabajo irá más lento, pero si trabaja sobre un lugar transitado es claro que la reducción del potencial de daño será mucho más importante, luego será negligente si no mira o no avisa con tiempo suficiente. Si no hubiera camino ese pequeño aumento de cuidado no tendría influencia sobre el potencial de daño y sería excesivo demorar el trabajo con precauciones injustificadas, de ahí que sólo se responde por dolo.

Señalar finalmente que lo importante son los ritmos de variación, no los valores totales. Esto tiene importancia en relación con temas como la probabilidad o previsibilidad, no importa que el valor total sea muy bajo por improbable, lo que importa es la variación en el potencial de daño. Es muy raro que se incendie el cuarto de una guardería donde duermen los bebés, pero si esto ocurre sin vigilancia y se *inspecciona de vez en cuando ese cuanto*, el daño será gravísimo, si se incrementa

SupB (R) - B (R)), el resultado óptimo seguiría siendo el mismo. En efecto, el problema es ahora el mínimo de una función convexa (suma de dos convexas), caracterizado por la misma condición $C_{\text{marg}}(R^*) = B_{\text{marg}}(R^*)$.

¹⁶ GOMEZ, F. y PASTOR, S., “El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, Anuario de Derecho Civil, abril-junio, 1990, págs.495 y ss.

¹⁷ Cfr. A. FERNANDEZ BARREIRO y R. RODRIGUEZ MONTERO, “Cuestiones y casos prácticos de Derecho romano”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pags. 91-92.

ligeramente la vigilancia los costes de la guardería y el esfuerzo de su personal aumentarán, pero el potencial de daño se reducirá enormemente. A salvo de las circunstancias especiales de cada caso, en general, pone que no inspeccionar el dormitorio de los bebés es una conducta negligente.

En el campo del Derecho público las cuestiones son más complejas por la distinta posición de las partes y por la jerarquía o prioridad de los intereses protegibles. No puede olvidarse que una dimensión importante del derecho es disciplinar el ejercicio de los poderes públicos, como es el caso de las normas constitucionales sobre jerarquía normativa y atribuciones, procedimientos para la toma de decisiones, competencias y modalidades del ejercicio de las mismas¹⁸. Pese a todo, el razonamiento marginal puede ser de gran ayuda en la aplicación de principios como el de proporcionalidad o buena administración, puesto que pone de relieve los correctos límites de la acción frente a lo que podría denominarse la falacia de los valores totales, esto es la justificación de una conducta porque los pros superan a los contras.

En efecto, consideremos el caso del ejercicio de las facultades de investigación de la administración en materia de seguridad del Estado, es claro que el derecho a la intimidad no es absoluto y debe ceder ante estas facultades investigadoras. Pero también es cierto que su ejercicio es una cuestión de límites que no puede llevarse hasta extremos injustificados. ¿Donde situar tales límites? El ejercicio de las facultades de investigación siempre será preferible a su inoperancia. Este es un planteamiento de todo o nada que resulta irrelevante. La cuestión importante es ¿hasta donde se debió llegar y donde debió de pararse? Una cuestión de grado, de ponderación, y aquí de nuevo el razonamiento marginal es una guía útil. Supongamos que en el ejercicio de las mencionadas facultades de investigación se accede y se registra información privada sobre *la vida privada de las personas*. ¿Cual es la ventaja adicional para la seguridad del Estado? Baja o nula, ¿cual es el coste adicional para las libertades públicas? potencialmente alto: la conclusión es clara, tal actuación es incorrecta por excesiva.

UNA APLICACIÓN EN LOS CONTRATOS: LA OBLIGACIÓN DE CUSTODIA EN EL CONTRATO DE APARCAMIENTO

En el campo de los contratos y transacciones privadas el alcance de las obligaciones y la responsabilidad de las partes ofrece un magnífico campo para la aplicación del razonamiento marginal. Utilizaremos este marco para analizar las soluciones jurisprudenciales para el contrato de aparcamiento de vehículos¹⁹.

En general en materia de defectos la responsabilidad contractual de las partes se mueve entre dos dimensiones de interés jurídicamente protegibles:

De una parte, del lado del vendedor, la seguridad jurídica, estamos ante un contrato libremente pactado por el comprador después de examinar la cosa. El cuidado o diligencia puesto por el comprador en este examen previo es una cuestión de gran relevancia.

De otra el equilibrio *sinlagmático* del contrato, el equilibrio de contraprestaciones con arreglo a su causa o función social. Aquí la cuestión decisiva es

¹⁸ Véase el expresivo artículo de BUCHANAN, J., "Good Economics-Bad Law", Virginia Law Review, vol. 60, 1974.

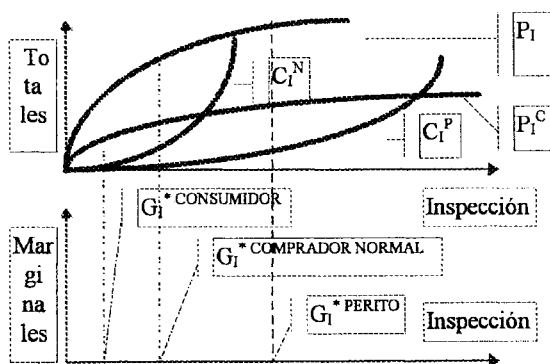
¹⁹ Este asunto ha sido objeto de un magnífico estudio por ALVAREZ LATA, N., "Construcción jurisprudencial del contrato de aparcamiento de vehículos", Aranzadi Civil, nº 11, octubre, 1996.

la información proporcionada por el vendedor, bien de forma directa en la formulación de su oferta, bien de forma indirecta a través de las expectativas que se derivan de las circunstancias y condiciones de la misma.

¿Cuales son los límites que impone la buena fe?, ¿como deben evaluarse las conductas de ambas partes?. Es claro que al vendedor no se le puede imponer la obligación de contar con todo detalle los defectos y problemas de la cosa o producto, ni se le puede censurar el entusiasmo en difundir sus virtudes y utilidades. De una parte hay un legítimo interés en promover la venta y de otra el comprador sabe que la información del vendedor es parcial e interesada. De nuevo el arte o ciencia de la jurisprudencia consiste en valorar esas situaciones de conflicto jurídico, como sopesar conductas e intereses, donde situar el fiel de la balanza.

Recurramos al análisis marginal, la dimensión relevante se centra en el grado o nivel de inspección que se debe exigir al comprador. Los beneficios derivados de compensar el desequilibrio de contraprestaciones crecerán a menor ritmo que el grado de inspección (rendimientos marginales decrecientes de la inspección), por el contrario los costes para la seguridad jurídica, el efecto negativo de la corrección a través de la responsabilidad del vendedor, serán crecientes, y a un ritmo cada vez mayor, conforme aumenta el grado de inspección llevado a cabo por el comprador. En estas condiciones, la óptima ponderación de los intereses jurídicos en conflicto exige un nivel mínimo de inspección por parte del comprador para poner en marcha el mecanismo corrector de la responsabilidad del vendedor. Este nivel mínimo se encuentra justamente en la región donde el beneficio adicional de un mayor grado de inspección se compense más o menos por el coste adicional de reajustar los acuerdos con un grado de inspección ligeramente superior.

Ahora bien estos costes para la seguridad del tráfico jurídico dependerán de la propia cualificación y capacidad del comprador. El grado de inspección exigible al comprador dependerá de su capacidad para sacarle provecho. En general ese provecho (P_i) crecerá a un ritmo cada vez menor con el grado de inspección, mientras que los costes crecerán a un ritmo más que proporcional. Pero lo importante es que el coste en tiempo y recursos de la de la inspección (C_i) depende de la cualificación del comprador. Cuando el comprador es perito en la materia tales costes (C_i^P) crecerán mucho más



lentamente que cuando el comprador es una persona de cualificación normal (C_i^N), mientras que en el caso de un consumidor ante una oferta fija (contrato de adhesión) el provecho de la inspección (P_i^C) -al no existir ventajas de negociación y regateo- crecerá a ritmos todavía menores a los del caso general. En estas condiciones el razonamiento marginal explica los distintos umbrales de responsabilidad del vendedor, según el grado

de cualificación del comprador. Veámoslo en la siguiente gráfica, en la que por razones de simplicidad hemos omitido del recuadro inferior las distintas curvas de valores marginales.

El grado de inspección mínimo del comprador necesario para poner en marcha la responsabilidad del vendedor es muy diferente según la cualificación del primero. Cuando este es perito en la materia su capacidad para examinar el objeto hace que la responsabilidad del vendedor se limite al dolo o engaño. No ocurre así, por el contrario, cuando el comprador posee sólo la cualificación normal o habitual, en este caso deberá prestarse una cierta atención al objeto del contrato, aun cuando sería disparatado exigir que todo comprador hubiera de negociar acompañado de un perito en la materia. Ahora bien estas normas generales de Derecho común, incorporadas a los códigos de Derecho Civil, se complementan con otras especiales para la protección de los consumidores. En el caso de contratos en masa, en los que el oferente (empresario por lo general) fija los términos de su oferta sin posibilidad de regateo, las exigencias de inspección al consumidor resultan todavía menores de ahí la especial protección que conceden normas como las contenidas en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, tanto en lo que se refiere al significado de las características configuradoras de la oferta, como al control de las cláusulas en los contratos de adhesión²⁰.

Hasta aquí no se ha hecho otra cosa que mostrar la compatibilidad de las normas con el razonamiento marginal, sin embargo lo importante de esta técnica es que va mucho más allá de la dogmática habitual y ofrece una guía para valorar las circunstancias relevantes de cada caso y para evaluar nuevas figuras y problemas.

Entremos ya en la responsabilidad en el contrato de aparcamiento. Como muy bien señala Alvarez Lata “la construcción jurisprudencial de los aspectos más destacados del contrato de aparcamiento de vehículos resulta satisfactoria....La estructuración de la obligación de custodia y su extensión,....,así como la normativa aplicable al contrato en su generalidad, son aspectos ya aparentemente maduros en la doctrina de las Audiencias Provinciales”, aunque añade -con gran madurez para su juventud-: “No obstante, aunque positivo sea el balance, consideramos que algunos planteamientos resultan poco respetuosos con la libertad contractual del que se dedica a tal actividad mercantil en base a una tendencia hiperprotectora del consumidor”²¹.

Dos casos polares relativamente claros del llamado contrato de garaje son: 1) el arrendamiento del local o cochera donde se guarda el vehículo, el caso inicialmente contemplado en la sentencia del TS de 10 de junio de 1929, donde el control de las medidas de seguridad corresponde al arrendatario y 2) la entrega del coche para su reparación, pintura, etc., donde es claro que el control y la responsabilidad corresponden al prestador del servicio.

El problema surge en la situación intermedia, característica de las ciudades y otras áreas urbanas y de servicios, donde ante la falta de aparcamientos se ofrece un espacio donde estacionar el vehículo. ¿Que es lo que se ofrece realmente? Un servicio de estacionamiento, pero con frecuencia el propietario del aparcamiento establece que no responde de la custodia del vehículo, ni de los objetos depositados en su interior. Se plantea entonces la cuestión de si existe una obligación de custodia por parte de la empresa propietaria del aparcamiento y en caso afirmativo surge la pregunta sobre el

²⁰ En cuanto a la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos la nueva Ley 22/1994 desarrolla en nuestro Derecho los principios contenidos en la Directiva 85/374/CEE.

²¹ ALVAREZ LATA, N., op. cit., pág. 13.

alcance de la misma y sobre la capacidad de las declaraciones del propietario para conformarla.

Las sentencias de las audiencias provinciales establecieron que determinadas características de la oferta del estacionamiento, en particular el carácter cerrado del recinto y la organización de control de salida, hacen presumir la obligación de custodia del vehículo, como consecuencia coherente con el uso y con la buena fe²².

La reciente sentencia del TS de 22-10-1996 respalda esta interpretación de los fallos emitidos por las audiencias provinciales y en el caso considerado, la sustracción de un automóvil del estacionamiento del aeropuerto, establece que: 1) **“Ninguna razón, fundada en Derecho, apoya que las empresas propietarias o concesionarias de estos servicios de aparcamiento, tengan que ser dispensadas en contraposición a los garajes del deber de guarda y custodia que incumbe a las mismas para cumplir adecuadamente las obligaciones que asume al celebrar contratos con los usuarios”**, dado que “La representación que sobre el fin del contrato se forja en los usuarios responde a opiniones que reclaman la guarda y vigilancia del vehículo como elemento normal del contrato, puesto que mediante la contraprestación del precio que se paga habitualmente a la salida con la entrega del vale se permite la retirada del vehículo”, al tiempo que “el aparcamiento o <<parking>>, entendido, más allá de su concepción neutra, como empresa que cobra un canon, supone un local o terreno acotado (al que no se puede entrar libremente con el vehículo) con casetas o controles de acceso, en los que se expende, manual o mecánicamente, un boleto ...de entrada del vehículo conducido por el usuario” (Fundamento cuarto, la cursiva es nuestra) y 2) **“La seguridad aparece como elemento unido al contrato de aparcamiento y, con ello, la necesidad del deber de vigilancia, según exigen la buena fe y los usos, conforme al artículo 1258 del Código Civil”, puesto que “la legítima expectativa del usuario de recuperar su coche, cuando decide recogerlo no es algo intrascendente o ajeno al contrato. No cabe establecer un hiato entre el momento en que se aparca el coche y el momento en que se retira, durante el cual no haya ningún deber por parte del titular del <<parking>>. Para cumplir con la restitución ha de ejercer tareas de vigilancia y guarda del vehículo. Esta concepción del aparcamiento retribuido como contrato que implica custodia y guarda del vehículo, forma parte de las convicciones generalizadas y usuales acerca de su contenido”** (Fundamento sexto).

La sentencia pone de manifiesto el aspecto central para la fundamentación de la obligación de custodia, la organización y control de las salidas, pero su formulación, y en particular la del fundamento sexto resulta dogmática en exceso. En efecto, su tenor literal de que en general el aparcamiento retribuido implica guarda y custodia, con independencia de cualesquiera otras circunstancias configuradoras de la oferta de estacionamiento y de las manifestaciones al respecto del propio oferente es ciertamente excesiva.

La referencia al carácter retribuido del aparcamiento alivia en parte el dogmatismo de la formulación, puesto que la exigencia de precio requiere la exclusión o negación del servicio de los que no pagan y esto suele exigir las características de *lugar cerrado y acotado y puntos de control* en la salida. Si bien es posible que se presenten casos y situaciones muy diversas, el punto importante es justamente el control de la empresa propietaria o concesionaria del aparcamiento sobre la entrada y salida de vehículos. No podemos medir los beneficios adicionales del incremento de las medidas de seguridad (en términos de prevención de sustracciones y daños a los vehículos), ni

²² ALVAREZ LATA, N., op. cit., págs. 24-25.

los costes adicionales de incrementar el nivel de seguridad y vigilancia, pero si intuimos con claridad que su evolución es muy distinta.

En un lugar cerrado y acotado, provisto de controles en las salidas, los costes de la empresa aumentarían ligeramente con un poco más de seguridad y vigilancia, pero sus efectos sobre la reducción de sustracciones y daños serían muy superiores. En consecuencia, estamos ante una dejación de vigilancia del propietario o concesionario que resulta injustificada y por consiguiente tiene un deber de custodia, tanto sobre el vehículo, como sobre sus partes, bastante amplio. En estos casos, las declaraciones de la empresa sobre la exclusión del deber de custodia de los automóviles y sus pertenencias resultan injustificadas, con arreglo a la protección especial que merecen los consumidores ante contratos de adhesión.

No obstante, la obligación de guarda y custodia no es absoluta y las declaraciones de la empresa al respecto tienen importancia a la hora de determinar los límites en las zonas grises. Es muy posible que existan situaciones muy diversas en las que deba excluirse la responsabilidad de la empresa. Piénsese por ejemplo en aquellos casos en los que el conductor del vehículo deja el boleto del aparcamiento dentro del mismo. El incremento adicional de los costes de seguridad para evitar en ese caso los riesgos de sustracción (identificar a los conductores y comprobar su derecho a conducir el vehículo -aunque sólo fuera en una pequeña proporción-) sería mucho mayor que el beneficio adicional que reportaría (evitar a los conductores las molestias de guardar el boleto).

Consideremos ahora un posible caso de aparcamiento no retribuido. Un empresa comercial o de otro tipo dispone de un aparcamiento en lugar cerrado, boletos y control de salida que pone gratuitamente a disposición de sus clientes, ¿existe obligación de custodia? La técnica del razonamiento marginal parece llevarnos a esa conclusión, pero si la empresa manifiesta que no asume tal responsabilidad a menos que se le pague una cantidad por guarda y custodia, la congruencia con los propios actos y la autonomía de la voluntad plantean intereses jurídicos cuya vulneración en pequeño grado genera efectos muy desfavorables y el mismo razonamiento llevaría a soluciones diferentes.

La situación será muy distinta cuando los servicios de estacionamiento se presten en lugar abierto o en espacios de libre acceso. En este caso aunque el estacionamiento se reserve a clientes e incluso se cobre un recargo moderado en caso de utilizar este aparcamiento, el hecho de que los costes de aumentar la seguridad crezcan mucho más rápidamente que los beneficios de la misma lleva a justificar la no existencia de obligación de custodia. Salvo naturalmente que la cantidad exigida como recargo o precio del aparcamiento sea más que suficiente para compensar el coste de unas medidas de seguridad y vigilancia incluso en esas condiciones de libre acceso.

Un caso interesante a considerar es también el de las zonas de ordenanzas de regulación de aparcamiento, ORA. En estos casos la ordenanza establece un régimen de precios públicos sobre el tiempo limitado de aparcamiento y la empresa concesionaria se encarga de la gestión del cobro y la inspección del sistema. Ahora puesto que la actividad se desarrolla en un espacio urbano de libre acceso la obligación de custodia resulta injustificable: el coste adicional de las medidas de seguridad para evitar sustracciones y daños es muy superior al de los beneficios marginales en prevención. Pese a todo la obligación de custodia seguirá existiendo aunque en medida mucho menor, piénsese en el caso de que un vigilante de la empresa concesionaria presenciara el daño causado por otro vehículo a uno de los estacionados en su zona y no tomase los datos de su matrícula para informar al perjudicado. De nuevo aquí el razonamiento marginal muestra claramente la responsabilidad. Si el daño se causa en presencia del vigilante ¿qué comparación existe entre el coste adicional de un poco más de cuidado

- tomar nota de la matrícula del causante- y el beneficio adicional que este testimonio proporciona a la justicia y al perjudicado?

Entre tales extremos la vida social y jurídica proyectará infinidad de situaciones diferentes y desde luego no estaría justificado imponer con carácter general una regla de responsabilidad, con independencia de las declaraciones del propietario sobre la extensión de su vigilancia y control y las propias características de una oferta que puede ser muy variada (piénsese en espacios de aparcamiento adosados a establecimientos comerciales de diverso tamaño en distintas ubicaciones publicas) y de nuevo habrán de valorarse tales situaciones con arreglo a los principios de la libertad de pactos, de la seguridad jurídica y del correcto equilibrio de contraprestaciones. En el estudio y ponderación de los principales intereses en juego con arreglo a las normas y a los principios generales del Derecho los métodos de razonamiento marginal o incremental pueden resultar interesantes como técnicas de jurisprudencia.