

Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual^(*)

Guido Calabresi^(**),¹

EN SU EXCELENTE NUEVO LIBRO de casos de Daños y Perjuicios los Profesores Gregory y Kalven afirman que "el punto central de debate en la ley de daños y perjuicios es si el criterio principal de responsabilidad debe basarse en la culpa individual o en una amplia distribución del riesgo y de la pérdida"⁽¹⁾. Y es así, como pienso que es. Pero decir "distribución del riesgo" es en realidad decir muy poco. Por cierto, bajo el título de "distribución del riesgo" se han dado los más diversos esquemas para asignar las pérdidas, esquemas que casi no tienen nada que ver uno con otro.

Probablemente, la razón de la dificultad es que mientras muchas personas han hablado de "distribución del riesgo", y algunos incluso la han usado como base en las modificaciones propuestas al sistema de responsabilidad civil extracontractual⁽²⁾, muy pocos han intentado, en los últimos años, siquiera examinar qué es por lo que están luchando cuando hablan de "distribuir pérdidas"⁽³⁾. Podrían querer decir una de

tres cosas. ¿Desean acaso una distribución de pérdidas, tanto interpersonal como intertemporal, tan amplia como sea posible?. O acaso quieren que la carga de las pérdidas sea asumida por aquellas clases de personas "más aptas" para pagar?. O están buscando algo completamente diferente: Que aquellas "empresas" que originan una pérdida "deban" asumir la carga, ya sea que se cumpla con los dos objetivos mencionados anteriormente o no?. La respuesta, creo, es que algunas veces aluden a cada una de estas cosas y otras a todas ellas. Desafortunadamente estos objetivos no son siempre consistentes unos con otros. Están además, respaldados por postulados éticos y económicos de muy diversa aceptación. Para decidir entonces cuándo y cómo deseamos distribuir las pérdidas, debemos examinar las justificaciones teóricas de cada una de estas tres posiciones. Este artículo da unos cuantos primeros pasos en esa dirección.

Al hacerlo nos topamos con varios problemas

(*) El presente artículo fue originalmente publicado en "The Yale Law Journal" en Marzo de 1991, volumen 70, número 4, pp. 499-553. La traducción y publicación se hace bajo autorización expresa del autor y del "Yale Law Journal". La traducción ha estado a cargo de Alfredo Bullard González y Roxana López.

(**) Al escribir este artículo el Doctor Guido Calabresi era Profesor asistente de Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. En la actualidad es Decano y Profesor Principal de la misma. El autor desea agradecer a los Profesores Fleming James y Ward Bowman por sus útiles críticas y comentarios. Adicionalmente quiere agradecer a Abraham Ordovery, estudiante de la Escuela de Derecho de Yale al momento de escribirse el artículo, por su apoyo en lo concerniente a la investigación. Ninguna de las personas mencionadas son responsables de cualquier error en el presente artículo.

(1) **Nota del traductor:** El Profesor Guido Calabresi es uno de los juristas más destacados de los Estados Unidos. Sus trabajos en Análisis Económico del Derecho y en el estudio de la Responsabilidad Civil se encuentran reunidos en numerosos artículos y en varios libros entre los que se destacan "The Cost of Accidents", "Tragic Choices" e "Ideals, Beliefs, Actitudes and the Law". En el presente artículo, uno de sus primeros y más importantes, el Profesor Calabresi hace un brillante análisis, tanto desde el punto de vista económico como legal, sobre el diseño del sistema de responsabilidad civil a la luz de su

función de distribución de riesgos y asignación de recursos. El postulado básico es que la distribución del riesgo de los accidentes no sólo desarrolla como función lograr una mejor compensación a las víctimas (al distribuir el costo de los accidentes), sino que crea los incentivos para una adecuada asignación de recursos a través del sistema de precios. Cualquier error en la reducción es enteramente atribuible a los traductores (Alfredo Bullard González).

- (1) Gregory y Kalven, "Cases on torts" p. 689 (1059).
- (2) Se ha escrito tanto acerca de la distribución del riesgo, y tantos autores han utilizado su tiempo recolectando jurisprudencia y doctrina sobre el tema que sería inútil y presuntuoso para mí intentar recoger todo lo escrito en el presente artículo. Ambos Gregory y Kalven, op. cit., supra nota 1, en las pp. XLVI-LII, y Harper y James, "Torts" 759-84, 794-95, 1337-60, 3, d, en 1956-58, 1976-79 (en adelante citado como Harper y James) tienen una excelente colección de casos y doctrinas en los problemas involucrados).
- (3) Mientras escribía éste artículo leí el interesante artículo del Profesor Morris que apareció en este número del "The Yale Law Journal". El Profesor Morris se hace algunas de las mismas preguntas que yo me hago aquí. El da en ocasiones respuestas que coinciden con las mías, y en otras no. Sus respuestas son siempre provocadoras y, naturalmente, me he deleitado con sus preguntas.

iniciales. En primer lugar, debemos ignorar por completo el punto de debate planteado por Gregory y Kalven, acerca de la responsabilidad con culpa frente a la responsabilidad sin culpa. De ahí que también debemos ignorar factores, como el del efecto disuasivo de la responsabilidad por culpa, que son cruciales en esta discusión. Mientras que estos factores pueden resultar importantes para escoger un esquema de responsabilidad por daños y perjuicios, no son relevantes para la pregunta de qué se quiere decir con distribución del riesgo ni para considerar las teorías que la puedan justificar. Dicho de otro modo, nos interesa ver qué tan fuertes son las bases sólidas, se puede asumir que las políticas en favor de otros criterios para asignar las pérdidas, como la culpa, se ven debilitados por la comparación. No se desprende de esto observar que los mencionados criterios, aunque estuvieran debilitados, no deberían primar en todas o en algunas áreas donde se dan pérdidas. Este problema, sin embargo, no nos conviene en el presente artículo.

Otro problema tal vez más significativo, es que este artículo debe emplear teoría a menudo, desafortunadamente, una de las más oscuras teorías, la Economía. Con suerte, lo hará en términos que son inteligibles para profesores de Derecho, si no para abogados, y sin ese deseo suicida del economista de hacer su teoría tan persuasiva y detallada, que se vuelva completamente inútil para el abogado que vive en el mundo de los hombres, e incluso para los profesores de Derecho, donde quiera que vivan⁽⁴⁾.

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA O LA JUSTIFICACION PARA LA DISTRIBUCION DE RECURSOS

INTRODUCCION

"Las actividades deberían asumir los costos que engendran"; "no es sino justo que una industria deba pagar

por los daños que causa". "La responsabilidad de la empresa—noción que implica que las pérdidas deberían ser asumidas por el actor, la empresa, en vez de ser distribuidas basándose en la culpa—es a menudo explicada en estos términos⁽⁵⁾. Una afirmación de este tipo es frecuentemente seguida de otra adicional, que implica que la Empresa pueda transferir la pérdida a los consumidores en el alza de precios, y que así la responsabilidad de la Empresa es en realidad una forma de "distribución del riesgo"⁽⁶⁾. Es de hecho cierto, que la responsabilidad de la Empresa "algunas veces" sí distribuye las pérdidas; es igualmente cierto, sin embargo que algunas veces no es así. Al discutir la distribución del riesgo posteriormente en el artículo, consideraremos cuándo las Empresas pueden en realidad, distribuir pérdida, y cuándo no⁽⁷⁾. Y ya que la distribución del riesgo no es siempre una justificación válida para la responsabilidad de la Empresa, no nos importa por el momento la posible distribución del riesgo de la Empresa, sino saber si otra justificación más general existe, para el "debería" en la frase "una empresa debería asumir sus costos".

El problema de este "debería" y su significado es análogo al problema de por qué la compensación de los trabajadores, debería estar limitada a los daños que surgen "debido a" o durante el empleo, y por qué la responsabilidad patrono-sirviente debería limitarse a los actos que están de alguna manera en el campo del empleo. Si el "debería" fuera tan sólo una expresión, "porque es una manera fácil de distribuir las pérdidas a través del mecanismo del precio a un vasto grupo de personas: los consumidores", uno se preguntará por qué la compensación de los trabajadores y la responsabilidad patrón-sirviente debería ser tan limitada. Y en realidad, los autores se han preocupado mucho tiempo por esto⁽⁸⁾. Algunos han respondido directamente que no existe una razón lógica para limitar la responsabilidad a daños relacionados al empleo⁽⁹⁾. Otros han hablado acerca del mismo tema, pero han recubierto sus respuestas afirmando que cierto "sentido innato de justicia" justifica la limitación⁽¹⁰⁾. Lo que significa esa "justicia" desafortunadamente no es claramente explicado.

Pero el "debería" se usa tan a menudo que no sos-

(4) Ofrezco mis disculpas a los economistas, no tanto por el insulto gratuito recién mencionado, como por más significativos insultos que temo seguirán. He tratado de escribir éste artículo de una manera que los no economistas puedan entender. Como consecuencia mi lenguaje puede resultar poco sistemático desde un punto de vista económico. Estoy seguro que en algunos casos esto puede ser esencial. Por ello, queridos hermanos, sean gentiles conmigo si en ocasiones ven cosas llamadas "costos", o como "beneficios" cosas que seguramente ustedes llamarían costos.

(5) Ver, por ejemplo Harper y James, p. 731 ("La filosofía básica de esta legislación es que las pérdidas de éstos accidentes es un costo de las empresas, y debe ser soportado por las empresas o por sus

beneficiarios"). C. Morris, Sr., "Hagdrow Enterprises and Risk Bedring Capacity", Yale Law Journal, vol. 61, pp. 1172-1173 (1952); Gregory, "Trespass to Negligence to absolute liability", Virginia Law Review vol. 37, pp. 359, 382-83, 386 (1951); James, "Social Insurance and Tortliability", New York University Law Review, vol. 27, pp. 537-538 (1952).

(6) Ver Douglas, "Vicarious Liability and Administration of Risk", Yale Law Journal, vol. 38, pp. 584-586 (1929); C. Morris, Sr., supra nota 5, pp. 1172-1176; Gregory, supra nota 5, p. 538.

(7) Ver texto infra notas 48-73.

(8) Ver Douglas; supra nota 6, pp. 590-93; 2 Harper y James, p. 1376.

(9) Douglas, supra nota 6, p. 593.

(10) Ver 2 Harper y James p. 1376 (Jurisprudencia comentada).

pecha que debe tener una justificación más claramente definida, que un cierto sentido vago de "justicia"⁽¹¹⁾. Y en realidad sí la tiene: a pesar de ser una justificación que sólo algunos de nosotros aceptaríamos, y que sorprendentemente, ha sido todo menos ignorada en el sistema de responsabilidad civil extracontractual, en los últimos años⁽¹²⁾. Esta justificación puede ser llamada la justificación para la "asignación de recursos"⁽¹³⁾. En su base hay ciertos postulados éticos fundamentales. Uno de estos, tal vez el más importante, es que las personas saben qué es lo mejor para ellas. Si las personas desean televisores, la sociedad debería producirlos; si desean gotas de orozuz, entonces las gotas de orozuz deberían ser producidas. Y, la teoría continúa, para que las personas sepan qué desean realmente, deben conocer los costos relativos de producir diferentes tipos de bienes. La función de los precios es reflejar los costos reales de los bienes en competencia y así permitir al comprador dar un voto informado al hacer sus compras.

Un ejemplo puede ayudar a aclarar el panorama. Asumamos dos sociedades diferentes, Atenas y Esparta: en Esparta todos los costos de los accidentes son asumidos por el Estado y se obtiene de los impuestos generales: En Atenas los costos de los accidentes son de una u otra manera cargados al causante. C.J. Taney, un hombre de negocios en Atenas, tiene un carro, pero quiere comprar otro. El costo de tener un segundo carro usado, sería aproximadamente de US\$ 200 al año, más un costo adicional en su cuenta de seguro de otros US\$ 200. El costo de pasajes de tren, los taxis ocasionales que tendría que usar para estar igualmente cómodo sin carro, y otras formas de entre-

tenimiento que sustituyeran a su carro, suman aproximadamente US\$ 250. Contrastando los US\$ 400, costo del segundo carro con los US\$ 200 de gastos al viajar en tren y taxis, decide privarse del carro. Si C.J. viviera en Esparta, por otro lado, tendría que pagar una suma en impuestos para cubrir el programa general de accidentes. El no podía evadir este costo, sin importar lo que comprara. Como resultado, el costo comparativo de comprar un carro y de ir en taxi en Esparta sería de US\$ 200 al año, por el carro, frente a los US\$ 250 por los pasajes de tren y de taxi. Lo más probable es que Taney comprará el carro. Al comprar un segundo carro, el espartano C.J. no tiene que pagar los US\$ 400 completos que cuesta a la sociedad. Y en realidad, él debe pagar parte de este costo así compre un segundo carro o no. Por lo tanto, comprará el carro. Si tuviera que soportar la carga completa de un segundo carro por sí solo, tomaría trenes, taxis, y gastaría el dinero ahorrando en algo distinto –una televisión o un bote de remos⁽¹⁴⁾.

No es necesario imaginar a alguno de nosotros sentado en su casa pensando en los costos relativos de los diferentes bienes y los placeres relativos que de estos se derivan, para que la teoría tenga sentido. El hecho es que si el costo de todos los accidentes automovilísticos tuvieran que ser pagados de un fondo general del gobierno, el gasto de tener un automóvil sería mucho menor de los que ahora es, pues la gente no tendría que preocuparse más por asegurarse; el resultado sería que algunas personas comprarían más carros. Tal vez se trataría de menores de veinte, que pueden pagar US\$ 100 por un viejo automóvil, pero

(11) Algunos autores han tratado de explicar el "debería" en términos puramente pragmáticos de distribución del riesgo. Sus argumentos pueden ser parafraseados de la siguiente manera: Accidentes relacionados con el trabajo no son suficientemente costosos para destruir una industria y pueden, por tanto, ser distribuidos por esa industria vía precios. Accidentes que no guardan esta relación pueden imponer una carga muy onerosa sobre la empresa, la misma que podría hacerla quebrar, y las pérdidas se multiplicarían en lugar de ser distribuidas. Ver Douglas, supra nota 6, p. 594. Desafortunadamente para éstas explicaciones existen algunas industrias que no pueden cargar sobre sus propios costos sin causar una concentración de pérdidas, ver texto en notas infra 52-73, mientras hay otras que pueden fácilmente cargar y distribuir muchas pérdidas que no guardan relación con sus empresas. Y no sería imposible diseñar una regla legal que nos sirva para dividir unas de otras, de una manera medianamente razonable. Aún sean pocas (dejando de lado parcialidades) que admitan que esto se haga, pues esto sería de alguna manera injusto, lo que nos regresa a nuestro punto de partida.

(12) Smith, en un trabajo precursor se acerca a éste punto cuando sostiene que los costos de los accidentes no vinculados con la empresa no deberían ser colocados sobre ésta porque no corresponde económicamente a éste lugar. Smith, "Frolic and Detour", Columbia Law Review, vol. 23, pp. 444-461 (1923). Desafortunadamente Smith no va más allá y como Douglas,

supra nota 6, p. 593, destaca, decir sólo esto es darse una explicación sólo a uno mismo. C. Morris, Sr. y James; así como otros, parecen en ocasiones acercarse a sustentarse en esta justificación, por lo menos de pasada. Ver C. Morris, Sr. nota supra 5, p. 1172; Harper y James, p. 1376. Ver también Leflar, "Negligence in name only". New York University Law Review, vol. 27, pp. 564-584 (1952); Laski, "The Basis of Vicarious Liability", Yale Law Journal, vol. 26, pp. 105, 126-27 (1916); Comment University of Chicago Law Review, vol. 20, pp. 667-669 (1953), Note, Harvard Law Review, vol. 61, pp. 551-521 (1948).

(13) El término "asignación de recursos" es, y por tiempo ha sido, corriente en economía. Los fundamentos y aplicaciones de la justificación discutida aquí forman la rama de la economía conocida como Economía del Bienestar. La discusión clásica de la Economía del Bienestar está en Pigou, "Economics of Welfare" (4ta. ed., 1932). Entre otros trabajos recientes valiosos y siempre críticos en éste campo están Little, "A Critique of Welfare Economics" (1950) y para aquellos que les gustan las matemáticas, Samuelson "Foundations of Economics Analysis", cap. VIII (1958).

(14) El efecto ateniense va, por supuesto, va a ocurrir en Esparta si "una apropiada" participación en el programa general de compensación de accidentes fuese pagado de impuestos especiales que gravan la propiedad y compra de automóviles. Una "participación apropiada" en este contexto significa un monto suficiente para pagar todos los accidentes cubiertos en el programa que resulten del uso de automóviles. Ver nota infra 90.

que no pueden pagar (o que sus padres no pueden pagar) el seguro⁽¹⁵⁾. O podría tratarse de personas que pueden comprar un segundo carro siempre y cuando ningún seguro fuera agregado⁽¹⁶⁾. Cualquiera fuera el caso, la demanda de carros aumentaría y por lo tanto el número de carros producidos, también. En realidad, el efecto sería el mismo que si el gobierno de pronto decidiera pagar el costo del acero usado por los productores de autos, obteniendo el dinero de los impuestos. En cada caso la objeción sería la misma. En cada uno, un economista diría que los recursos están más distribuidos, puesto que los bienes producidos no serían queridos por los compradores sin en realidad tuvieran que pagar la totalidad de su costo a la sociedad; su costo, ya sea en términos de los componentes físicos del ítem o del gasto por accidentes asociados con su producción y uso.

La teoría de distribución de recursos no se en-

cuentra, sin embargo, libre de limitaciones. Una dificultad fundamental se vincula a la existencia del poder monopólico⁽¹⁷⁾. Bajo la teoría de la distribución de recursos, la elección entre bienes generalmente depende de los precios relativos de los bienes. Pero el precio sólo será un fiel reflejo del costo de dos bienes en competencia, si la relación entre costo y precio es la misma en ambos bienes. Esta relación no será la misma sin embargo, cuando un bien sea relativamente competitivo y el otro relativamente monopolístico. En general, los vendedores de las industrias relativamente monopolistas venden a un precio superior en relación a sus costos, que los vendedores de las industrias relativamente competitivas⁽¹⁸⁾. Como resultado, se demanda menos bienes a las industrias monopolistas, de los que se encuentran garantizados por su costo real⁽¹⁹⁾. Esta es la idea que los economistas y abogados antimonopolistas tienen en mente cuando hablan de

(15) "Poder pagar" no es, por cierto, el término económico adecuado, aunque es uno de los que normalmente usaríamos. Técnicamente, sin embargo, la pregunta no es cuándo, en términos absolutos, el adolescente o su padre tiene o puede pagar el seguro, sino cuándo él piensa que vale la pena gastar esa cantidad de dinero en un carro antes que en otros bienes. "Otros bienes" incluye el descanso que el adolescente tendrá que sacrificar para ganar el dinero necesario.

(16) Un caso de este tipo de efecto sucedió aparentemente en Nueva York recientemente con la entrada del seguro obligatorio. Ver "N.Y. Vehicle and Traffic Law", sección 312, el precio de las carcochas, cacharros y automóviles viejos en general, se ha derrumbado.

(17) Una limitación igualmente importante, y que ha preocupado tradicionalmente a los economistas incluso más que el problema del poder monopólico es el de la distribución de ingresos. Salvo que el ingreso –y como consecuencia los bienes y servicios– sean distribuidos en la sociedad de una manera que la propia sociedad encuentre satisfactorio, sería tonto decir que la sociedad está mejor si todos los consumidores pueden elegir que es lo que quieren para ellos luego de ver cual es el verdadero costo de sus opciones. En lugar de esto, una situación en la que, a través de la falsificación de los costos de varios bienes, lleva a una más satisfactoria distribución de ingreso podría ser preferible desde el punto de vista de la sociedad. Así, si la sociedad encuentra que los pobres son demasiado pobres, y que los pobres usan widgets en grandes cantidades, podría ser que la sociedad estaría mejor si los widgets fuesen más baratos –esto es que fuesen "subsidiados"– a través de no cargarles el costo de los accidentes, que si se les hiciera cargarlo completamente. Ver, en general, el brillante tratamiento del problema en Samuelson, op. cit., supra nota 13, pp. 203-228, 249-253.

En nuestra sociedad, sin embargo, el principal instrumento de distribución de ingresos es el sistema tributario. Y no es difícil de sentir que la manera más honesta para alcanzar la redistribución del ingreso –si es que se desea hacerlo– es a través de los impuestos y subsidios directos a aquellos que deseamos ayudar. Estos últimos deben decidir si quieren usar el subsidio para widgets o salmón ahumado. Como resultado uno puede concluir que la justificación de asignación de recursos se mantiene incólume por la insatisfacción con la distribución del ingreso existente. Esto no es completamente cierto. En primer lugar muy pocos impuestos se libran de generar una mala distribución de recursos de alguna manera. Ver infra, nota 26. Y es al menos teóricamente posible, aunque en realidad muy improbable, que pueda encontrarse un sistema de asignación de pérdidas por responsabilidad civil que pueda

alcanzar una distribución del ingreso deseable a un costo de una menor mal asignación de recursos que el sistema tributario, al hacerlo. En segundo lugar, puede ser que una redistribución, aunque deseable, pudiera no ser alcanzada a través del sistema tributario por razones políticas. En tal caso, nuevamente, la responsabilidad civil u otras áreas del Derecho podrían ser utilizadas para alcanzar la redistribución, a pesar del indeseable efecto en la asignación de recursos.

Todo esto no es más que decir que existen otras cosas más importantes en nuestra sociedad que la asignación de recursos, y que podría tranquilamente dejarse de lado la mejor asignación de recursos si a través de ello se alcanza el cumplimiento de otros objetivos distintos. Ver infra nota 28 y el texto que la acompaña. Esto no significa, sin embargo, que la asignación de recursos podría no ser un factor importante en decidir que debe hacerse.

Para una discusión sobre otras limitaciones a la teoría de asignación de recursos, limitaciones causadas por el desempleo y por el sistema tributario, ver a manera general Little, op. cit., supra nota 13, cap. XV. Estas limitaciones no destruyen la utilidad de la teoría. Pero pueden demostrar que malas asignaciones de recursos menores son insignificantes. Como un resultado cualquier sistema de distribución de pérdidas que se comprometa con la asignación de recursos puede ignorar malas asignaciones menores y tiene que preocuparse solamente por efectos mayores en los precios.

(18) Los economistas notarán que estoy utilizando mal el término "costo". Así, si la comparación es entre el competidor puro y el monopolio puro, lo que digo podría ser cierto en términos de costos contables. Pero si comparo un competidor puro y un vendedor en una industria en competencia monopólica, lo que digo sólo será verdad en el sentido que el precio no refleja propiamente el costo óptimo que podría obtenerse bajo condiciones de competencia pura. Ver Stigler, "The Theory of Price" (1949).

(19) Decir que menos bienes serán demandados en la industria monopolística no es más exacto, técnicamente hablando, que decir que menos bienes serán ofertados por esa industria. En la industria relativamente monopolística el productor maximiza sus utilidades vendiendo a un precio superior al que obtendría si la industria fuese competitiva. El hace esto a través de vender menos bienes a ese precio y produce menos de lo que produciría de otra manera. Al precio monopolístico los consumidores comprarán menos de la cantidad que comprarían a un precio menor. Cuando esto quiere decir que menos bienes son demandados u ofertados no me impresiona como una pregunta importante. Ver Marshall "Principles of Economics", pp. 348-350 6ta. ed., (1910).

la mala asignación de recursos producida por el monopolio⁽²⁰⁾. Si entonces, contamos con que las personas escojan lo que desean sobre la base del costo total de un bien a la sociedad, nos engañamos a nosotros mismos donde quiera que existan diferentes grados de poder monopolístico⁽²¹⁾. Y como el monopolio distorsiona la asignación de recursos, cualquier sistema de asignación de pérdidas basado en esta teoría debe tomar en cuenta este posible prejuicio⁽²²⁾.

Pero dejando de lado por un momento los problemas que el monopolio trae, el sistema más deseable de la distribución de pérdidas "*bajo una estricta teoría de asignación de recursos*", es aquél en el que los precios de los bienes reflejan, de modo exacto, su "*costo social*" a la sociedad. Por lo tanto, la teoría requiere, en primer lugar, que el costo de los daños sea asumido por las actividades que los causan, exista culpa o no, ya que en cualquier supuesto, el daño es un costo real de esas actividades. Es debido a esta base objetiva (sistema que no requiere culpa), que la "*responsabilidad de la Empresa*" se ve a menudo unida a otro sistema no culposo de asignación de pérdidas, bajo el título general de "*distribución del riesgo*". En segundo lugar, la teoría requiere que dentro de las muchas partes comprometidas con una empresa, la pérdida se adjudique a la parte que sea más propensa a provocar que la carga se refleje en el precio de lo que quiera que la Empresa venda.

¿Pero cuál es esa parte?. Es acaso el trabajador que ha sido perjudicado, o su empleador; es el depositante cuyo cheque es falsificado, o el banco; es el peatón o el conductor del carro que atropella al prime-

ro?. Aquí, la teoría económica tradicional es de muy poca ayuda. En el mundo del economista casi nunca importa si el costo de un daño se le carga al trabajador o a su empleador. En términos de una teoría pura de asignación de recursos y distribución de pérdidas, si el daño o le fuera imputado al trabajador, éste podría asegurarse y demandar salarios más altos para pagar el costo de ese seguro. Alternativamente, a pesar de que tal vez no contra un seguro, aún demandaría salarios más altos como una compensación por el riesgo. Por otro lado, el empleador bajaría sus salarios si de pronto se le transfiriera el riesgo del daño causado a sus trabajadores. De cualquier manera, la teoría funciona, el costo estaría en los salarios y en los precios.

Este argumento de una teoría pura de distribución de pérdidas, que fue usado en discusiones acerca de la compensación de los trabajadores unos cincuenta años atrás, para explicar por qué la compensación no ahorraría el dinero de los trabajadores, es en realidad inexacto⁽²³⁾. Presupone un mundo económico totalmente racional y perfecto, el cual no existe. En primer lugar, incluso si ese mundo en verdad existiera, algunos riesgos aún podrían ser asignados a la actividad que los ocasionó "*por una sola de las partes*". Por lo tanto, un peatón, incluso tentado a comprar un seguro para accidentes por el riesgo de ser atropellado por un carro, no podrá hacer que el daño fuera parte del precio de los carros. Como resultado, los compradores de autos no tendrían razón alguna para no comprar carros, a pesar de que sus compras aumentarían el costo del seguro de peatones⁽²⁴⁾. En realidad,

(20) Ver por ejemplo Att'y Gen.. Nat'l. Iomm. Antitrust Rep. p. 317 (1955).

(21) Lo mismo sería cierto, hasta cierto punto, en industrias competitivas que vienen experimentando rápidos cambios en tecnología. En este caso, en cualquier período de tiempo dado, el precio puede no reflejar el verdadero costo de los bienes. Ver infra, nota 78. Si tomamos un período de tiempo largo, sin embargo, parece seguro afirmar que más daño se produciría por tratar de compensar -a través de ajustes en la responsabilidad civil- por distorsiones temporales de los costos por éstas industrias que por tratar éstas industrias de la misma manera que todas las otras industrias competitivas. Pero debe revisarse el texto en las notas 43-47, infra.

(22) El problema es que una vez que existe una mala asignación como consecuencia del monopolio no existe una razón "*a priori*" para creer que las medidas que hubieran mejorado la asignación de recursos ausente en el caso del poder monopolístico puedan aún cumplir éste objetivo. Ver Clark "*Toward a Concept of Workable Competition*", American Economic Review, vol. 30, p. 241 (1940), Samuelson, op. cit., supra nota 13, pp. 252-253. Por supuesto que uno puede tomar la misma actitud hacia el monopolio que la que yo he tomado sobre la distribución del ingreso, ver supra, nota 17, y argumentar que existen mejores maneras para resolver el problema del monopolio que a través de compensar por sus posibles malas asignaciones por reordenar la asignación de pérdidas por accidentes, y en consecuencia causando otras malas asignaciones. O uno puede tomar el punto de vista que yo tome sobre las innovaciones, ver nota 21, supra, y sostener

que, finalmente el problema del monopolio es uno de tiempo, y que en el transcurso de un largo período de tiempo peores malas asignaciones son probables que sucedan como consecuencia de tomar medidas dentro del sistema de responsabilidad civil para compensar por las malas asignaciones que el monopolio ocasiona originalmente. Yo prefiero coincidir con estas perspectivas, que se resisten a "*no compensar por un daño a través de crear otro daño; tú sólo causas problemas por tí mismo*", y pensar que la justificación de la asignación de recursos puede ser defendida sólo en éstas bases. Si ustedes están de acuerdo, serán capaces de evitar las complejidades del texto de las notas 31-45 infra. Se requieren más evidencias -continúen leyendo!

(23) Ver Taussing, "*Principles of Economics*" pp. 326-327 (1911); Brown, "*The incidence of compulsory insurance of workman*", Journal of Political Economics, vol. 30, p. 67 (1922).

(24) En efecto este resultado aporta a la decisión de que los accidentes de automóviles son más un costo real de caminar y, en general, de vivir, que de conducir automóviles. Realmente son un costo de ambos.

No he intentado, en este artículo, probar que influye nuestra decisión que un "*costo*" particular es causado por una actividad antes que por otra. Esta es claramente una pregunta importante. Incluso éste es el paso siguiente de cualquier análisis de distribución del riesgo. En esta etapa del análisis, sin embargo, cuando nosotros no hemos aún examinado la necesidad y el efecto de cargar las actividades con esos costos que todos coincidimos estas actividades causan, este paso aparece difícil de superar. Ver textos de notas 133-137, infra.

estarían en la misma situación que C.J. Taney en Esparta, para que el costo real de un carro no se refleje en su precio de compra. Si el riesgo del accidente en cambio, fuera puesto sobre el dueño del carro, visto como conductor, este costo agregado se reflejaría en el gasto real de tener un auto y afectaría las compras de automóviles. En segundo lugar, en el mundo real no todas las partes consideran las pérdidas del mismo modo, o tienden a asegurarse de la misma manera. Antes de la compensación de los trabajadores, el trabajador individual simplemente no consideraba que el riesgo del daño fuera tan grande como era realmente. Se arriesgaba, e incluso si no deseaba hacerlo, el hecho de que otros trabajadores lo hicieran, lo forzaba a hacer lo mismo o morir de hambre. El resultado, además de algunas tragedias individuales, fue que los precios y salarios de ciertas industrias no reflejaban las pérdidas que causaban. Finalmente, el seguro le puede costar menos a una parte que a otra. Si esto es así, la parte que debe asumir el riesgo es aquella cuyos costos de seguro son más bajos. Sólo así por que es recién ahí que los costos reales de los daños se reflejan en los precios, y no unos costos inflados por seguros más caros.

Hay, naturalmente, algunas situaciones en las que la teoría de la distribución de pérdidas se aplica, y otras en las que en realidad no importa quién soporta la pérdida inicialmente. Algunos, no todos, los casos de contratantes independientes y algunos casos de responsabilidad por el producto, pueden servir de ejemplos⁽²⁵⁾. Pero cuando quiera que una parte se encuentra en realidad "en una mejor posición" para asignar el costo de la pérdida específica a la actividad o mercancía pertinente, la asignación de recursos requiere que esta parte asuma la carga original de la pérdida.

(25) La teoría tradicional debe el día de hoy tener alguna aplicación a la "compensación por accidentes de trabajo", dado el desarrollo de sindicatos fuertes en algunas industrias. No es descabellado suponer que si la compensación por accidentes de trabajo fuese abolida de pronto en éstas industrias, los sindicatos demandarán mayores sueldos para sus trabajadores, impondrán mayores precauciones y contratación de seguros –o proveer protección por autoseguro– equivalente a lo que provee actualmente la compensación por accidentes de trabajo. Desde el punto de vista de la asignación de recursos –y quizás sólo desde éste punto de vista– nada cambiaría. Ver nota 128, infra.

(26) Los economistas suelen sugerir que en el mismo grado que en una economía hay poder monopolístico, la economía será menos deseable que una completamente competitiva. Las razones son demasiado complicadas para ser tratadas aquí, pero involucran el hecho que se producirá menos en un monopolio que en un

EFECTO DEL PODER MONOPOLICO EN LA JUSTIFICACION PARA LA DISTRIBUCION DE RECURSOS

El análisis precedente de las teorías de asignación de recursos y distribución de pérdidas, es claramente válido sólo en la ausencia del poder total del monopolio, o donde un grado similar de poder monopolístico existe en todas las industrias⁽²⁶⁾. Pero ya que en la economía americana al poder monopolístico en realidad varía enormemente de industria a industria, la difícil pregunta de si estas teorías se hallan igualmente justificadas en la presencia de monopolios, resulta crucial. Esto es porque el vendedor relativamente monopolístico carga un precio que es más alto en relación a sus costos, que aquél cargado por un vendedor relativamente competitivo; por lo tanto crea un cambio en la preferencia por los bienes monopolísticos, demandándose menos de estos de lo que justificarían sus costos reales⁽²⁷⁾. Se puede arguir, por lo tanto, que cargar a un productor monopolístico con todos sus costos por accidentes, frecuentemente no influenciaría en corregir la distorsión, y en el caso de que los costos fueran relativamente altos, podría incluso aumentar dicha distorsión. Así, por lo menos de primera impresión, podría parecer que los costos de accidentes deberían trasladarse a las industrias competitivas para inducir las a cargar más y producir menos, mientras que para contrarrestar la relativa baja producción monopolística, estos costos no deberían colocarse en las industrias monopolísticas. Algunas de las razones para no desear un sistema tal aparecerán posteriormente en la discusión de la "buena bolsa" (deep pocket) o de la idea de "que el hombre rico pague", extraída de lo que se conoce como distribución del riesgo. Sin em-

mercado competitivo(s), como los economistas señalan, las condiciones de "trabajo-descanso" por una organización óptima serían violadas. Pero "malas asignaciones" similares son ocasionadas por prácticamente todas las formas de tributación. Ver Ruggles, N. "Developments in Theory of Marginal Cost Pricing", Review of Economics Studies, vol. 17, pp. 107, 110-114 (1949); Little, op. cit., supra nota (13), pp. 129-165, 294-300. Como resultado, estoy menos preocupado con ellos que con las malas asignaciones entre diferentes bienes. Esto es que estoy preocupado más por cuando se producen demasiados carros en relación a los televisores y cuando ambos, televisores y carros, usan demasiado acero en relación al aluminio, que con la producción total de acero, carros, televisores y cuchillos de fruta.

(27) Ver Lerner, "The concept of monopoly and the measurement of monopoly power", Review of Economic Studies, vol. 1, pp. 157-172 (1934); Samuelson, "Economics" p. 609 (3ra. ed. 1955).

bargo, por el momento, basta notar que mientras la teoría de distribución de recursos puede ser suficientemente fuerte para justificar algunas modificaciones en la forma en que las pérdidas son asignadas, no basta para justificar modificaciones que se oponen a creencias políticas básicas en nuestra sociedad, como la creencia de que los monopolios deberían ser tratados peor que pequeños competidores, o por lo menos no mejor que estos⁽²⁸⁾.

Afortunadamente para la teoría de asignación de recursos, un análisis más cuidadoso destruye gran parte de la validez teórica de este argumento de "monopolio subsidiado". En primer lugar, la teoría de asignación de recursos es de importancia primordial en supuestos que contemplan dos o más productos que pueden sustituirse entre sí (de manera significativa). C.J. Taney es enfrentado a la alternativa de usar aluminio y acero en la producción de "widgets". Supongamos que uno de estos sólo puede ser producido con un alto costo de accidentes, mientras que el otro implica en realidad muy pocos accidentes. La elección de Taney entre los dos metales se verá influenciada por sus precios relativos y estos a su vez dependen de si el costo de accidentes es cargado a las industrias productoras de metales o no⁽²⁹⁾. Desde el punto de vista de la asignación de recursos el hecho de que tanto el acero como el aluminio tengan un alto grado de poder monopolístico cuando son comparados con los restaurantes de mariscos resulta irrelevante. La elección es entre acero y aluminio y no entre estos y mariscos fritos. Poner el costo de accidentes sobre los restaurantes de mariscos y no sobre las plantas de acero y aluminio, ayuda a combatir una pequeña mala distribución de compras entre metales y mariscos, pero este ajuste crearía una mala asignación de recursos, entre acero y aluminio, cuyos precios no reflejarían sus costos relativos debido a la diferencia en los tipos de accidentes en ambas industrias.

En Estados Unidos, las industrias que producen bienes que pueden hasta cierto punto, sustituirse entre sí, tienen de una manera general, grados similares de poder monopolístico. Así, un sistema de asig-

nación de pérdidas que imputará a todas las industrias los costos de accidentes, sería uno muy bueno desde el punto de vista de la asignación de recursos, a pesar de que el poder monopolístico varía enormemente dentro la economía general.

Incluso en los casos en que las industrias productoras de bienes sustitutos entre sí no tienen el mismo grado de poder monopolístico, cambios en el proceso de fijación de precios pueden promover en algunos casos una favorable distribución de recursos. Para entender esto es necesaria, sin embargo, cierta tediosa discusión de cómo los costos agregados se reflejan en los precios. Estos ejemplos de una favorable asignación de recursos, como resultado de cambios en el sistema de precios, probablemente no son lo suficientemente importantes por sí solos como para emprender la tarea de hacerlo. Pero una comprensión de los conceptos de fijación de precios involucrados, será útil posteriormente en la discusión acerca de la distribución de pérdidas y por lo tanto estos pueden ser tratados aquí y posteriormente.

Dos teorías de precios están en boga actualmente entre los economistas. La tradicional o "teoría marginal", que asume que el vendedor está menos preocupado por el costo promedio de producción, que por lo que le cuestan las últimas unidades que produce en relación a lo que éstas le reportan⁽³¹⁾. Siempre que le cueste menos producir la última unidad o los últimos mil "widgets" de los beneficios que recibirá al vender estos "widgets" adicionales, los producirá. En este punto de equilibrio las ganancias serán maximizadas y las pérdidas minimizadas. Asumiendo que los aumentos en la producción de "widgets", están acompañados por costos de accidentes más altos, un vendedor al que se imputa costos de accidentes producirá menos "widgets" y cobrará un precio más alto por cada uno. El hará esto pues se regresará al punto en que producir más "widgets" aumentará sus costos totales en una proporción más alta que sus rentas totales, puesto que mientras el ingreso adicional derivado de producir 1,000 "widgets" extras no varía, ahora cuesta más producir los últimos 1,000 "widgets".

(28) El lector puede preguntarse por qué el sistema de responsabilidad civil debería usarse para compensar la relativa baja producción del monopolista. Y debo decir que coincido con él. Ver notas 17, 21, 22 supra. Uno podría, incluso, desincentivar sobreproducción en industrias competitivas a través de impuestos discriminatorios. Ver Ralph y Break, "The welfare aspects of Excise Taxes" Journal of Political Economics, vol. 57, pp. 46-51 (1949). Y el que no lo hayamos hecho es una inclinación que no consideramos que la poca producción relativa por industrias monopolistas suficientemente vital como para justificar se tomen medidas que nos parecen indeseables por otras razones. Lo mismo puede ser claramente aplicado al uso de la responsabilidad civil de esta manera. En contraste, donde las ideas sociales y políticas prevalecientes no van contra la política que requiere la asignación de recursos contra los

monopólicos, tal política tiende fácilmente a convertirse en parte del Derecho. Las leyes antimonopolio son un ejemplo de este intento de controlar la mala asignación de recursos causado por las industrias monopolísticas de una manera que no ofenda, y en consecuencia, se apoya en otras razones políticas y sociales. Ver Att'y Gen. Nat'l Comm. Antitrust Rep. pp.1-2 (1955); Grampp y Weiler, "Economic Policy" p. 129 (1953).

(29) Para este punto, y a lo largo de este artículo, no existe diferencias si el costo del accidente es vista como consecuencia de daños a los trabajadores en las fábricas de "widgets", o a consumidores de "widgets", o a los dos.

(30) Una explicación completa de esta teoría puede ser encontrada en Stigler, "The theory of Price" (1949).

(31) Ver Natter, "The Extent and Growth of Enterprise Monopoly", en Grampp y Weiler, "Economic Policy", pp. 141-146 (1953).

Pero en vez de variar de acuerdo a la producción, los costos de responsabilidad por daños pueden ser constantes sin importar el volumen de producción. Pueden en efecto ser un impuesto para entrar en la industria. Un ejemplo de tales costos fijos sería la cantidad global de daños otorgada a los propietarios vecinos si una fábrica causa un perjuicio. Una vez que el pago –digamos US\$ 10,000– es hecho, no hay diferencia entre hacer 1 ó 1'000,000 de "widgets". En esta situación, a pesar de que las ganancias decrecerán por la cantidad de daños, el colocar los costos de accidentes en la industria no afectará para nada el precio o la producción, a menos que alguien que suela producir "widgets" decida no seguir produciéndolos, el incremento en el costo total por la producción de los últimos 1,000 "widgets" permanecerá constante, al igual que el incremento en el ingreso producto de su venta, debido a que cuesta US\$ 10,000 entrar al negocio en primer lugar. Ya que el punto de equilibrio en que las ganancias se maximizan permanece igual, ninguna variación en los niveles de producción tenderá a mitigar esta pérdida o retornar las ganancias a sus niveles previos. En resumen, Taney puede decidir que debido al costo agregado de US\$ 10,000 por estar en el negocio de "widgets", (costo en que incurre así produzca 1 ó 1'000,000 de "widgets"), no vale más la pena que produzca artilugios. Pero si decide que aún es rentable, venderá tanto y al mismo precio que antes.

El precio y la producción pueden igualmente no verse afectados cuando los costos de los accidentes varían debido a grandes cambios en la producción, pero son constantes en cuanto a pequeños cambios. Por ejemplo, supongamos que cuesta US\$ 1,000 el seguro, si Taney produce de 1 a 100,000 "widgets", US\$ 2,000 si son de 100,000 a 1'000,000 y así sucesivamente. Hay que asumir que Taney produce normalmente 900,000 "widgets". Bajo estas circunstancias, colocar los costos de accidentes sobre Taney no alteraría el precio o la producción a menos que Taney llegue

al límite y decida que le conviene producir menos de 100,000 artilugios para así ahorrar los US\$ 1,000 de seguro extra.

Se dice que el gasto alegado y la inconveniencia de calcular el punto óptimo de ganancia de la teoría marginal explica la popularidad de la más empírica, teoría de precios del "costo agregado"⁽³²⁾. Esta teoría establece que los productores no toman en cuenta el costo de producir sus últimas unidades (o unidades marginales), y si ganaran más dinero al hacerlo, resulta irrelevante porque en realidad no lo hacen. La teoría afirma que los productores toman el costo promedio de producir sus mercaderías, agregan a este costo una cantidad fija o un margen de ganancia, y luego producen lo que piensan que pueden vender a ese precio. Bajo esta teoría, las ganancias no son "maximizadas" debido a que el cómputo del precio por unidad incluye los costos fijos de hacer negocios –costos que son irrelevantes para determinar si es que las ganancias aumentarán con la producción de una o más unidades adicionales. El costo más el precio significa que los costos de los accidentes automáticamente se reflejarán en los precios, sin tomar en cuenta si los costos agregados de accidentes fueran fijos o variables⁽³³⁾.

¿Cómo es que estas teorías de fijación de precios se relacionan con el argumento de que la asignación de recursos requiere de la corrección de las distorsiones entre el monopolio y los precios de industrias competitivas, cargando los costos de los accidentes solamente a las empresas competitivas por sí solas?. Bajo la teoría empírica del "costo agregado", tanto dentro de las industrias monopólicas como en las competitivas, habría un efecto inmediato en los precios y producción como resultado de un gasto agregado en los costos de los accidentes. Esto tal vez tenga un efecto favorable en la asignación de recursos donde quiera que las industrias compitan principalmente con otras industrias que tengan más o menos el mismo grado de poder monopolístico⁽³⁴⁾. Tendrá un efecto desfavorable sólo cuando las

(32) Ver Hall y Hitch, "Price Theory and Business Behavior", Oxford Economic Papers, vol. 2, p. 12.

(33) Mucho se ha dicho en contra y a favor de estas teorías. Y algunos han tratado de demostrar que ellas no llegan a lo mismo en ciertas situaciones que ocurren con diversos grados de frecuencia. Ver Lester, "Shortcomings of Marginal Analysis for Wage-Employment Problems", American Economic Review, vol. 36, p. 519 (1946); Lester, "Marginalism, Minimum Wages, and labor markets", American Economic Review, vol. 37, p. 135 (1947); Machlup, "Rejoinder Zoan Antimarginalist", American Economic Review, vol. 37, p. 148 (1947); Stigler, "Prof. Lester and The Marginalists", American Economic Review, vol. 37, p. 154 (1947); Oliver, "Marginal Theory and Business Behavior", American Economic Review, vol. 37, p. 375 (1947). En general, no me preocupa cual de las dos es la más válida. Ver nota 34, infra.

(34) Lo dicho en este párrafo requiere algunas calificaciones. El precio por "costo agregado" involucra, necesariamente, alguna mala asignación de recursos. Así, si el usa previamente los precios por costos agregados ha ocasionado una sustancial baja

producción en la industria, y puede ser que un recorte adicional en la producción descrita en el texto perceptúe la mala asignación. Si los precios por costo agregado son usados por empresas sólo como una regla de tanteo dentro de los amplios límites del precios marginal, y si nos preocupa aproximarnos a una deseable asignación de recursos antes que lograr una asignación perfecta, entonces la afirmación hecha en el texto es suficiente. Siendo que los estudios empíricos hechos sobre los precios no justifican, desde mi perspectiva, más que la limitada solicitud por precios según costos agregados hecha en esta nota a pie de página, ver Samuelson, "Economics" pp. 460-464 (3ra. ed. 1955), y desde que yo estoy interesado sólo en aproximaciones, no creo que en la práctica la afirmación del texto pueda estar muy equivocada. Yo también hablo, en este párrafo, del precio por costo agregado en industrias competitivas. Industrias perfectamente competitivas podrían no emplear éste método para determinar los precios. Pero industrias que sin estar en una competencia perfecta, estén en una competencia relativa dentro de los términos de éste análisis podrían muy bien emplear precios por costo agregado.

industrias relativamente monopolísticas con costos de accidente elevados, compitan principalmente con industrias relativamente competitivas con bajos niveles de accidentes. La razón para el efecto desfavorable en este caso, como dijimos antes, es que sin la adición de costos de accidente, los precios fijados por los monopolios propensos a accidentes, aunque inflados porque las industrias eran monopolísticas, eran incompletos ya que no reflejaban el costo de accidentes en la producción. Por lo tanto los dos errores tendían a anularse mutuamente. Al añadir los costos de los accidentes en base a la asignación de recursos, hemos corregido sólo uno de los errores, el de no contemplar todos los costos, y de este modo destruido esta tendencia correctiva.

Si uno acepta la teoría marginal tradicional el resultado sería el mismo si los costos de accidente varían lo bastante seguido con la producción, pero serían bastante distintos en el caso de ser fijos o estar sujetos a cambio sólo en grandes modificaciones de los niveles de producción. En los últimos casos el efecto inmediato sobre los precios y la producción sería nulo y así no habría efecto inmediato sobre la asignación de recursos de ninguna manera. Existe, sin embargo, un efecto secundario marcadamente distinto en firmas monopolísticas y competitivas que se encuentran bajo esta asunción del costo. Y este efecto secundario, sin favorecer a los monopolios, promueve una asignación de recursos favorable, en el difícil caso en que una industria relativamente competitiva compite con una industria relativamente monopolística.

Taney produce "*widgets*". La producción de estos bienes es altamente competitiva y Taney es muy poco capaz de sacar provecho de ella. De pronto es sorprendido por el requisito de pagar por los accidentes causados por la producción de artilugios. Asumamos que los costos de seguros son tales que se le gravaría lo mismo, produzca lo que produzca, siempre y cuando lo haga⁽³⁵⁾. El asegurarse lo hará salir del negocio; el no asegurarse, terminaría finalmente sacándolo del negocio a él, o a un competidor desafortunado, que sufriera eventualmente los accidentes. Quedarían menos productores de "*widgets*", la producción sería menor, y esa producción se venderá ahora a un precio más elevado, uno suficiente para cubrir accidentes

además de otros costos. Si Taney estuviera en una industria monopolística, también hubiera sufrido una disminución en sus ganancias porque tendría que cubrir los costos de los accidentes, y ya que esos costos de accidentes no variaron con la producción, él no podía transferir ninguna parte de ellos a los consumidores a través de la producción y variación en los precios. Pero en todo caso, todavía seguiría produciendo lo suficiente después de que sus ganancias disminuyeran para que valiera la pena quedarse en el negocio. Sus ganancias extras, o de monopolio, habrían sido recortadas, pero seguiría sobreviviendo. Lo mismo pasaría con los otros pocos en su industria. La producción por lo tanto se mantendría igual, así como el precio. En resumen, si la teoría es exacta las empresas competitivas al final reaccionarían a los aumentos en los costos fijos, perdiendo algunos competidores; las industrias monopolísticas, por otro lado, no se verían afectadas en su tamaño y producción, a pesar de que sus ganancias extras bajarían. El resultado neto sería un precio relativamente más alto y una producción menor en la industria competitiva, un resultado deseable desde el punto de vista de la asignación de recursos. Se analizará posteriormente, en una sección acerca de la distribución de las pérdidas, si el efecto favorable de esta asignación de recursos, en tales casos, es alcanzado concentrando pérdidas –poniendo al honesto y competitivo Taney contra la pared– en lugar de distribuyéndolas⁽³⁶⁾.

Hay todavía otra situación en la que la responsabilidad de la Empresa podría promover una asignación de recursos favorable, a pesar de la existencia de grados variables de monopolio entre las industrias que producen bienes que son sustitutos razonablemente cercanos entre sí. Aquí es donde la industria relativamente monopolística se conforma de unas pocas firmas independientes, lo que los economistas llaman un oligopolio. En tal situación, los economistas arguyen que los precios tienden a ser muy "*pegajosos*". Cada firma sabe que si reduce sus precios en un intento de elevar su participación en el mercado, todas las demás la seguirán, y no se ganaría nada. De manera similar, cada firma teme que un aumento de su parte no fuera seguido por otras firmas y que esto

(35) Este ejemplo, con seguro fijo, es quizás poco realista. Pero el mismo efecto es posible en una situación más real; donde el problema sean daños por monto fijo en contraposición al caso de daños variables como en las molestias por razones de vecindad. Ver notas 108-111, *infra* y el texto correspondiente.

(36) El problema se torna de alguna manera más complicado si la industria competitiva es de aquellas en las que incluso empresas que pierden mucho dinero tienden a quedarse en el negocio, industrias en las que por cualquier razón existen "*barreras para*

salir". Los problemas involucrados son discutidos con algún detalle luego. Por el momento es suficiente decir que salvo que la industria esté en expansión, de manera que las presiones para salir resulten del costo agregado son convertidas en una tasa más lenta de crecimiento, el efecto de las "*barreras para salir*" será hacer a la industria competitiva reaccionar a los costos adicionales de la misma manera que la industria monopolística. Este resultado tendería por supuesto a mantener la mala asignación existente.

dejaría al que sube los precios, sin participación en su mercado⁽³⁷⁾. Si esto es así, colocar las pérdidas por accidentes en la industria podría causar que no haya ningún cambio en el precio ni en la producción. Y esto sería así incluso si los costos agregados variaran con la producción. Las ganancias, por su puesto, bajarían pero nadie dejaría la industria ya que, como se ha dicho, la estructura del oligopolio probablemente garantiza más ganancias que las que podrían obtenerse en cualquier otra parte. En cambio, cualquier pérdida colocada en una industria competitiva que produjese bienes que fueran sustitutos generales de los productos de la industria oligopólica daría como resultado una baja en la producción y un incremento en el precio, cualquiera fuera el método para fijar los precios que siguiera la Empresa. Así, el efecto de colocar pérdidas en ambas industrias sería deseable desde el punto de vista de la asignación de recursos, debido a que el sobreproductor relativo, y la industria competitiva, estarían vendiendo menos.

Si los productos de la industria oligopólica tuvieran como sustitutos los bienes producidos por una industria que se acercara a un verdadero monopolio, se produciría un resultado muy distinto. Pues mientras el monopolio restringiría la producción en respuesta al alza del costo⁽³⁸⁾; el oligopolio más competitivo no lo haría. Y la ya existente baja producción de parte del monopolio se acentuaría. Mientras los verdaderos monopolios rara vez existen en nuestra economía, un resultado similar podría ocurrir en el caso que una industria compuesta por un oligopolio débil produjera sustitutos para bienes producidos por un oligopolio mucho más organizado. En el primero podría "entenderse" que cuando los costos subieran, los precios también subirían, o un "entendimiento" de que si una firma subiera sus precios, las otras deberían hacer lo mismo. Una industria de este tipo se comportaría de manera similar a un monopolio perfecto, y subirían los precios en respuesta a un alza en los costos si estos variaran con la producción⁽³⁹⁾. Sin embargo, el oligopolio más débil, no tendería a subir sus precios y su relativa sobre producción relativa se acentuaría.

En resumen, hay muchas situaciones –quizá las más importantes– en las que ubicar las pérdidas en la actividad que las ocasiona serviría para fomentar una mejor asignación de recursos, a pesar de los grados variables del poder monopólico, y donde no poder hacerlo, causaría malas asignaciones. Esto sería particularmente cierto en los casos en que las industrias que producen sustitutos generales tienen grados esencialmente similares de poder monopólico. E incluso en algunas situaciones en las que las industrias producen bienes que son sustitutos razonablemente cercanos para los productos de industrias relativamente monopolísticas, un efecto favorable de la asignación de recursos se deriva de la responsabilidad de la Empresa. Indudablemente, también hay situaciones en las que la responsabilidad de la Empresa no causaría ningún efecto en la asignación de recursos. Una situación de este tipo podría darse cuando las industrias productoras de bienes sustitutos fueran oligopólicas y no pudieran cambiar los precios y la producción como resultado de costos incrementados (o donde los costos agregados fueran fijados de acuerdo a la producción), y en la que todas las firmas en las industrias involucradas estuvieran generando ganancias extras para sobrellevar la pérdida en las ganancias acarreadas por el costo invariable del bien⁽⁴⁰⁾.

En algunos casos la implantación de la responsabilidad de la Empresa por costos de accidente iría contra la teoría de asignación de recursos. Estos casos son aquellos en los que dos malas asignaciones se cancelan entre sí y en los que la corrección de uno de estos errores por costos de accidente, en realidad acentuarían la mala asignación de recursos. Tal situación existiría si una industria competitiva produjera bienes que fueran sustitutos de los productos de una industria monopólica, si la industria monopólica tiene costos por accidentes más elevados que la competitiva y si además estuviera en una posición en la que sus ganancias se vieran menos afectadas por un aumento en los costos si es que reaccionara aumentando precios y reduciendo la producción decreciente. Mientras una situación de este tipo puede existir, y de hecho existe, es justo decir que predominan los

(37) Ver Galbraith, "Monopoly and The Concentration of Economic Power", en American Economic Ass'n, a survey of Contemporary Economics, pp. 99-113 (Ellis ed. 1949), Rothschild, "Price Theory and Oligopoly", Economics Journal, vol. 57 p. 299 (1947), Sweezy, "Demand under condition of oligopoly", Journal of Political Economics, vol. 47, p. 568 (1939). Uno puede preguntarse, sin embargo, cuanto tiempo éstas condiciones, basadas en la falta de información y confianza mutuas, pueden durar.

(38) Salvo, por supuesto, que los costos agregados fuesen fijos en relación a los niveles de producción y el monopolio no usa los precios por el costo agregado.

(39) Ver Fellner "Competition Among the few" cap. VI, pp. 175-183 (1949); Rothschild, supra nota 37, pp. 452-457.

(40) Otro caso en el que colocar los costos de los accidentes no tendría

ningún efecto útil en la asignación de recursos es el extremadamente extraño caso en el que los productos de una industria no tienen ningún sustituto significativo. En tal caso la misma cantidad sería producida por la industria a través de un precio más alto, cualquiera sea el costo que se le carga. Ver Boulding "Economic Analysis", pp. 120-131, 143-144 (3ra. ed. 1955).

En todos éstos casos un efecto significativo en la asignación ocurriría si cobrando el costo de los accidentes en la industria ocasionara un cambio en los recursos usados en la producción de "widgets", incluso a través del costo agregado que uno no haría ninguna diferencia en el precio ni en la producción de "widgets". Así, un efecto importante desde el punto de vista de la asignación de recursos se produciría si más aluminio y menos acero son utilizados en hacer "widgets" porque el acero causa mayores costos por accidentes que el aluminio.

casos en que la responsabilidad de la empresa mejoraría una correcta asignación de recursos⁽⁴¹⁾.

TENTANDO ALGUNAS CONCLUSIONES

Estamos ahora en una mejor posición para entender qué se quiere decir cuando se afirma que los patrones deberían ser responsables por los daños de sus sirvientes, pero "sólo" deberían ser responsables por los daños si ocurren en el ámbito del empleo de los sirvientes. De manera similar, podemos entender ahora la limitación que "surge del o dentro del empleo" referida a la compensación a los trabajadores. Un análisis más detallado de las doctrinas legales específicas de la "compensación de los trabajadores", "responsabilidad vicaria", y "contratante independiente", tendrá que esperar hasta que hayamos discutido los otros elementos de lo que se llama la distribución del riesgo –los otros elementos de nuestro rompecabezas–. Pero no es difícil ver que cualquiera que sean los otros elementos en la distribución del riesgo, la asignación de recursos otorga el apoyo sustancial doctrinas que dependen esencialmente de un concepto de responsabilidad de empresa⁽⁴²⁾.

La correcta asignación de recursos, se opone fuertemente a la asignación, a una empresa, de costos no relacionados con ella –"la responsabilidad debería estar limitada a los perjuicios que surgen de o en el transcurso del empleo". Pero además, milita en favor de asignar a una empresa todos los costos que están dentro de su ámbito. "Se considera responsable a la empresa por los daños a pesar de que no se pueda probar ninguna culpa de su parte". El no cargar a una empresa con un costo que surja de ella, lleva a menospreciar el verdadero costo de producir sus bienes; el resultado es que las personas compran más de esos bienes de los que deman-

darían si su verdadero costo se reflejara en el precio. Por otro lado, colocar un costo no relacionado con el ámbito de la Empresa sobre esa empresa, resulta en una sobrevalorización de los costos de esos, bienes, y lleva a un bajo nivel de producción. De uno u otro modo el postulado de que las personas están mucho mejor si pueden elegir lo que quieren basándose en lo que cuesta a nuestra economía producirlo, se vería trasgredido.

En vista de las debilidades de las asignaciones de recursos como teoría exacta, no hay necesidad de una relación firme entre las pérdidas y el ámbito de la actividad de la empresa. No ocurrirían serios errores en la asignación de recursos si el ámbito de la Empresa es interpretado tanto estrecha como ampliamente. Razones para una interpretación amplia o estrecha aparecerán tal vez de las otras justificaciones de la distribución del riesgo. Pero hasta el momento, en lo que concierne a la asignación de recursos, existen demasiadas pequeñas malas asignaciones como para preocuparnos si no contamos con un sistema perfecto por qué perjuicio. Sin embargo, resulta igualmente claro que si las personas deben tener algún rol inteligente para decidir qué debe producirse la responsabilidad debe finalmente estar limitada por algún criterio relacionado con el ámbito de la actividad responsable.

Podemos también empezar a ver por qué la "responsabilidad por culpa objetiva" estaba tan en voga desde la mitad hasta fines del siglo XIX. Por supuesto muchos factores estaban involucrados. Uno de estos, y no es el menos importante, es el hecho de que las justificaciones para la distribución del riesgo y los elementos de "que el hombre rico pague" en la distribución del riesgo, no eran como los que se encomendarían a un Weltanschauung del siglo XIX. Pero por otro lado, la teoría de asignación de recursos parecería adecuarse a la concepción del siglo XIX acerca de la capacidad para producir y la producción, más que a la del siglo XX. ¿Por qué jugó entonces un papel tan poco

(41) Aquí es oportuno llamar la atención sobre otra razón por la que la justificación de asignación de recursos no puede ser llevada a extremos. Muchas compañías que producen diferentes bienes asignan los costos a sus productos arbitrariamente. Podría ser posible que bajo este sistema el costo de los accidentes causado principalmente por un bien sea cargado a varios y se refleje en el precio de cada uno. Este sistema resultaría en una mala asignación de recursos. Se perdería mucho tiempo en analizar cuando colocar el costo de los accidentes en algunas industrias específicas ayuda o estorba a esta mala asignación. El hecho que las firmas involucradas no le den importancia a asignar los

recursos de manera más precisa indica, sin embargo, que la mala asignación no puede ser significativa. Entonces, si estamos preocupados sólo con evitar malas asignaciones mayores en el sistema de responsabilidad civil, ésta imperfección no debe preocuparnos. Desde éste punto de vista, la pregunta no es como el problema de la mala asignación inherente en la determinación de precios por costo agregado. Ver nota. 32, supra.

(42) Esto no explica, sin embargo, porque el patrón sólo debe ser responsable por los daños causados por sus trabajadores de manera negligente. Ver textos y notas 134-135 infra.

importante en la elección de un sistema de asignación de pérdidas?⁽⁴³⁾

Tal vez, podamos hallar la respuesta en el estado tan peculiar de la industria de ese tiempo. En los primeros días de la revolución industrial, muchas industrias estaban operando sobre una base de costos decrecientes. Esto es, si la industria podía expandirse lo suficiente, sus costos bajarían como resultado de esa expansión. Es un hecho interesante que en los casos en que una industria está operando sobre una base de costos decrecientes, un subsidio a esa industria ayudaría, en vez de obstaculizar, a una correcta asignación de recursos⁽⁴⁴⁾.

Un ejemplo puede ayudar. Taney, el fabricante de "widgets", tiene costos tan altos para producirlos, que tiene que vender un precio que sólo un rico puede pagar. Como resultado, él produce pocos artilugios. Sin embargo, si pudiera vender a un precio más bajo, muchas personas más querrían comprar "widgets". Si pudiera alcanzar este mejor grado de producción, sus costos serían lo suficientemente bajos para permitirle, después de cierto tiempo, cubrirlos por completo y vender todos los "widgets" que produjese. Sin embargo, Taney no puede simplemente empezar a producir a esta mayor capacidad, sólo por el hecho de temer irse a la quiebra, y vender "widgets" tan baratos, hasta

el momento de que sus costos se reduzcan. Si recibiera un subsidio, sin embargo, (y no tuviera que cubrir todos sus costos por mucho tiempo) podría aumentar su producción y a largo plazo, todos estarían mejor. Habría un "widgets" en cada pote, así como en cada garaje.

Si esta era la situación de la mayor parte de la industria americana del siglo XIX, (y el hecho de que precios altos estaban siendo justificados incluso por los economistas liberales de entonces, es prueba de ello) entonces se puede concluir que una correcta asignación de recursos a largo plazo requería que se evitara que la industria pagara el costo oculto de accidentes, al menos que otros factores como la culpa, estuvieran involucrados⁽⁴⁵⁾. Evidentemente, no estoy sugiriendo que los jueces del siglo XIX pasaron a la responsabilidad por culpa sobre la base de esta complicada teoría. Pero sus afirmaciones acerca de que la responsabilidad sin culpa despojaría a nuestra tierra de los beneficios y promesas de la expansión industrial puede representar una manera burda pero eficaz, de reconocer el hecho de que la industria simplemente no estaba lista para cubrir todos sus costos, y que el país estaría mejor en el largo plazo, si es que no lo hacían⁽⁴⁶⁾. Viéndolo así, estas afirmaciones no son muy distintas de aquellas hechas por autores modernos,

(43) Una razón por la que la asignación de recursos ha desarrollado un rol tan poco importante en el sistema de responsabilidad civil durante el siglo XIX puede haber sido que los pensadores de ese siglo confiaron demasiado en la forma como las personas teóricamente reaccionan cuando se les carga con un riesgo que en la forma como reaccionan en la práctica. El siglo XIX fue una época en la que el hombre económico "racional" y "bien informado" estuvo en boga, y en un mundo habitado por éstos hombres, la adecuada asignación de recursos será siempre el resultado final sin importar quién era el portador inicial del riesgo. Así el trabajador "racional" en un mundo de competencia pura demandará salarios más altos en su trabajo si éste involucra riesgos sustanciales de accidentes y la compañía no ha contratado un seguro a su favor. Como consecuencia colocar el costo de los accidentes en la compañía o en el trabajador no hace ninguna diferencia. El precio de los bienes producidos por la empresa va a reflejar este costo de todas maneras. De la misma manera el consumidor, en este mundo hipotético del siglo XIX, evaluará el riesgo de sufrir triquinosis cuando decida comprar carne enlatada. Y el riesgo involucrado afectará las compras de este tipo de carnes en el grado que el productor tenga que pagar los daños a las víctimas de triquinosis y haya incrementado sus precios como resultado del costo agregado.

El siglo XIX no se preocupará realmente cuando el trabajador o el consumidor se asegura contra el riesgo, porque los seguros serán importantes en términos de distribución del riesgo, no de asignación de recursos. En el grado que el valor monetario del riesgo influya el comportamiento en el mercado de trabajadores y consumidores, se alcanzará una adecuada asignación de recursos sin importar si se logra una distribución de las pérdidas o no. En el mundo real, por supuesto, es poco probable que los trabajadores y consumidores vayan a evaluar el riesgo de daños o de triquinosis de una manera tan exacta como lo haría el productor a quien se le hace pagar los daños. Ver texto de las notas 22-25 supra. Pero el mundo real aparece mucho más real para nosotros de lo que aparecía hace 80 años.

Mientras que esto podría explicar parte de la aproximación

tomada en el siglo XIX, creo que no lo explica completamente. En primer lugar, algunos casos en los que la responsabilidad de la empresa alcanzaría una mejor asignación de recursos seguirán dándose, incluso si el "hombre económico racional" es asumido a lo largo y ancho de la sociedad. Ibid. En segundo lugar, la aproximación del "hombre económico racional" me llama la atención como tan irreal que no puedo realmente creer que los hombres tan prácticos como los jueces puedan seguir esta idea. Por el contrario siento que sus razonamientos, aunque se dan en esta área, deben haber sido incentivados por un sentimiento de que en la práctica las decisiones estableciendo responsabilidad sólo cuando existe realmente culpa, desarrollan una importante y muy real función económica. Que función debería ser ésta ha sido discutido en el texto.

(44) Ver Pigou, "Economics of Welfare" pp. 183-195 (4ta. ed. 1932). Mi, de alguna manera, cruda y sobresimplificada afirmación se parece más a la más criticada versión más temprana de Pigou que a su más elegante tratamiento en su última edición. Ver Pigou, op. cit., supra 189-196 (2da. ed. 1920). Ver también Samuelson "Foundations of Economic Analysis" p. 196 (1953). Para los limitados propósitos de este artículo, sin embargo, cualquiera de las afirmaciones se parece suficiente.

(45) Si los "widgets" fuesen sustitutos para los "didgets", y los "didgets" también requieran de un subsidio para alcanzar su mejor nivel de producción, cualquier diferencia en los subsidios causados por distintos costos de los accidentes en las dos industrias va a resultar en una mala asignación de las compras entre "widgets" y "didgets". Sin embargo, si esta mala asignación fuese relativamente reducida comparada con los beneficios que la expansión generará, una sociedad podría fácilmente justificar al ignorar esto, si la ignorancia pudiera ayudar a alcanzar la expansión deseada.

(46) Ver Clifton Aron Co. vs. Dye, 87 Ala. 468, G so. 192 (1989); Madison vs. Pucktown Sulphur, Copper and Fron Co.; 113 Tenn 331, 83 SW. 658 (1904); Losee vs. Buchanan, 51 NY. 476-484 (1873). Ver también Gregory, supra nota 5, p. 368; supra nota 12, p. 579.

quienes frente a los cambios acontecidos, dicen, sin un análisis muy profundo, que las empresas "deberían" asumir todos los costos de accidentes que ocasionen, sin tomar en cuenta la culpa⁽⁴⁷⁾.

Por supuesto, el hecho de que un subsidio puede haber tenido sentido, no sugiere que el trabajador perjudicado debía haber sido el que tuviera que pagar el subsidio. Hoy nos inclinaríamos a obtener el subsidio de los impuestos –ya sea un impuesto general, o uno sobre aquellos que ganan más por la mejoría. Esto sin embargo, es dar una respuesta del siglo XX a una pregunta del siglo XIX. Pues la razón por la que consideramos casi intolerable la idea de que los trabajadores subsidien la expansión industrial, es porque estamos aferrados a las nociones de "distribución del riesgo" y de la "buena bolsa" ("deep pocket"), y estas nociones no tuvieron ninguna importancia, especialmente en el siglo XIX. (Es más, la industria misma hubiera tenido que soportar una gran parte de la carga de impuestos; el subsidio a través de los impuestos puede por lo tanto, haber desalentado la expansión industrial, al igual que la responsabilidad sin culpa).

El hecho de que la teoría de asignación de recursos pudiera justificar, en el siglo XIX, un resultado que hoy consideraríamos ultrajante, no la hace perder su valor cuando respalda resultados que algunas veces (aunque no siempre) aprobamos en otras áreas. Sí sugiere, sin embargo, que otras áreas no dejan de tener importancia. Y son justamente a éstas a las que deberíamos referirnos a continuación.

LA JUSTIFICACION DE LA DISTRIBUCION DE PERDIDAS

INTRODUCCION

La justificación para la asignación de pérdidas sobre la base de un sistema sin culpa, presente entre los juristas, es que si las pérdidas son ampliamente esparcidas –entre las personas y a través del tiempo– son menos perjudiciales⁽⁴⁸⁾. Primero, la teoría establece que la carga real de una pérdida menor a medida que más personas la comparten. Segundo, la teoría arguye

que mientras mayor sea el lapso en el que se asuma la carga de la pérdida menor será su carga real.

Puntos de vista análogos a estos, se pueden encontrar en la teoría económica. Las ventajas de la distribución de la pérdida entre las personas probablemente se expresará de dos maneras: a) que es más probable que tomando una gran suma de dinero de una persona se produzca una dislocación económica, y por lo tanto pérdidas secundarias o anulables, que tomando una serie de pequeñas sumas de muchas personas⁽⁴⁹⁾; y b) que incluso si la dislocación económica total es la misma, muchas pequeñas pérdidas son preferibles a una grande, simplemente porque "las personas sienten" que sufren menos si 10,000 de ellas pierden 1 que si una pierde US\$ 10,000.

Mientras que la primera de estas proposiciones es una generalización empírica no muy difícil de aceptar, la segunda es precisamente una variante de la teoría de los economistas sobre la decreciente utilidad marginal del dinero. Esta teoría ha gozado de una fuerte desaprobación entre los economistas modernos. La razón para esta desaprobación se muestra en estudios recientes que han indicado, por ejemplo, que la pérdida de una suma relativamente pequeña (si origina un cambio de status), puede ser tan importante para un individuo como una pérdida mayor que ocasiona un cambio casi igual en su posición social. Por otro lado, una pérdida relativamente pequeña, si es que puede ser asumida sin privarse de ciertos símbolos de status social –sean la casa en la calle correcta o la televisión– es definitivamente más pequeña para las personas, que una pérdida ligeramente mayor que sí implique un cambio de status⁽⁵⁰⁾. Mientras esto nos indica las debilidades de un análisis tan estrictamente utilitario como el de la teoría de utilidad marginal del dinero, con una implicancia de que una pérdida de US\$ 5 dividida entre cinco personas necesariamente hiere menos que US\$ 5 sobre una sola persona; no desvirtúa mucho la justificación básica para la distribución de pérdidas. Solamente nos falta dar un paso más y reconocer que las dislocaciones sociales, como las económicas, ocurrirán más frecuentemente si una persona soporta una pérdida significativa, que si muchas soportan una livianas. Uno, por supuesto, puede concebir situaciones donde US\$ 1 extra cargado a mil personas serían mil pajas que romperían mil espaldas y arruinarían mil

(47) Ver nota 5, supra.

(48) Ver, por ejemplo Harper y James, pp. 759-764 (Colección de casos y doctrina).

(49) Esta reducción de la proposición, por supuesto, no se encuentra en el original. Ver Flezer, "Capacity to Bear Loss as a factor in the Decision of Certain types of torts cases", University of Pennsylvania Law Review, vol. 78, pp. 805, 809-810 (1930).

(50) Ver, de manera general, Friedman y Savage, "The utility Analysis of Choices Involving Risk". Journal of Political Economics, vol. 56, p. 279 (1943). Incluso antes que Friedman y Savage, la noción de disminución de utilidad marginal del dinero cayó en un rechazo sustancial por los economistas. Algunas razones de esto están en Ibid. y en Blun y Kalven, "The Uneasy Case for Progressive Taxation" University of Chicago Law Review, vol. 19, pp. 417, 455-479 (1952).

hogares y trabajos, mientras que US\$ 1,000 cargados a una persona sólo la arruinaría a ella. Pero estas situaciones parecen regularmente improbables⁽⁵¹⁾.

Las bases económicas de la distribución de pérdidas intertemporalmente, no son disímiles. Hay menos peligro de una dislocación económica, y así también de pérdidas secundarias, si es que las pérdidas son esparcidas a lo largo del tiempo. Las dislocaciones sociales son también menos probables, si los individuos pueden comprar la cobertura del riesgo de pérdida en un plan de crédito a largo plazo.

Así, existen razones sustanciales para asignar pérdidas de modo que distribuyan la carga sobre tantas personas y en un lapso tan grande como sea posible. Sin embargo, si estos fueran los únicos objetivos al asignar pérdidas, el plan más deseable sería un cierto programa de ayuda en caso de accidentes por parte del gobierno, que se extienda sobre la población a través de impuestos –Esparta sería mejor que Atenas. Pero de acuerdo al conflicto entre este sistema y el mejor sistema, desde el punto de vista de la asignación de recursos –la responsabilidad de la Empresa– en plan de responsabilidad del gobierno no debería ser adoptado sin cierta consideración en torno a que la distribución de pérdidas es en realidad logrado por la responsabilidad de la Empresa.

En cuanto la responsabilidad de la Empresa coloca la carga de accidentes sobre el asegurador más probable, logra directamente una gran parte de la distribución, tanto interpersonal como intertemporal. Los que están a favor de la responsabilidad de la Empresa arguyen que es aún un mejor distribuidor de pérdidas porque da como resultado una distribución de pérdidas "secundaria", es decir que esparce las pérdidas de las empresas a los consumidores y propietarios de los recursos. Esto es conseguido a través de los precios que pagan las empresas por los recursos que compran y los precios que reciben por los bienes que venden. Pero el éxito que en realidad tenga la responsabilidad de la Empresa, en llevar a cabo este esparcimiento secundario, sin crear pérdidas secundarias significativas, depende, en parte, de la estruc-

tura de la industria involucrada, y en parte de las condiciones económicas generales existentes.

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA, DISTRIBUCION DE PERDIDAS, E INDUSTRIAS COMPETITIVAS

En las industrias que operan bajo condiciones esencialmente competitivas, la responsabilidad de la Empresa da como resultado una distribución de pérdidas secundaria a través de salarios y precios; esto es cierto por lo menos cuando los costos de accidentes varían con la producción o con el uso de algún recurso específico en la producción. El costo agregado –si es lo suficientemente considerable para tomarse en cuenta– da como resultado (a) una producción reducida y precios más altos, y (b) pagos más bajos por y menor uso de aquellos recursos que originan el costo extra, asumiendo que estos puedan ser identificados. Es decir, bajo el concepto de responsabilidad de la Empresa, Taney y sus competidores reaccionarían ante sus costos aumentados, reduciendo su producción. (La otra alternativa, la de subir los precios, no está a su alcance pues son productores pequeños dentro de una industria competitiva. Sin embargo, tan rápido como baje la producción de la Empresa, los precios subirán. Taney también trataría de hacer "widgets" de aluminio si el acero causara muchos de los accidentes, o de acero, si el aluminio los originara. Podría utilizar máquinas si descubriera que los accidentes se producían por la mano de obra en un punto particular del proceso de producción de "widgets"; aumentaría la proporción de fuerza laboral si son las máquinas las que produjeran perjuicios. Así, Taney trasladaría parte de la carga de gastos de accidentes hacia los consumidores, y parte de ella la regresaría al recurso propenso a accidentes⁽⁵²⁾. Sin embargo, parte de ella permanecería sobre Taney y sus colegas productores, en forma de ganancias reducidas.

Por ejemplo, Taney seguramente tenía alguna

(51) La idea que los efectos sociales secundarios son más probables cuando las pérdidas son concentradas podría también derivar en apoyo para la noción que las necesidades de las personas dependen sustancialmente de las necesidades de sus vecinos. Así, C.J. Taney puede sentir sus pérdidas menos si C.J. Marshall y C.J. Chase, sus vecinos, sufren sus pérdidas de manera parecida. Ver Duessen Gerry, "Income Savings and Theory of Consumer Behavior" (1952).

(52) Estos cambios no sólo tienden a trasladar la pérdida, si no que son el reconocimiento de que el más nuevo "verdadero" costo Taney siente que algunos de los productos que él suele comprar son menos buenos que otros que el solía rechazar. En otras palabras, el cambio refleja un movimiento hacia una menor asignación de recursos. Ver, en general, el texto de las notas 13-17 supra.

razón para usar mano de obra en vez de maquinaria. Lo más probable es que esta razón fuera que la mano de obra era más barata, siempre y cuando Taney no tuviera que asumir los costos de accidentes que esto ocasionaba. Pero, mientras que la maquinaria es más barata que la mano de obra más los costos de accidentes, no es tan barata como la fuerza de trabajo sin costos de accidente. Antes de la imposición de la responsabilidad de la Empresa, el costo de la mano de obra de Taney era de 20 doblones, mientras que el costo de la maquinaria era de 25. Después de la responsabilidad de la Empresa, la maquinaria (libre de accidentes) sigue costando 25, mientras que la suma de costos de accidente al precio de la mano de obra, ha aumentado el costo de la mano de obra a 30. Taney no soportaría la carga total adicional de 10 doblones por el uso continuado de la mano de obra optaría por la maquinaria. Pero 25 (costo de la maquinaria) es todavía más caro que 20 que es el costo de la mano de obra sin la responsabilidad de la Empresa. Taney no puede trasladar hacia atrás esta diferencia en el costo⁽⁵³⁾. Por razones similares, el incremento en el ingreso, proveniente de una menor producción a precios más altos, probablemente no absorbería los costos de los accidentes que permanecen después que la transferencia parcial retroactiva, ha ocurrido. E incluso después de la transferencia de pérdidas hacia adelante o hacia atrás, la mayoría de Taneys se quedarían con parte de la carga del costo. Esto significa que, por lo menos por un período, las ganancias en la producción de "widgets" estarían por debajo de las ganancias en las industrias con menos tendencia a accidentes. Después de un tiempo, sin embargo, aquellos productores que estaban tan sólo aprovechando una oportunidad con la producción de "widgets" antes de que los costos de los accidentes fueran introducidos en la industria, dejarían de las ganancias de los otros volverían a ser normales.

La transición hacia la responsabilidad de la Empresa colocaría cargas definitivas no transferibles sobre todos los productores dentro de una industria propensa a accidentes, pero especialmente sobre aquellos que estaban tan sólo sacando provecho, antes del cambio a la responsabilidad de la Empresa. En el largo plazo, sin embargo, asumiendo que aquellas firmas que quisieran salirse pudieran en realidad hacerlo, el sistema lograría una distribución de pérdidas casi completa. Aquellas firmas que permanecieron en la industria fijarían precios lo suficientemente altos como para pagar el seguro (o para auto-asegurarse mediante una provisión de fondos para accidentes), y muy pocas empresas quedarían en la industria para permitir que tales precios fueran cargados. La extensión de la carga sobre el productor que estaba tan sólo sacando provecho, así como la similitud de las dislocaciones económicas secundarias, van a depender de la prontitud con que la responsabilidad de la Empresa fuera adoptada, o depender de si nuestra economía se estaba expandiendo, estaba estancada o contrayéndose en ese momento⁽⁵⁵⁾. En una economía estacionaria o en declive, las empresas serían probablemente removidas y efectos económicos sustanciales secundarios y sociales probablemente ocurrirían si la responsabilidad general sin culpa de la Empresa, se quisiera imponer de pronto⁽⁵⁶⁾. En una economía en expansión, sin embargo, no necesariamente ocurren dichos efectos. El único efecto entonces sería que la industria no podría crecer tan rápido como otras industrias con menos tendencia a los accidentes⁽⁵⁷⁾.

Si en vez de variar de acuerdo al volumen de producción o los recursos usados, los costos por accidentes fueran fijos sin importar los "widgets" producción y los recursos utilizados, no se daría una distribución del riesgo secundario "inmediato" como resultado de la responsabilidad de la Empresa. El alcance que tendría distribución secundaria del ries-

(53) Esta afirmación no es del todo exacta desde que el precio de la mano de obra puede caer como resultado de la salida de mano de obra inducida por la carga del costo de los accidentes. Es, por lo tanto, concebible que el precio de la mano de obra en una industria dada pueda caer por debajo veinticinco dólares (el costo de la maquinaria en el ejemplo del texto) y que menos que cinco dólares se mantendrán sin ser transferidos. Incluso pueden haber situaciones donde toda la carga del costo de los accidentes pueda ser trasladado nuevamente a la mano de obra. Pero estas situaciones requerirán: a) que la oferta de mano de obra se mantenga enteramente inalterable sin perjuicio de la reducción de los salarios; y, b) que la mano de obra involucrada sea tan especializada que ésta no podría ser utilizada virtualmente en ninguna otra parte, dos asunciones bastante improbables. Ver notas 59, 61, 62, infra y el texto que las acompaña. Ver también nota 40 supra.

(54) Ver nota 62 infra.

(55) La extensión de la carga dependería también de cuánto más podría costar a las empresas un programa de responsabilidad de empresa sin culpa administrado cuidadosamente que lo que cuesta el sistema actual. Mientras el sistema actual resulta

ciertamente en una responsabilidad menos frecuente que en un sistema objetivo, un sistema objetivo puede resultar en indemnizaciones considerablemente menores. Como resultado el incremento total del costo no debería ser realmente significativo.

(56) Este análisis no toma en cuenta qué efecto tendrá la compensación de las víctimas de accidentes en un sistema objetivo basado en responsabilidad de la empresa en la demanda por bienes en la economía como un todo, y en las industrias más afectadas y cargadas por el cambio. Esto no es tan simple porque no creo que sea posible decirlo. El efecto inmediato es trasladar dinero de un grupo de gente a otro, y lo que éste quiere decir en términos de las preferencias de los consumidores no puede ser determinado sin mucha más información que no se encuentra disponible.

(57) Los efectos negativos de la transición pueden alterarse si el cambio de un sistema de culpa hacia uno de responsabilidad de la empresa fuese gradual en lugar de intempestivo. De alguna manera eso es lo que ha venido sucediendo en los últimos 50 años. Ver de manera general el brillante tratamiento de toda ésta área por Ehrenzweig, "Negligence Without Fault" (1951).

go, en un período largo dependería del grado de facilidad que tuvieran las firmas para abandonar la industria. Si los costos de los accidentes fueran constantes, sin considerar la producción, no habría ningún incentivo por parte de la firma individual para reducir la producción, ya que el costo fijo agregado no cambiaría el punto de equilibrio del precio y producción en que las ganancias se maximizan. Debido a que la producción no cambiaría, tampoco lo hará el precio, ni ninguna de las cargas añadidas será transferidas a los consumidores. Del mismo modo, si los costos de accidentes no varían de acuerdo a los recursos usados en la producción, ninguna variación en la cantidad de los recursos usados distribuirá la carga de entre los propietarios proveedores de los recursos. De ahí que, las ganancias en la industria se verán reducidas⁽⁵⁸⁾. Una vez más, los productores que tan sólo estuvieron sobreviviendo sentirán el ajuste, lo único es que ahora el ajuste sería mayor debido a que ninguna distribución de pérdidas secundaria inmediata habría ocurrido. Sin embargo, a través del tiempo, estos altos costos de las empresas serían reducidos, y se establecería un precio lo suficientemente alto para mantener el seguro (o auto-seguro) que cubra las pérdidas que se imponen a la industria. Por lo tanto, aquí también el alcance de la carga no distribuida dependería, en el largo plazo, de si la economía se expandía o no en el momento en que la responsabilidad fuera impuesta, y en lo violento en que haya sido el cambio.

Los problemas de la distribución de pérdidas serían mayores sin embargo, en las industrias donde la salida fuera difícil—industrias con altos costos fijos, aquellas que utilizan un recurso altamente especializado, o aquellas en las que por otras razones la movilidad o flexibilidad de planta y mano de obra fueran reducidas. En estos casos las ganancias seguirían por debajo de lo normal por un largo período, y todos los efectos sociales y económicos secundarios nocivos,

asociados con industrias "enfermas", se manifestarían. Es más, en aquellos casos la presión sobre las firmas para no contratar seguros y aprovechar las oportunidades podrían volverse infinitas, produciendo incluso que la distribución primaria de pérdidas de la responsabilidad de la Empresa, se perdiera. Todos estos desastres, por supuesto, serían mucho más probables si la economía estuviera en un estado general de declive en el momento de imponer la responsabilidad a la Empresa. En una economía en progreso no se necesitaría ninguna salida de empresas de la industria y en una economía estacionaria, la movilidad podría también ser lo suficientemente grande para sacar a las empresas lo suficientemente rápido como para aligerar la mayor parte de la carga, al menos si los costos de los accidentes no fueran inmensos. No es necesario decir que los efectos peligrosos de una salida difícil de las empresas del mercado, serían casi tan aplicables a situaciones en las que los costos de accidentes variarían con la producción o con el uso de un recurso específico usado. En esos casos, sin embargo, debido a que se produce una distribución secundaria parcial inmediata de pérdidas, la pérdida no distribuida tendría a ser probablemente menos grande, con una correspondiente presión decreciente en las empresas marginales.

Si la industria involucrada no compitiera ni siquiera en un grado mínimo con otras industrias con costos de accidentes más bajos, o si los costos de accidentes surgieran complementamente del uso de un recurso que fuese fijo en la oferta y que sólo pudiera ser usado en esa industria, entonces la responsabilidad total podría ser transferida inmediatamente a los consumidores en el primer caso, y a los propietarios de los recursos con tendencia a generar accidentes, en el segundo. Que se diera una situación así por cualquier lapso, del lado de la oferta, es poco probable. Podría muy bien existir en la demanda o en el lado del consumidor para pequeños incrementos en

(58) Taney puede hacer "widgets" de aluminio o de acero. El decide usar acero porque los "widgets" serán igual de buenos que los de aluminio pero más baratos. Es el cargado de pronto con el costo de los accidentes de fabricar "widgets". Luego de un estudio determina que el costo de los accidentes es el mismo si usa acero o aluminio. Salvo que él sea completamente irracional continuará usando acero. Y si él cambia a aluminio esto sólo incrementaría la carga que soporta el costo extra del aluminio. Es claro que no habrá una disminución en la carga que soporta por el cambio del uso de un recurso a otro.

El mismo análisis se aplica por el lado del precio y la producción. Taney maximiza sus beneficios cuando vende 100,000 "widgets" a US\$ 1.00 cada uno. Asumamos que el costo de los accidentes es colocado sobre él y este costo es constante a la producción—esto es que es el mismo sin importar que venda 1 ó 100,000 "widgets". Cien mil "widgets" a US\$ 1.00 cada uno necesariamente maximiza la utilidad; nada ha sucedido para cambiar este hecho. Si Taney cambia su producción como consecuencia del nuevo costo, está añadiendo sólo al costo de los accidentes que

está siendo forzado a soportar el costo de producir a un nivel que no es el que maximiza su utilidad. Si trata de cambiar el precio, pierde el beneficio de vender sus "widgets" al mejor precio posible, y por lo tanto disminuye aún más sus utilidades por el incremento en el costo. De esto se puede desprender que Taney está mejor cargando el costo adicional sin cambiar nada más. Tampoco logra nada determinando el precio por el costo agregado, ver texto de las notas 32-34 supra, todo lo que el costo agregado significa es que Taney reaccionaría automáticamente al nuevo costo de los accidentes incrementando en algo sus precios. Pero como hemos visto, si el costo de los accidentes es constante en relación al nivel de producción, el incremento del precio sólo añade un precio no favorable a la nueva carga del costo, lo que no ayuda en nada a Taney.

Por razones dadas en el texto, éste análisis se aplica sólo en el corto plazo—esto es, sólo hasta que Taney o alguno de sus competidores decidan que ya no vale la pena seguir produciendo "widgets", dado que el alto costo de los accidentes que ahora los productores tienen que soportar.

los precios, pero sería poco probable para los incrementos mayores. Así, los "widgets" pueden ser tan diferentes de los otros bienes que las personas comprarían tantos "widgets" a US\$ 1 como los que compraban a US\$ 0.80. Pero si el precio de los "widgets" subiera a US\$ 5 algunas personas se conformarían con uno en vez de dos, mientras otras prolongarían el uso de cada "widgets". Más importante es que ahora los objetos que sirven para los mismos fines que los artilugios, pero que cuestan US\$ 5.10, podrían competir con los artilugios, aunque no podían hacerlo cuando estos costaban sólo US\$ 1.00⁽⁵⁹⁾.

Para resumir el problema de la distribución de pérdidas en las industrias competitivas: La cantidad de distribución de pérdidas secundarias inmediata, transferida a los consumidores, depende del grado de competencia entre la industria involucrada y las otras industrias menos afectadas por los costos de los accidentes. De manera similar, la cantidad de transferencia de pérdida secundaria de regreso hacia los propietarios proveedores de los recursos usados en la producción depende de la disponibilidad de recursos sustitutos cuyos costos de accidente no sean tan altos, así como de los usos alternativos disponibles para los recursos sustituidos o descargados⁽⁶¹⁾. Específicamente, la distribución de pérdidas hacia adelante dependerá de qué tanto disminuya la venta de "widgets", por el alza en los precios. Así mismo, la cantidad de transferencia de pérdidas hacia atrás dependerá de qué tan buen sustituto, tanto en precio y calidad, es el acero para el aluminio en la producción de artilugios (asumiendo que el aluminio tiene costos más altos por accidentes que el acero). Pero también

dependerá de qué tanto aluminio se usa en la producción de "widgets", pues esto afectará la disposición de los productores de aluminio para recortar sus precios para seguir vendiendo aluminio a los productores de "widgets". Como dijimos antes, sin embargo, incluso con la transferencia hacia adelante y hacia atrás de los costos, algo de la pérdida no será transferida, y permanecerá en la Empresa⁽⁶²⁾.

Debido a la carga no transferida, se darán ganancias por debajo de lo normal y que culminarían, en una economía estacionaria o en declive, en una contracción de la industria a través de la salida de empresas, o, dentro de una economía en expansión, en un fracaso de la industria para expandirse. Si la contracción ocurriera razonablemente rápido, las principales en sufrir serían las empresas con costos elevados, y las pérdidas que en una economía más favorable podrían haber sido esparcidas más ampliamente a través de la responsabilidad de la Empresa, podrían tal vez concentrarse nuevamente sobre ellas⁽⁶³⁾. Una vez hecho el ajuste, ya sea a través de la contracción o fracaso en la expansión, ninguna carga extra sería asumida por la industria, y la responsabilidad de la Empresa conseguiría una distribución de pérdidas casi completa. Si el salir de la industria fuera tan difícil, el problema de transición (en una economía no expansiva) podría volverse crónico, y la carga sobre las empresas con altos costos, intolerable. Bajo estas circunstancias, el efecto primario del esparcimiento de las pérdidas sobre la responsabilidad de la Empresa, podría incluso perderse. Las empresas tan sólo capaces de sobrevivir, podrían encontrarse tentadas, penosamente, a no asegurarse. Por supuesto, si la

(59) Se dice que existió una situación similar en la industria de los cigarrillos. Así, las marcas no sufrieron prácticamente de ninguna competencia por parte de marcas de bajos precios mientras las diferencias de precios entre ellas fue de menos de tres centavos por cajetilla, pero se entró en una marcada competencia entre ellas apenas la diferencia de precio superaba los tres centavos. Ver Tennant, "The Cigarette Industry" en Adams "Structure of American Industry", p. 337 (rev. ed. 1954).

(60) En el grado que una industria compita con otras que tienen costos de accidentes superiores, se beneficiará del hecho que sus competidores estarán bajo una mayor presión para subir sus precios.

(61) El análisis aquí descrito es análogo al análisis de la incidencia de los impuestos especiales. Ver Break "Excise Tax Benefits and Burdens", American Economics Review, vol. 43, pp. 577-577-584 (1954), (y todos los casos y doctrina ahí recogidos); comparar con Seligman "Shifting and Incidence of Taxation" pp. 217-254 (5ta. ed. 1932).

(62) Ver textos en las notas 53-54 supra. Generalmente, salvo que las pérdidas no puedan ser trasladadas en un 100% en una dirección o en la otra, no habrá una total e inmediata transferencia de las pérdidas, desde que lo que puede transferirse en cualquier dirección es sólo un porcentaje de cualquier costo no trasladado. Aunque esta afirmación es usualmente exacta, podría no resultar fuera de situaciones específicas. A grandes rasgos, muy a grandes rasgos en la práctica, la afirmación postula que si el

25% de cualquier carga puede ser trasladada hacia atrás, y el 50% puede ser trasladada hacia adelante, eso no quiere decir que el 75% pueda ser trasladado. Esto sólo significa que el 25% puede ser trasladado hacia atrás y que el 50% del 75% que queda puede ir hacia adelante, es decir un total de 62.5% puede ser trasladado (el resultado es obviamente el mismo que si uno comienza trasladando el 50% hacia adelante y el 25% del 50% restante hacia atrás). Bajo este análisis una transferencia del 100% en una dirección es necesaria para trasladar el total de la carga. Esto no tiene que ocurrir, sin embargo, si la competencia prácticamente no existe a un precio pero se convierte en ayuda a un nivel más alto. Asumamos que un fabricante de "widgets" pueda incrementar el precio en 10 centavos por unidad sin necesidad de sentir una competencia sustancial de fabricantes de otros bienes, pero si él incrementa el precio en más de 10 centavos, "didgets" que no generan accidentes, que se vende a 15 centavos más que los "widgets", comenzarán a entrar con fuerza en el mercado de los "widgets". Un costo de los accidentes que totaliza 15 centavos es colocado sobre el fabricante de "widgets". Si podemos trasladar la mitad de la nueva carga hacia atrás fabricando los "widgets" con aluminio en lugar de con acero, él puede quizás trasladar la totalidad de la carga, pues el incremento en 10 centavos en el precio por "widgets" no va a afectar las ventas. Si él no puede trasladar más de 2 centavos hacia atrás, probablemente no podrá trasladar más de 10 centavos hacia adelante y, en el corto plazo por lo menos, tendrá que cargar con la diferencia.

carga del costo no transferida directamente hacia adelante o hacia atrás, fuera pequeña, entonces el problema de transición a la responsabilidad de la Empresa sería insignificante.

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA, DISTRIBUCION DE PERDIDAS, E INDUSTRIAS MONOPOLISTAS

En industrias con una cantidad sustancial de poder monopólico, la responsabilidad de la Empresa dejaría, por lo menos una parte de la carga, permanentemente sobre la industria en la forma de utilidades reducidas. Por otro lado, en tal situación la responsabilidad de la Empresa difícilmente crearía una industria crónicamente enferma, o concentraría pérdidas a través de la salida de empresas del mercado.

Si la industria fuera una en la que hubiera control sustancial sobre el precio y la producción—monopolio, oligopolio fuerte, o una industria líder en precios— y si los costos agregados variaran ya sea con la producción o con el uso de un recurso particular en la producción, parte de la pérdida podría ser trasladada hacia los consumidores o de regreso a los propietarios de recursos propensos a accidentes. La transferencia hacia adelante, sin embargo, no sería probablemente tan completa como en las industrias competitivas. Un monopolio completo normalmente fija sus precios a un nivel lo suficientemente alto como para que cualquier alza posterior en los precios dé como resultado una pérdida de ventas sustancial. Un oligopolio fuerte puede que no alcance el mejor precio monopólico, pero es improbable que se aleje mucho de éste. Así, cualquier subida de precios propuesta debido al gravamen de los costos de accidente ya sea en el monopo-

lio o en el oligopolio, probablemente causaría una reducción en las ventas, y por lo tanto ocasionaría tan sólo una leve transferencia de la carga de costos. Por supuesto, la reducción en las ventas de la industria sería aminorada en el nivel en que las industrias competitivas con productos sustitutos también subirían sus precios debido a los costos de accidentes⁽⁶⁴⁾. Pero la industria con altos costos por accidentes probablemente encontraría gran dificultad para trasladar al consumidor cualquier parte del diferencial entre sus costos de accidentes y aquellos en las industrias competidoras. Además, lo que no puede ser trasladado ni hacia adelante ni hacia atrás, usualmente no podrá ser trasladado nunca. Ya que las firmas en las industrias monopolísticas obtienen más ganancias que en cualquier otro lugar, el hecho de que las ganancias se redujeran debido a los costos agregados y no trasladados, normalmente no será suficiente para forzar la salida de empresas de la industria. Y la reducción en las ganancias serían así, permanentes⁽⁶⁵⁾.

En las industrias en que los cambios en los precios son difíciles, como en el caso de oligopolios débiles, se daría una distribución de pérdidas aún menor. Es evidente que a menos que una industria pudiera cambiar sus precios o su nivel de producción, no ocurriría ninguna transferencia de costos⁽⁶⁶⁾. ¿Pero qué tan probable es que una industria no sea capaz de cambiar sus precios o su producción?. No es muy probable que esto se dé por mucho tiempo. Y mientras más grande sea la carga de costos impuesta, más probable es que la firma se arriesgue y suba sus precios, esperando que las otras firmas la seguirán. En realidad un alza de costos bien avisada podría incluso ser una excusa para una muy esperada alza general de precios a lo largo de la industria. Y, por supuesto, si se lograra un alza de precios la situación no sería muy

(63) Desde el punto de vista de la asignación de recursos ésto sería, por supuesto, algo positivo. Pero la concentración de pérdidas en los trabajadores en éstas empresas y en aquellos en quienes invirtieron en ellas puede, de un modo u otro, ofender las nociones de distribución del riesgo.

(64) Puede llamarle la atención al lector que se hable de industrias monopolísticas compitiendo con otras industrias o, para usar un término empleado antes en este artículo, produciendo sustitutos para los productos de otra industria. El concepto puede ser más fácilmente entendido si uno se imagina una industria que a ciertos precios tiene relativamente pocos sustitutos. Como la industria tiene pocos ofertantes, el precio que se establece está muy cerrado al que aparece en una atmósfera de competencia sustancial. Cualquier aumento de precios adicional en la industria monopolística puede ocasionar una caída sustancial en las ventas. Aún así la industria es monopolística en cuanto produce menos y a un precio más alto que como lo haría en un mercado de libre competencia. Lerner, "Monopoly and The Measurement of Monopoly Power", Review of Economic Studies, vol. 2, p. 157 (1934); United States vs. Du Pont, 351 U.S. 377, 414 (1956) (incluyendo el voto en discordia) (indicando que un mercado con éstas características está lejos de ser una ficción).

(65) Si el costo de los accidentes fuese lo suficientemente alto, incluso un monopolio encontrará que sus utilidades son consumidas y podrá decidir no seguir produciendo. Esto es más probable en un oligopolio donde uno de los productores tiene costos sustancialmente más altos que los de sus competidores. Este productor puede incluso ser forzado fuera del mercado por el incremento de costos que difícilmente presiona a sus más eficientes co-oligopolistas. De manera similar puede suceder que una industria esencialmente monopolista tenga, a su lado, unos pocos productores pequeños. Estos pueden ser tolerados porque no son importantes o por miedo a la acción del gobierno si son sacados del mercado. Si estos pequeños productores son tan eficientes como las empresas que dominan la industria, la carga del costo de los accidentes probablemente no los afectaría. Si por el contrario se tratan de empresas con altos costos, puede surgir la situación en la que cobrar el costo de los accidentes en la industria las destruirá, con la concentración de pérdidas que está implícita. Tal resultado ocasionaría también el fortalecimiento de la estructura monopolística de la industria.

(66) Un oligopolio, sin embargo, puede ser capaz de trasladar parte de la carga hacia atrás hacia los propietarios de los recursos que utiliza.

distinta a aquella de un oligopolio fuerte⁽⁶⁷⁾. Pero si ningún alza fuera posible, todos los costos agregados permanecerían en las firmas, por lo menos hasta que algún "entendimiento", acerca de que los precios deberían ser variados, fuera alcanzado entre las empresas. No sería factible la salida de la industria pues las ganancias, incluso en los oligopolios débiles, son probablemente suficientes para soportar costos extras. Y en todos los casos, antes de que una firma pasara por eso, lo más probable es que intentaría un alza de precios, un cambio que seguramente sería seguido por todos, si la industria en realidad no estuviera percibiendo ganancias⁽⁶⁸⁾. En general, por lo tanto, una distribución inmediata secundaria de pérdidas sería de alguna manera menos probable en oligopolios débiles que en los fuertes y a largo plazo de pérdidas secundarias, tampoco sería muy probable.

Si los costos asignados fueran fijados en relación a la producción y los recursos usados, entonces no ocurriría ninguna distribución (fuera del conseguida por el propio seguro) en una industria monopolística, ya sea un oligopolio débil o fuerte, o un monopolio completo. Cualquier variación en los precios o en la producción tan sólo reduciría las ganancias, por lo menos si las firmas estuvieran produciendo al precio y producción más rentables antes de que los costos fijos de accidentes les fueran cargados⁽⁶⁹⁾. Esto es porque los costos de los accidentes serían los mismos sin importar la producción; por lo tanto, no habría razón para pensar que una nueva combinación precio-producción sería mejor después que antes de la imposición de costos de accidente⁽⁷¹⁾. Una vez más, si las firmas dejaran la industria como resultado

de los costos agregados no transferidos, los precios subirían; y en el transcurso de tiempo la carga iría a los consumidores. Pero, una vez más, la presencia de beneficios extraordinarios que con inherentes a las industrias monopolísticas, harían la salida poco probable. El hecho de que no se necesita ninguna salida mientras se evita una distribución de pérdidas en el largo plazo, también reduce tanto la oportunidad de cualquier concentración de pérdidas en firmas con altos costos y como la probabilidad de que la industria pase por las dificultades que la transición a la responsabilidad de la Empresa pueda causar en las industrias competitivas⁽⁷²⁾.

Decir, sin embargo, que en un número sustancial de casos algunos o todos los costos colocados en industrias monopolísticas no serían distribuidos hacia adelante a los consumidores o hacia atrás entre los propietarios de los recursos no es poner punto final a la distribución de pérdidas. Las mismas ganancias reducidas, por ejemplo, son a menudo esparcidas –por medio de dividendos reducidos– si los propietarios de las empresas son numerosos. Pero un problema especial surgiría si la empresa cuyas ganancias se reducen fuera de propiedad individual o de una familia. No habríamos acaso despojado a una parte inocente para darle la otra?, y ¿por qué deberíamos hacer esto?⁽⁷³⁾. Una razón podría ser la asignación de recursos. Pero como vimos, esa justificación se ve debilitada, aunque probablemente siga siendo válida, cuando las industrias monopolísticas están involucradas. Tal vez otro esquema para asignar pérdidas, también llamado distribución del riesgo, nos ayudará a comprender por qué no estamos tan interesados con el único

(67) Esto se puede esperar en el caso en el que el precio establecido no es el que maximiza la utilidad y no puede ser cambiado por el miedo que otras empresas sigan el mismo comportamiento. En este caso la aparición de un bien anunciado incremento de costos puede ser usado por las empresas como una excusa para alterar sus precios no como para reflejar el nuevo costo, pero como para alcanzar el precio que maximiza su utilidad. Uno puede incluso concebir una situación donde el precio que se ha establecido sea tan deseable que el costo agregado, a través de darle a las empresas en la industria una excusa para llevar a cabo el cambio, incremente antes que reduzca las utilidades. Nota 37, supra.

(68) Ver nota 39, supra respecto a estos "quasi-acuerdos" en el oligopolio.

(69) Nuevamente, una sola empresa con altos costos en un oligopolio relativamente saludable puede encontrar que un intento de elevar los precios por su parte no sea seguida por las empresas. Esa firma podría ser forzada a salir del mercado.

(70) Nuevamente, en un oligopolio débil el incremento en el costo puede ser una excusa para dejar un precio considerado indeseable previamente; mayores beneficios podrían resultar de tal cambio. Nota 67 supra.

(71) Y determinar el precio por costo agregado podría no ayudar. ver nota 58, supra.

(72) Este artículo no trata en ninguna parte el problema de las

industrias sometidas a regulación estatal. La extensión de la distribución del riesgo y la importancia de la asignación de los recursos en esas industrias dependerá en gran parte de la naturaleza de la intervención a la que estén sujetas y el grado de competencia entre ellas y otras industrias. Postulados generales difíciles de formular. Sin embargo, como una regla muy general, uno podría esperar que los precios y los niveles de producción en las industrias reguladas se acercaran más a los que se den en competencia que en monopolio, y que el análisis de la distribución del riesgo y la asignación de recursos de empresas competitivas podría ser un buen punto de partida, excepto, claro está, que la salida de la industria o el abandono de servicios previamente prestados puede ser difícil.

(73) Uno puede incluso imaginarse una situación de alguna manera fantástica en la que la responsabilidad de la empresa concentraría pérdidas. Asumamos que una industria está formada por una sola empresa de propiedad de un hombre. Su compañía sufre 20 accidentes sin culpa promedio en un año. Un sistema subjetivo cargaría a los 20 trabajadores heridos y sus familias con el costo de estos accidentes. La responsabilidad de la empresa podría, vamos a asumirlo, trasladar a los consumidores o de nuevo a los trabajadores el costo de 10 de los accidentes. El resto quedará en el propietario, el soportaría 10 veces las pérdidas que cualquier trabajador soportaba antes. Si esto fuese deseable, es difícil argumentar que es distribución del riesgo.

propietario en una industria monopolística, que es incapaz de trasladar la carga de los costos de los accidentes que son colocados en su empresa.

LA JUSTIFICACION DE LA BUENA BOLSA (o "DEEP POCKET")

EL SENTIDO ECONOMICO Y EL SENTIDO POLITICO

En un cierto momento un cuantioso grupo de economistas sintió que era menos doloroso para un rico, que para un pobre, perder un dólar, y que por lo tanto, trasladar las pérdidas de los pobres a los ricos, era bueno en sí. Como se puede advertir, esta "teoría económica de la utilidad marginal decreciente del dinero", se halla generalmente desvirtuada⁽⁷⁴⁾. Por lo tanto, no basta por sí sola para respaldar la noción de: que donde la responsabilidad de la Empresa deje las pérdidas sin distribuir, se justifica si es que las coloca sobre los ricos antes que sobre los pobres. Sin embargo, se puede encontrar algún sustento para la responsabilidad de la Empresa en estos casos, en términos de "los objetivos de la distribución de pérdidas" –el evitar pérdidas secundarias económicas y sociales en vez de en el hecho de la propia distribución. Pues mientras la incapacidad de un monopolista para trasladar pérdidas, le va a causar utilidades reducidas y un bienestar social menor, es improbable que se den efectos económicos secundarios. Esto se debe a que una vez que se ha efectuado el paso a la responsabilidad de la Empresa, los costos de accidente no serán transferidos sólo si la industria produce más que cualquier otra, negándose así la posibilidad de que ocurran efectos económicos secundarios.

Además, a pesar de que esta teoría económica no se cumple, estamos acostumbrados como ciudadanos a este criterio. Pese a que los economistas no aceptan que para un millonario los últimos US\$ 1,000 le importa menos que a un pobre, el Departamento de Recaudación Fiscal, trabaja en este sentido. Se puede construir un argumento para permitir que nuestro

sistema de asignación de pérdidas trabaje a la par con el código tributario; y como Robin Hood, despojar a los ricos, de manera general, para darle a los pobres, poco más o menos. Esto podría ser realizado mediante un programa gubernamental contra accidentes financiado con impuestos progresivos o mediante un sistema de responsabilidad que tendería a gravar los accidentes en las clases altas en vez de las pobres⁽⁷⁵⁾. La responsabilidad de la empresa parecería poder hacer esto, por lo menos si no hubieran problemas de empresas en mal estado y dificultades en el paso a la responsabilidad sin culpa. No es necesario decir que la posición que uno adopte va a depender de si uno está de acuerdo o no con la elección de los votantes en favor de los impuestos graduales. E incluso si uno lo está, uno podría aún preguntarse si es que no sería más justo, y más honesto, hacer un poco la labor de Robin Hood abiertamente a través del seguro social y los impuestos. Estos sistemas parecen más factibles a funcionar justa y consistentemente, que un sistema fortuito de responsabilidad de la Empresa; y hacer pagar a los que los ciudadanos deciden para que paguen.

IMPUESTOS AL MONOPOLIO

Un aspecto adicional de la teoría de la responsabilidad de la Empresa puede otorgar a ese método ciertas ventajas sobre el seguro social financiado con el impuesto a los relativamente ricos⁽⁷⁶⁾. Una vez que los ajustes iniciales, y tal vez perjudiciales, fueron hechos, y desaparecieron las largas barreras a las salidas de una industria⁽⁷⁷⁾, el único caso importante en que la carga de la pérdida, debida a la responsabilidad de la Empresa, no podría ser trasladada del primer afectado, hacia el resto, sería el caso de las industrias con beneficios monopolísticos⁽⁷⁸⁾. Un impuesto cuya recaudación fuera utilizada para pagar perjuicios por accidentes, y cuya incidencia fuera distribuida ya sea ampliamente o puesta sobre los beneficios de los monopolios, puede ser apoyado y defendido⁽⁷⁹⁾. En realidad, en vista de nuestra política anti-monopólica,

(74) Ver nota 50, supra.

(75) Comparar Morris, "Torts" pp. 248-249 (1953).

(76) Un sistema como éste tendría obviamente un importante efecto en la asignación de recursos independientemente de cualquier ventaja dentro de la teoría de la "buena bolsa".

(77) Barreras permanentes para la salida no pueden existir. Tarde o temprano la gente saldrá del negocio o simplemente dejará de entrar en el mismo hasta llegar a que desaparezca. Esto no quiere decir que no pueda haber pasado un buen tiempo hasta que esto suceda.

(78) Lamentablemente, otra área en la que las cargas de las pérdidas

no pueden ser distribuidas es en el de las industrias en rápido crecimiento. En este caso también se pueden obtener utilidades "extra". Y es bastante más difícil ver un impuesto a las industrias en crecimiento como deseable.

(79) Por supuesto los propietarios de la compañía al momento en que la carga es impuesta pueden no ser los mismos que al momento que se organizó el monopolio y se repartieron las utilidades extras. Como consecuencia, el impuesto debería de justificarse sobre el negocio monopolístico antes que como un mecanismo para reducir las utilidades extras del monopolista "rico".

expresada en mucha de nuestra legislación, alguien puede pensar que este impuesto a las ganancias del monopolio sería la mejor manera de pagar los costos no esparcidos de accidentes, mejor inclusive que un sistema amplio de seguro social. Si uno encuentra este argumento, esencialmente político, atractivo, entonces uno tiene una razón importante para apoyar un esquema de la responsabilidad de la Empresa sobre la asignación de pérdidas en un área donde la justificación de "distribución de pérdidas" es débil, e incluso donde su respaldo de "asignación de recursos" no es tan fuerte como en otros casos⁽⁸⁰⁾.

ALGUNAS OBSERVACIONES GENERALES

Al final de este análisis, un tanto largo, debemos también considerar algunas de las consecuencias de las diferentes justificaciones para una distribución de pérdidas sin culpa y algunos resultados inconsistentes que éstas teorías parecerían implicar. Posiblemente las inconsistencias más dramáticas se dan entre algunos de los requerimientos de la justificación de asignación de recursos y la justificación de la distribución de pérdidas. Un buen ejemplo es el tratamiento de las pérdidas que definitivamente son causadas por las empresas, pero que éstas no pudieron prever y contra las cuales probablemente no se aseguraron. De no ser éstas cubiertas por un programa estatal de seguro social general, esas pérdidas probablemente no serían cabalmente distribuidas. Quedarían sobre las partes perjudicadas o bien en las empresas que las engendraron. Es debido a esta ausencia de distribución a través de seguros que el Profesor Ehrenzweig sugiere, en su profundo y provocador tratado sobre el tema, que en estas situaciones no debería aplicarse la responsabilidad de la Empresa⁽⁸¹⁾. Pero la justificación de asignación de recursos requeriría que la Empresa sufrague estos costos al igual que los que se pueden prever.

En cuanto a lo que asignación de recursos se refiere, estas pérdidas son parte de los costos de producción de bienes particulares, como lo son algunos riesgos más previsibles. La imprevisión dificulta la inclusión de estos costos en el precio del artículo, pero no la imposibilita. Industrias con cuotas mayores

de pérdidas imprevistas; y por lo tanto que también sobrepasan su cuota de malos años y fracasos, adquieren la reputación de ser riesgosas. Cada vez menos firmas entran en este tipo de industrias y, al pasar el tiempo, rigen precios más altos. Así, el deseado efecto de asignación, es llevado a cabo. Sin embargo, precios altos no implican que esté ocurriendo que los empresarios de tales industrias obtienen mayores utilidades, sujetos al peligro de que alguno de ellos pudiera ser tan gravemente perjudicado que no se recuperara nunca de sus pérdidas, o que pudiera desaparecer, si es que el riesgo se manifestara. En tales casos, pérdidas sociales y económicas secundarias, vendrían después.

Nada de esto ocurrirá si en vez de ser manejados por un sistema de responsabilidad de la empresa, los riesgos de todos los perjuicios estuvieran cubiertos por un programa general estatal de accidentes. Pero tampoco se reflejarían estas pérdidas en los precios, bajo un esquema como este. Los defensores de la responsabilidad de la Empresa en la asignación de recursos, argüirían además que a pesar de que esas pérdidas secundarias parecen severas, son necesarias para cualquier sistema de libre empresa. Los empresarios siempre toman riesgos "no asegurables" – en realidad, el peligro de entrar al negocio, que muchos economistas dicen que es la propia fuente de las "ganancias", distinguidas de los pagos por trabajo y por el capital, es justamente un riesgo⁽⁸²⁾. Y los defensores de la responsabilidad de la Empresa dirían que ésta es sólo la manera de asignar pérdidas de la "libre empresa", en contra de los planes colectivistas de seguridad social.

Desde luego, es cierto que finalmente la responsabilidad de la Empresa debe ser primordialmente sustentada por un argumento de la libre empresa. Aunque como sistema de distribución de pérdidas, la responsabilidad de la Empresa tiene algunos méritos, continúa siendo relativamente ineficiente. En primer lugar, no estamos preparados para cargar a las empresas con pérdidas que no son fácilmente asignables a una actividad específica. Y por supuesto, existen muchas pérdidas de este tipo. Si la distribución de riesgos es realmente importante, éstas pérdidas generales de supervivencia requerirán algún tipo de seguro social. La responsabilidad de la Empresa puede ser igualmente ineficiente donde el costo de recaudar las pérdidas de la empresa es alto – ya sea en términos de

(80) Por las razones dadas en las notas 78-79 supra, y también porque me gustaría ver el sistema a lo Robin Hood actuando de una manera más abierta, no encuentro la noción de un impuesto sobre el monopolio muy convincente en términos políticos. Pero pienso que una combinación de distribución de pérdidas en algunas áreas y asignación de recursos en la mayoría, es una justificación adecuada para la

responsabilidad de la empresa distinta de la noción de impuesto al monopolio.

(81) Ehrenzweig "Negligence Without Fault" pp. 58, 60, 66, 72-73 (1951); ver nota, University of Chicago Law Review, vol. 8, pp. 729, 736 (1941).

(82) Knight "Profit" en American Economics Association, Readings in the Theory of Income Distribution. pp. 539-541 (1946).

gastos en la corte o en los honorarios de los abogados. (En tales casos tampoco habrá una justificación de asignación de recursos para colocar estas pérdidas en cualquier actividad. En realidad esta distribución iría en sentido contrario. Una mayor mala asignación es causada al incurrir en costos innecesarios por tratar de asignar la pérdida, en vez de dejarla donde esta cae y permitir que los costos reales se ajusten en el precio del producto involucrado). En el mejor de los casos, pues, si la distribución de riesgos es considerada crucial, la responsabilidad de la Empresa sólo cubriría una parte de la tarea; la otra debería ser completada por algún tipo de seguridad social.

En segundo lugar, inclusive cuando la responsabilidad de la Empresa desempeña su rol, con seguridad sería un distribuidor de riesgos menos efectivo, que un plan de seguridad social. Hemos visto que el peligro de formar empresas débiles y la posibilidad de deshacerse de los pequeños competidores –al menos durante el período de transición al sistema de responsabilidad de empresa– indican que puedan ocurrir efectos económicos secundarios y sociales de carácter perjudicial con este sistema de responsabilidad de la Empresa, pudiendo ser evitados con un seguro social general. Esto no implica que se logre una mala distribución de pérdidas en el caso de responsabilidad de empresa, sino que se lograría uno mejor con el sistema de seguro social.

De manera similar, desde el punto de vista de la justificación de la "buena pro", sería preferible un seguro social antes que la responsabilidad de la Empresa. A decir verdad, en el largo plazo la responsabilidad de la Empresa representa una amplia distribución de pérdidas o un impuesto al monopolio. Pero no grava a todos los monopolios por igual, ni a los adinerados que no son monopolistas. El sistema tributario, con todos sus defectos, es más elaborado en lo que se refiere a quitar a los ricos y dar a los pobres, de lo que jamás podría ser la responsabilidad de la Empresa. Por todo, para muchos autores interesados en la distribución de riesgos o la "buena bolsa", la responsabilidad de la Empresa es, en el mejor de los casos, "una casa en la mitad del camino del seguro social"⁽⁸³⁾.

Se podría discutir esta posición haciendo preguntas acerca de los costos reales de mantener un programa de seguro social, y sugiriendo que en virtud de dichos costos, la responsabilidad de la Empresa hace lo que hace al esparcir riesgos, a un precio bastante bajo. O podemos reformular preguntas acerca de la desincentivación de accidentes, o regresar a algunas de las otras justificaciones para la responsa-

bilidad por culpa, y ver si es que no forman alguna justificación en defensa de la responsabilidad de la Empresa comparada con el seguro social. Pero la primera de estas aseveraciones no está sujeta a demostración, y la segunda, aunque potencialmente fructífera, está en realidad fuera del alcance de este artículo, ya que involucraría una discusión minuciosa sobre el rol que cumple la culpa en nuestro sistema de asignación de pérdidas.

Sobre la base de lo discutido en este artículo, la responsabilidad de la Empresa es superior al seguro social pues promueve una adecuada asignación de recursos. Y la importancia de la asignación de recursos aumenta y nos lleva a valorizar la libre empresa⁽⁸⁴⁾. Por lo tanto, mientras nuestra sociedad mantenga el ideal de la libre empresa, la responsabilidad de la Empresa no va a poder ser relegada al rol de una simple medida intermedia en el camino hacia la seguridad social.

La razón por la cual la justificación de asignación de recursos va unida al concepto de libre empresa (un sistema de alternativas de producción basado en decisiones individuales para comprar), es que es un sistema que refleja todos los costos en el precio de los bienes, inclusive los costos de los accidentes. Mientras más nos desviamos de este sistema, – más creemos que las personas no saben qué es mejor para ellas– más es lo que minamos las bases de la responsabilidad de la Empresa, es decir la teoría de la asignación de recursos. No hay duda que en los últimos años se ha sembrado en nuestra sociedad una creciente incertidumbre acerca de los valores de un sistema de alternativas basado en precios libres. En diversos sectores se ha dicho que la gente no aprecia la importancia de ciertos productos básicos, para ellos y para la sociedad, y que por lo tanto estos deberían serles suministrados quieran o no. Los gastos de salud y de vivienda, son tan sólo dos ejemplos. Hasta cierto punto, el subsidio en esta área es un reconocimiento de la teoría de asignación de recursos. El argumento para subsidiar la vivienda, por ejemplo, es en parte el correlativo del argumento de la responsabilidad de la empresa: el precio debe contener los beneficios y costos ocultos. Se debe subsidiar la vivienda pues las personas deben darse cuenta de que si existen buenas viviendas, muchos de los costos (de protección policial y el peligro de incendios, por ejemplo) se reducen.

Pero la tendencia a subsidiar no pueden explicarse completamente por la teoría de la asignación de recursos, pues está parcialmente en conflictos con esta teoría. Pues el subsidio, parece indicar que las personas no

(83) Ver, por ejemplo, Harper y James, 2, pp. 1370-1379 (y los casos y doctrina allí citados).

(84) Para una discusión sobre la no despreciable potencialidad inherente de la justificación de asignación de recursos para prevenir accidentes, ver nota 88 infra.

saben cómo deben distribuir sus gastos, "por su propio bien", en, por ejemplo vivienda y salud comparados con otros bienes como televisores⁽⁸⁵⁾. En este punto, la justificación de la asignación de recursos se ve debilitada. Si debido a la publicidad, por ejemplo, la gente adquiere carros o televisores que en "realidad" no desean, y si no están satisfechos con lo adquirido entonces, tal vez, debería abandonarse el concepto de que la propia gente sabe mejor que nadie qué es lo que le conviene. Quizás debería haber alguna agencia central que controlara la producción de carros, televisores, "widgets", tal y como sucede en tiempo de guerra, cuando los deseos individuales están sujetos a la necesidad colectiva cuando en efecto coincidimos que las elecciones individuales de compra no reflejarían lo que es verdaderamente bueno para los consumidores.

A pesar del debilitamiento de algunos de los postulados de la libre empresa, aún se puede decir que estamos aferrados al sistema de precios y a la libertad de elección individual de precios como bases correctas para la determinación de lo que se debe producir. La mayoría de bienes todavía se producen en respuesta a la elección individual y no en función de un mandato ejecutivo. En realidad las dificultades de determinar las elecciones de producción de cualquier otra manera, son tales que incluso algunos autores socialistas han buscado adaptar el sistema de precios como un medio para determinar la elección del público⁽⁸⁶⁾. Por otro lado, si nos salimos del ámbito de las decisiones adquisitivas de los consumidores (donde el fenómeno de la propaganda puede sembrar dudas acerca de qué tan bien saben las personas lo que realmente quieren) y entramos al de la adquisición de los productores, se acentúa la validez de un sistema de libre elección. La decisión de una empresa para utilizar acero o aluminio para hacer "widgets", está en función de los costos relativos, exista o no propagan-

da. Si uno de estos metales causa más accidentes que el otro, la empresa debería, de una u otra forma, conocer la diferencia del costo real al momento de elegir. Y la mejor manera de hacer que la empresa note esto es cargándole a la empresa que use un metal, los costos de accidentes causados por el mismo⁽⁸⁷⁾. Igualmente, si los costos de accidente varían no sólo de industria a industria, sino entre las empresas dentro de una industria, y si la diferencia es lo suficientemente importante para que se refleje en las distintas primas de seguro cargadas a cada firma, existen todas las razones para colocar estos costos de accidentes en cada una. Así, el producto de la empresa más eficiente con costos bajos, se vería favorecido, permitiendo a esa firma expandirse a expensas de su competidor no culpable, pero con mayor tendencia a accidentes⁽⁸⁸⁾.

¿Acaso no hemos probado demasiado?. ¿Si los costos ocultos deben ser parte de los precios para asegurar que los consumidores compren con conocimiento implicado, no deberían entonces ser incluidos todos los otros costos ocultos?; ¿por qué quedarnos en estos costos por "daños y perjuicios" cuando hay otros costos como la congestión de tráfico, la contaminación del agua, y el agotamiento de recursos?⁽⁸⁹⁾. La respuesta, me imagino, es que mientras en teoría debemos tomar en cuenta todo esto, tal vez no valga la pena en la práctica. El costo de determinar y asignar estos otros costos puede ser demasiado grande, y, como se ha dicho antes, si ese costo es tan grande, una peor asignación mayor resultaría al tratar de incluirlo dentro del precio, a que si se permitiera que los costos originalmente ocultos permanecieran así.

Así, los costos por "daños y perjuicios" son sustancialmente diferentes de la mayoría de los otros costos ocultos. Nuestra sociedad es tan organizada que mucho del gastos involucrado para evaluar y fijar los costos por "daños y perjuicios" tiende a ser sufra-

(85) De alguna manera, sin embargo, los subsidios son meramente la otra cara de la tributación como un mecanismo de distribución de ingreso. Así, el dinero debe ser utilizado para vivienda porque básicamente los que se beneficiarían de esto son gente pobre que quienes pagan por esto (a través de los impuestos) son ricos. Y, en consecuencia, el ingreso es redistribuido. Pero mientras este elemento explica los subsidios, esto no explica qué tipo de subsidios tenemos. ¿Por qué debería una persona —que admitimos es pobre— recibir un subsidio sólo si decide vivir en una casa decente, en lugar de darle la parte del dinero que le corresponde y dejarla a ella elegir cuándo quiere gastar este dinero en vivienda o en la bebida?. La respuesta nos regresa al inicio —sea porque existen ahorros escondidos en la sociedad, no reflejados en el costo de la vivienda, de tener a las personas viviendo decentemente, o por que sentimos, como sociedad, que sabemos mejor que los individuos involucrados que estarán mejor en una buena vivienda que en una cantina. En cualquiera de estos casos nosotros debemos, incluso en la práctica ofrecerles un subsidio en términos de vivienda más barata y no efectivo como ellos quisieran.

(86) Lange y Taylor, "On the Theory of Socialism" pp. 57-142 (1952).

(87) Entonces, en el grado en que nosotros estemos preocupados

con cómo las cosas son producidas, en contraposición con que es producido, la justificación de la asignación de recursos se aplicaría igual a la Unión Soviética que a los Estados Unidos.

(88) Es en ésta área de "como" los bienes son producidos y "por quien" que uno ve de más cerca la potencialidad de prevenir los accidentes inherente a la asignación de recursos. A través de forzar al productor, en base al costo que asume, a usar los recursos con un menor costo de accidentes, éstos son reducidos. A través de forzar al consumidor, en base a los precios los enfrenta, a comprar de la empresa con menos índice de accidentes, se reducen los accidentes. E incluso si uno discute "que" debe producirse, la misma potencialidad es puesta de manifiesto. De nuevo, sobre la base de los precios los consumidores, en un sistema de responsabilidad de la empresa, se ven forzados a comprar aquellos productos con un menor índice de accidentes. Todo esto nos indica que el bien que es más barato en términos de acero o costo laboral, pero que es más caro en término del costo de los accidentes, pierde su ventaja una vez que el costo de los accidentes es incorporado al precio.

(89) Ver, de manera general, Kapp "The Social Cost of Private Enterprise" (1950).

gado incluso sin la responsabilidad de la Empresa. Bajo un sistema de culpa las personas están siempre listas para probar la culpa, y el costo de intentarlo, no difiere mucho si es que prueban la responsabilidad o no. Nuestro creciente interés en la distribución de pérdidas, ha generado además un creciente número de pérdidas sin culpa a las que se les asigna un valor monetario y también se les asigna a una de las partes involucradas. Una vez hecho esto, no existe razón financiera alguna para no asignar la pérdida de una manera que fomente una apropiada asignación de recursos.

Por tanto, los costos por "*daños y perjuicios*" deberían ser sufragados por la actividad que los causa, incluso si los otros costos ocultos no pueden ser asignados, y por más que otros métodos de asignación de recursos hagan una mejor labor en la distribución de pérdidas. Todavía no hemos abandonado la estructura económica básica que requiere que los precios de los bienes reflejen todos los costos que están vinculados en su producción o utilización. A lo mucho hemos combinado nuestro interés en la eficiente producción de lo que la gente desea con una insistencia creciente sobre otros valores. Entre estos se encuentra el deseo de mitigar el efecto de las pérdidas al distribuir las ampliamente. Es más fácil que permanezca estable un sistema de asignación de pérdidas que realiza un buen trabajo tomando en cuenta cada uno de los valores involucrados, que un sistema que enfatiza solo un conjunto de valores dejando de lado al resto. Debido a que el seguro social no toma en cuenta la asignación de recursos para alcanzar una óptima distribución de pérdidas es difícil concluir que la responsabilidad de la Empresa sea una medida sólo temporal, condenada a ser superada por su más claro y eficiente rival⁽⁹⁰⁾.

Por supuesto, si los costos de administrar la responsabilidad de la Empresa resultan exorbitantes o si los daños ascienden muy por encima de lo calculado, (si en otras palabras, la cantidad cargada a la Empresa se vuelve mayor a la pérdida ocasionada) será difícil darle una oportunidad a la responsabilidad de la Empresa, a partir de la asignación de recursos. Y

podemos buscar una creciente tendencia hacia un sistema de seguridad social. Igualmente, si nos interesamos más por la eliminación de cualquier posibilidad de distorsión económica se siente cada vez mayor desencanto por una producción de conformidad con los aparentes deseos de los consumidores, y por lo tanto el seguro social aumenta su importancia. Pero si estas cosas no ocurren, entonces existen razones para pensar que se debe tratar de combinar una responsabilidad de la Empresa más amplia (en la que se sintetizan los valores de la distribución de riesgos, asignación de pérdidas y la buena bolsa) con programas limitados de seguro social, financiados por impuestos progresivos, para cubrir pérdidas que sean demasiado generales para ser asignadas a una actividad específica o grupo de actividades.

EL CONTEXTO LEGAL

Las teorías anteriormente analizadas tienen una amplia aplicación en muchas áreas del Derecho. Un estudio detallado de siquiera una de las áreas en las que pueden ser importantes, requeriría una explicación demasiado amplia para agregarla a un artículo ya tan extenso como éste. Sin embargo, pueda que valga la pena examinar algunas de las áreas donde estas teorías son relevantes, para poder mostrar de una manera preliminar la utilidad de las teorías al analizar algunos de los problemas legales que se dan en cada área. No haré esfuerzo alguno para relacionar las teorías de responsabilidad objetiva que he discutido, con las teorías subjetivas o con culpa. Tal tarea aunque crucial, es demasiado amplia para cualquier estudio preliminar.

MOLESTIAS POR RAZON DE VECINDAD (NUISANCE)^(*)

Nuestra discusión acerca del perjuicio debe li-

(90) Por supuesto se puede lograr el mismo efecto en asignación de recursos a través de la responsabilidad de la empresa por medio de un sistema de seguro social, si el seguro fuese pagado a través de impuestos especiales que se imponen a cada actividad que cause las pérdidas.

Para que se logre el mismo efecto que la responsabilidad de la empresa, sin embargo, las pérdidas ocasionadas por cada firma y por cada industria tendrían que ser revaluadas frecuentemente y los impuestos especiales ajustados de acuerdo a éstos cálculos. En este punto podríamos empezar a preocuparnos si la responsabilidad de la empresa junto con un seguro privado y quizás público, podría no ser más barato y más manejable administrativamente hablando. Esta posición se reforzaría por el hecho que toda la no querida "*concentración de pérdidas*"

generada por la responsabilidad de la empresa estaría igualmente presente en un sistema de impuestos especiales con seguro social.

(*) **Nota del traductor:** Hemos traducido "*nuisance*" como molestias por razón de vecindad. Esta es una institución en el sistema jurídico anglosajón que hace referencia a situaciones en que el uso de un inmueble externaliza costos y genera molestias a sus vecinos. El caso más común es el de contaminación de industrias sobre sus vecinos, o la generación de ruidos u olores molestos. Una de las medidas que pueden tomarse es conocida como "*inspection*" y consiste, a grandes rasgos, en una orden judicial que prohíbe la continuación de la actividad que genera las molestias. Hemos traducido éste último término como prohibición.

mitarse a actividades con cierta utilidad social. Los otros perjuicios deberían, evidentemente, ser suprimidos; en dichos casos los daños son tan sólo incidentales a la supresión⁽⁹¹⁾, y no son realmente relevantes para los problemas de asignación de recursos o distribución de pérdidas.

La primera pregunta en la jurisprudencia de molestias por razón de vecindad es si acaso el perjuicio alegado debería ser restringido⁽⁹²⁾. Desde la perspectiva moderna la restricción depende del daño que causa la molestia, tomando en cuenta, sin embargo, los beneficios sociales de la actividad que causa la molestia⁽⁹³⁾. Si las cortes aplicaran una teoría de "los economistas" de asignación de recursos, no pasarían por todas estas complicaciones. Cargarían la molestia con los daños que ésta causara y si el causante pudiera pagarlos y todavía permanecer en el negocio, tomarían esto como una indicación de un buen mercado, si los beneficios a ser recibidos por esta actividad fueran lo suficientemente grandes para justificar su existencia. Si no pudiera soportar estos daños y permanecer en el negocio, se conseguiría el mismo efecto que si la molestia fuera restringida. Esto es como decir que si los "widgets" pueden pagar por los accidentes que causan y aún seguir en el mercado, significa que las personas quieren los "widgets" a pesar de que causan accidentes.

Hay, sin embargo, razones prácticas de por qué la teoría de asignación pura no es totalmente adecuada para la discusión de las molestias por razones de vecindad. Cuando el efecto de la molestia se distribuye ampliamente es poco probable que se haga que la compañía que causa el daño responda por todo el daño producido. No siempre todo el que es perjudicado plantea una demanda. Incluso si todas las partes en realidad demandaran, el gasto de tener tantas demandas dispersas podría ser tan grande como para negar cualquier beneficio de asignación de recursos

que pudiera teóricamente ser conseguido con una sola demanda exitosa. Si, entonces, es perfectamente claro que una molestia no cubriría todos los daños que causa, ¿Por qué esperar que mil acciones legales lo prueben?⁽⁹⁴⁾. Incluso sobre la base de la teoría de asignación de recursos podría sostenerse la prohibición de ciertas molestias, que tienen una cierta utilidad social, al menos por razones de conveniencia⁽⁹⁵⁾.

Sin embargo, la asignación de recursos, probablemente no pueda justificar muchos de prohibiciones surgida en los casos de molestias. Tampoco puede encontrarse una justificación general para prohibiciones en la teoría de asignación de recursos. Si una molestia afectara una área relativamente amplia, sería difícil ver cómo restringir esa molestia podría tener un efecto beneficioso para la distribución de pérdidas. En realidad, en la mayoría de los casos, la prohibición parecería producir una cierta concentración de pérdidas y así efectos secundarios poco deseables. Si una molestia afectara tan sólo a un número limitado de personas, (y la distribución del riesgo fuera por tanto indiferente o posiblemente incluso favoreciera la protección de los pocos perjudicados) el simple pago de daños sería adecuado para lograr el resultado deseado con menos riesgos de efectos secundarios eludibles. Sería menos probable que los daños forzaran a una compañía a salir del negocio; así también podrían ser esparcidas a los consumidores a través de cambios en los precios. De todos modos, la teoría de distribución de pérdidas estaría en contra de los requerimientos incluso en estos casos en que la asignación de recursos pudiera justificar una prohibición y pudiera rara vez necesitar de una prohibición cuando las nociones de asignación de recursos pudieran ser opuestas.

Finalmente, me imagino, que este análisis sugiere que mientras todas las distintas teorías de "distri-

(91) Un prostíbulo podría fácilmente pagar por las molestias que causa, y sin embargo no necesariamente se le da la oportunidad de hacerlo; en tales casos las Cortes no están realmente interesadas en la compensación o en la asignación de recursos, sino en la supresión de lo que se considera en sí mismo un mal. Ver de manera general *Tedeschiv vs. Berger*, 150 Ala 649, 43 So. 960 (1907); *Crawford vs. Tyrrell*, 128 N.Y. 341, 28 N.E. 514 (1891); *Marsan vs. French*, 61 tex. 173 (1884).

(92) *Fox vs. Ewers*, 195 md. 650, 75 A 2d. 357 (1950); *Sarraillon vs. Stevenson*, 153 Neb. 182, 43 N.W. 2d. 509 (1950); *Johnson vs. Drysdale*, 66 S.D. 436, 285 N.W. 301 (1939); *Kramer vs. Sweet*, 179 Ore. 324, 169 p. 2d. 892 (1946).

(93) *Monroe Carp Pond Co. vs. River Raisin Paper Co.*; 240 mih. 279, 215 M.W. 325 (1927); *Clifton Iron Co. vs. Dye*, 87 Ala. 468, 6 So. 192 (1889); *De Blois vs. Bowers*, 44 F. 2d. 621 C.D. Mass. 1930; *Paramount Richards Theatres, Inc. vs. lity of Mattiesburg*, 210 Miss. 271, 49 So. 2d. 574 (1950); *East St. Johns Co. vs. City of Portland*, 195 Ore. SOS, 246 p. 2d. 554 (1952); *Rose vs. Socony Vacuum Corp.*; 54 R.I. 411, 173 Atl. 627 (1934). *Comparar Powell vs. Superior Portland Coment, Inc.*, 15 Wash. 2d. 14, 129 p. 2d. 536 (1942) con *Riblet vs. Spchene - Portland Co.*; Wash. 2d. 249, 248 p. 2d. 380 (1952).

(94) Una prohibición podría no poner a una Compañía fuera del negocio. Podría simplemente forzarla a no utilizar determinado proceso o método de producción, y en algunos casos puede llevar a la empresa a descubrir un método mejor. Si los daños causados por el antiguo método son lo suficientemente grandes, el pago de indemnizaciones tendría el mismo efecto. Presumiblemente la empresa comparará el costo probable de desarrollar un nuevo método con el costo de los daños bajo el antiguo, y escogerá pagar el uno o el otro. La Corte puede pensar que un método alternativo de producción debe ser descubierto, pero la empresa involucrada puede o sobreestimar el costo de desarrollarlo o ser demasiado lenta como para tratar de hacerlo, siendo tentada la Corte de prohibir el método antiguo. Este movimiento podría ser justificado en términos económicos si el desarrollo del nuevo método resulta ser menos costoso que los daños causados por el método antiguo. Esto, sin embargo, representaría una evaluación de los costos del negocio por parte de la Corte que por parte de las empresas involucradas. En efecto, esto sería una afirmación por parte del Juez de que él está en mejor posición para decidir que el fabricante de "widgets".

(95) Ver, sin embargo, nota 105, infra sobre el excedente del consumidor.

bución de pérdidas" ciertamente resultan relevantes para el problema de restringir las molestias, otros importantes factores pueden exigir prohibiciones en los casos en que las teorías de distribución de pérdidas no lo hubieran hecho. Así, muchos casos garantizan dichas prohibiciones y la doctrina acerca de que "*la prohibición surgirá si la molestia es voluntaria*"⁽⁹⁶⁾, a pesar de no poder ser explicada en términos de teorías de distribución de pérdidas, pueden ser comprendidos fácilmente usando otros conceptos. Por ejemplo, el concepto de que la propiedad es sagrada y que el derecho de expropiación con indemnización es un derecho que normalmente debería ser dado sólo al estado y no a disposición de algún vecino que quiera fabricar llantas⁽⁹⁷⁾.

Existe la otra cara de la moneda la molestia. Asumiendo que un perjuicio alegado es considerado como no restringible hay acaso justificación para las siguientes nociones: (a) que debe haber un daño substancial para que el demandante alegue una molestia y pueda justificarse algún daño;⁽⁹⁸⁾ (b) que la "*utilidad*" de la empresa que causa el "*daño*" debe ser sopesada al decidir si existe alguna molestia—incluso si se trata de un problema de pago de daños y no de prohibición, (c) los daños, cuando adjudicados, deberían generalmente ser pagados en forma de una cantidad global.

El que se exija un daño substancial se haya, por supuesto, justificando en términos de distribución de pérdidas. Si los costos de una molestia casi no se distribuyen, por hipótesis se lograría una excelente distribución de pérdidas y los efectos secundarios son mucho menos probables que cuando se requiere a una firma pagar los daños. Un "*daño substancial*" también se justifica mediante la teoría de asignación de recursos debido al alto costo de la justicia: una vez más es cierto

que una teoría pura requeriría incluso que los costos más ligeros fueran cargados a una firma. Pero si el costo de requerir pagos por daños pequeños fuera más grande que los beneficios que la estricta asignación de recursos traería, no habría razón en forzar tales pagos⁽¹⁰⁰⁾. En cualquier caso, cuando peores asignaciones substanciales de recursos ocurren en nuestra sociedad, el tiempo de la corte sería mejor empleado en hacer mejoras más grandes, que mal gastado en las pequeñas. Por supuesto que si una empresa causara gran cantidad de perjuicios menores, la mala asignación agregada podría ser sustancial, a pesar de que no valdría la pena preocuparse por algún reclamo singular por daños. En este caso sería difícil decidir qué pueden hacer las Cortes para mejorar la asignación de recursos, salvo que el daño fuera lo suficientemente grande como para justificar una prohibición judicial. Una mejor solución podría ser impuestos especiales a la empresa o a su producto.

Resulta un poco más difícil encontrar una justificación para evaluar la utilidad social de una actividad antes de determinar si es que debería pagar los daños en aquellos casos en que el daño causado fuera sustancial. Uno podría preguntarse también por qué ésta tendría que ser la función de las Cortes, asumiendo que una decisión en contra de una prohibición ya hubiese sido tomada. Bajo la aproximación de la asignación de recursos, si una actividad causara perjuicio el costo de ese perjuicio debería ser considerado como parte del precio de los bienes que esa actividad produce. Y si el producto fuera solamente lo suficientemente útil podría resultar un éxito aún teniendo que soportar los costos del perjuicio. Si no fuera así, habría un indicativo del mercado de que no fue lo suficientemente útil para que valga la pena producirlo. Por supuesto, cuando el criterio de la "*utilidad*

(96) Comparar *Racchich vs. Mastrovich*, G.S. S.D. 321, 273 N.W. 660 (1937), con *White vs. Bernhart*, 41 Idaho, 665, 241 Pac. 367 (1925). Ver discusión en Ames "*How far on Act may be a Tort because of the wrongful motive of the Actor*", *Harvard Law Review*, vol. 18, p. 441 (1905); *Drukker, "Spite Fences and Spite Wells: Relevancy of motive in the Relations of adjoining Landowners"*, *California Law Review* vol. 26, p. 691 (1938). Ver también Prosser, "*Torts*" p. 413, n. 49 (2da. ed. 1955) (Colección de casos); Harper y James 1, Sección 1.26, Nota, *Virginia Law Review*, vol. 11, p. 122 (1924); Nota *Wyoming Law Journal*, vol. 9, p. 74 (1954).

(97) *Cumberland Torpedo Co. vs. Gaines*, 201 Ky. 88, 255 S.W. 1046 (1923); *Helms vs. Eastern Kansas O.I. Co.*; 102 Kam. 164, 169 Pac. 208 (1917); *Kennedy vs. Frechette*, 45 R.I. 399, 123 Atl. 146 (1924); *Krocker vs. Westmoreland Planing Mill Co.*, 274 Pa. 143, 17 Atl. 669 (1922); *Sanaillon vs. Stevenson*, 153 Neb. 182, 43 N.W. 2d. 509 (1950); *Jack vs. Tarrant*, 136 Conn. 414, 71 a. 2d. 705 (1950); *Cities Service Oil Co. vs. Roberts*, 62 F. 2d. 579 (10th. Cir. 1933); *Brebe vs. Minnesota Crushed Stone Co.*, 143 Minn. 374, 173 N.W. 805 (1919). Por otro lado, si el vecino viene desarrollando una función de gran utilidad social, o tiene un contacto con el gobierno, podría estar facultado a expropiar previo pago de la compensación correspondiente. Esta puede ser una analogía burda con el requerimiento de

utilidad pública para la expropiación por el Estado, o incluso conceder los beneficios expropiatorios del Estado a ciertas industrias como por ejemplo los ferrocarriles. El no conceder compensaciones por molestias por razón de vecindad en algunos casos de importante utilidad pública o de actividades íntimamente vinculadas con el Gobierno, sin embargo, son más difíciles de explicar en términos de la analogía con las facultades de expropiación del estado. Ver notas 99, 103 infra.

(98) *Maddox vs. International Paper Co.* 47 F. Supp 829 (W.D. Ld. 1942); *Kepler vs. Industrial Disposal Co.* 84 Ohio App. 80, 85 N.E. 2d. 308 (1948); *Rhodes vs. Dunbar*, 57 Pd. 274 (1868); *Hampton vs. North Carolina Pulp Co.*, 223 N.C. vs. *Heatwole*, 126 W. Va. 888, 30 S.E. 2d. 537 (1944).

(99) *de Blois vs. Bowers*, 44 F. 2d. 621 (D. Mass. 1930), *Michigan Law Review*, vol. 29, p. 760 (1931); ver nota 86 supra (casos citados) ver también Harper y James, 1, sección 1. 30.

(100) Así, si el sistema general de responsabilidad objetiva por accidentes de tránsito se estableciera alguna vez, parece razonable suponer que los daños menores a cierta suma sea US\$50, US\$100, o más realmente no importa—serían excluidos del programa. El costo de manejar pretensiones tan pequeñas no justifica el logro de las ventajas en términos de asignación de recursos y carecerían de sustento en términos de distribución del riesgo. Ver, de manera general, nota 121, infra.

relativa” se expresa como “la ley” no se aplica para nada en la decisión de si deben pagarse los daños o no. Así, las Cortes a veces dicen que la utilidad de una empresa no es suficientemente grande para excluir una prohibición, pero que si los perjuicios son pagados, no surgiría ninguna prohibición⁽¹⁰¹⁾. Este lenguaje puede también ocultar una tendencia a causar daños, sin prohibición, solución habitual de los casos en que existe perjuicio, cualquiera sea la utilidad real de la actividad⁽¹⁰²⁾.

Por otro lado, hay claros casos en los que no se cubren los daños obvios, y la única razón para esto es que la utilidad de la empresa es muy grande⁽¹⁰³⁾. Esta concepción es un rezago del siglo XIX donde la responsabilidad por “culpa” se justifica en términos de “utilidad” de la industria en general; el lenguaje puede haber expresado también un sentimiento oculto de que el subsidio a un industria era de alguna manera socialmente deseable⁽¹⁰⁴⁾. Tal vez, un razonamiento similar justifica la inmunidad de algunas actividades altamente útiles ante los reclamos por daños⁽¹⁰⁵⁾. Pero incluso asumiendo que lo hiciera, lo cual es dudoso, la pregunta de por qué los vecinos perjudicados deberían subsidiar una actividad. Si se necesita un subsidio, ¿por qué no obtenerlo de los impuestos?. Por supuesto, nuestro sentir acerca de quién debe pagar el subsidio cuando se trata de una molestia, es menos fuerte que en el caso de accidentes industriales del siglo XIX, pues es probable que los perjuicios se distribuyan razonablemente. Esto sucede especialmente desde que las Cortes no consignan definir los daños

sino sólo después de haber contrastado el tamaño del perjuicio frente a la utilidad social de una actividad⁽¹⁰⁶⁾. En realidad, es tal vez en la teoría de la distribución de pérdidas que uno puede encontrar la mejor justificación para la doctrina del no daño. A menos que los perjuicios hacia un individuo fueran extremadamente grandes, las cortes podrían dudar en cargar a una empresa importante con el costo de daños graves. Los daños podrían ocasionar un desbarajuste en la industria, o tal vez incluso hacerla cerrar, con consecuencias secundarias desastrosas⁽¹⁰⁷⁾. Tal alcance tan sólo reflejaría la idea de que a pesar que la asignación de recursos pudiera requerir cerrar una firma, los desórdenes sobrevivientes serían demasiado grandes como para justificar el cambio. Mi propia tendencia, sin embargo, es que todavía hay muchos casos en los que no existe una verdadera razón para no cargar a una empresa con los perjuicios por molestias a pesar de que la Empresa sea muy útil socialmente hablando—casos en que el efecto de cargar estos costos no significarían un desastre para la industria, sino tan sólo precios más altos en el largo plazo.

La preferencia por daños cubiertos por una “cantidad global”⁽¹⁰⁸⁾ frente a aquellos “ocasionales”⁽¹⁰⁹⁾ en los casos en que los perjuicios por molestias fueran amplios para la industria, dependerá totalmente de la estructura de la industria relacionada y de la estructura de las industrias competitivas. Los daños de cantidad global, debe recordarse, son fijos y no varían con la producción, mientras que los daños “ocasionales”

(101) Spaulding vs. Cameron, 38 Cal. 2d. 265, 239. P. 2d. 625 (1952).

(102) Kentucky W. Vd. Gas. Co. vs. Lafferty, 174 F. 2d. 848 (6th. Cir. 1949); Central Georgia Power Co. vs. Pope, 141 Ga. 186, 80 S.E. 642 (1913); Town of Bragg vs. Slape, 207 Okld. 420, 250 P. 2d. 214 (1952); Nailor vs. C.W. Blakeslee and Sons, Inc., 117 Conn. 241, 167 Atl. 548 (1933); United Verve Copper Co. vs. Ralston, 46 F. 2d. 1 (9th. Cir. 1931); California Orange Co. vs. Riverside Portland Cement Co. 5d. Cal. App. 522, 195 Pac. 694 (1920); Vann vs. Bowie Sewerage Co., 127 Tex. 97, 90 S.W. 2d. 561 (1936).

(103) East St. Johns Shingle Co. vs. City of Portland, 195 Ore. 505, 246 P. 2d. 554 (1952); Rose vs. Socony - Vacuum Corp.; 34 R.I. 411, 173 Atl. 627 (1934); Powell vs. Superior Portland Cement Inc., 15 Wash 2d. 14, 129 P. 2d. 536 (1942).

(104) Notas 44-47 supra y texto correspondiente. Ver también Clifton Iron Co. vs. Dye, 87 Ala. 468, 6 So. 192 (1889). Madison vs. Ducktown Sulphur, Copper and Iron Co., 113 Tenn. 331, 83 S.W. 658 (1904).

(105) Mientras que el razonamiento específico que se aplicó a la situación del siglo XIX probablemente no es aplicable, otra excepción a la regla normal de asignación de recursos podría aplicarse. Este es el concepto que los economistas conocen como “excedente del consumidor”. No hay necesidad de entrar en complejos tecnicismos de esta teoría. de manera muy general, la idea es que si en una actividad con pocos sustitutos fuese forzada a salirse del negocio si es que se le hace soportar todos los costos que genera, y si la actividad puede sobrevivir si es que se le permite cargar con un precio mayor que a aquellos que realmente quieren sus productos, y un menor precio a los demás, entonces es importante mantener la actividad con vida, incluso si por ciertas razones cargar precios diferentes —discriminatorios— no fuese posible. El

sentido común de esta teoría es simplemente que la mayoría quieren teléfonos, pero sólo a un precio razonable, mientras otros quieren teléfonos de tal forma que antes de perder el servicio están dispuestos a pagar un precio más alto que todos los demás, no existe razón valedera para dejar de prestar el servicio telefónico como un negocio incapaz de mantenerse porque es imposible cobrar dos precios diferentes por el mismo producto dentro de la industria. Si las actividades exceptuadas de pagar daños por molestias a sus vecinos son esencialmente servicios públicos —empresas generalmente sujetas al requerimiento del excedente del consumidor— este análisis, podría servir como una explicación parcial. En vista a las duras críticas que el concepto ha recibido, incluso estas explicaciones parciales no resultan muy convincentes. Ver de manera general Little, “*Acritique of Welfare Economics*”, pp. 166-184 (2da. ed. 1950) para encontrar un análisis lúcido y crítico de este concepto. Ver también Samuelson “*Foundations of Economic Analysis*”, pp. 195-197 (1958). En cualquier caso el concepto, incluso si fuese válido, es muy limitado en la aplicación a una buena justificación teórica para eximir del pago de daños a los vecinos por los daños que las empresas con una alta utilidad social ocasionan.

(106) Ver casos citados en nota 98, supra.

(107) Comparar Madison vs. Ducktown Sulphur, Copper and Iron Co., supra nota 104, con Mc Carthy vs. Naturla Carkonic Gas Co., 189 N.Y. 40, 81 N.E. 549 (1907).

(108) Kentucky W. Va. Gas Co. vs. Lafferty, 174 F. 2d. 848 (6th. Cir. 1949); Nailor vs. C.W. Blakeslee and Sons, Inc., 117 Conn. 241, 167 Atl. 548 (1933); comparar Cumberland Torpedo Co. vs. Games, 201 Ky. 88, 255 S.W. 1046 (1923).

(109) Akers vs. Ashland Oil and Ref. Co. 139 W. Va. 682, 80 S.E. 2d. 884 (1954).

presumiblemente reflejarán las diferencias en el volumen de la producción⁽¹¹⁰⁾. Si la industria fuera una puramente competitiva, cualquiera de los dos daría como resultado una reducción de la producción y un efecto favorable de asignación de recursos. Este resultado se obtendría más rápidamente si los daños ocasionales fueran cargados, pues de ese modo el efecto se sentiría sin que se de un cambio en el número de empresas en la industria. Además, la oportunidad de dislocaciones secundarias sería menor que en los casos de daños de "cantidad global". Pero con el transcurso del tiempo, se obtendría el mismo resultado cualquiera fuera el tipo de daño que se cargara.

Si la industria involucrada fuera una industria relativamente monopolista, y compitiera con una más competitiva, la producción del monopolio sería de por sí muy baja comparándola con la producción de la industria competitiva, pues los precios de los bienes de la industria monopólica son más elevados en relación a sus costos, que aquellos de la industria competitiva. Es así que cualquier daño que disminuyera la producción, baja de por sí, sería poco deseable.

Sin embargo, al fijar los daños en "cantidad global", se puede aprovechar uno de los giros en los precios discutidos previamente, y permitimos cargar los costos de accidente al monopolista sin inducirlo a subir su precio y bajar su producción⁽¹¹¹⁾. Esto sólo sería posible si el monopolio utilizara un sistema de precios por costo marginal en vez de precios "con sobrecosto". Por supuesto, no se mantendría el mismo nivel de precios y producción si los daños totales por el perjuicio fueran tan grandes que excedieran las ganancias de la industria monopolista, pero en este caso el monopolista estaría produciendo demasiado, pues el efecto expansivo de no cubrir costos ocultos habría más que superado el efecto contractivo del sistema de precios del monopolio, y así se justificaría una reducción.

Si, en cambio, la industria involucrada fuera monopolística, pero compitiera con otras industrias monopolistas, serían preferibles los pagos "ocasionales". Pues sería más probable que estos causaran que las diferencias entre los costos ocultos de las dos industrias monopolísticas en competencia se reflejan sus precios.

Los pagos en cantidad global, por supuesto, son un impuesto mucho más efectivo al monopolio, mientras que los pagos ocasionales son mejores distribuidores de pérdidas tanto debido a su dispersión intertemporal como porque permiten mayores cambios en las pérdidas, incluso en los casos de industrias monopolísticas; son mejores distribuidores de pérdidas.

Es aclaro entonces que se pueden esgrimir argumentos en favor de cualquiera de los dos métodos, dependiendo de la estructura de la industria particular y el énfasis que uno quiere colocar en cada una de las teorías de distribución del riesgo. Bajo las circunstancias sería mejor para que las Cortes que tengan discreción al dar "daños en cantidad global" u "ocasionales". La discreción debería, por supuesto, requerir la consideración de muchas cosas además de las teorías discutidas –la inconveniencia y gastos de muchos litigios, y la oportunidad de que si los pagos continuos fueran requeridos, la molestia podría ser eliminada con el tiempo, por una mejor tecnología. Estos son sólo dos de los otros factores a ser considerados– pero las teorías de distribución del riesgo que hemos discutido hasta el momento deberían jugar algún papel en la decisión final⁽¹¹²⁾.

ACTIVIDADES EXTRA RIESGOSAS

La doctrina legal contempla responsabilidad objetiva o sin culpa para los perjuicios que resultan de

(110) Si los daños causados fuesen constantes a la producción, entonces (incluso si los daños fuesen cargados "ocasionalmente", el efecto de asignación de recursos sería idéntico al causado por los daños en cantidad global. Ver notas 31-36 supra y texto correspondiente.

(111) Ver texto correspondiente a notas 31-36 supra.

(112) Donde sólo una empresa en la industria causa molestias a sus vecinos, el problema de la asignación de recursos es principalmente una cuestión que atañe a la asignación entre esta firma y sus competidores. Esto podría ocurrir cuando una empresa produce en una ciudad cercana al mercado de sus productos, mientras que sus competidores producen en las afueras de la ciudad donde ninguna molestia se produce. Mientras que la empresa en la ciudad no tiene que cargar con todos sus costos, esta produciría presumiblemente más de lo que debería en relación a sus competidores. La mejor manera de hacer que la empresa produzca lo que debería, dados sus verdaderos –aunque ocultos– costos, sería colocando ocasionalmente los daños sobre ella. Entonces, la decisión de cuánto producir reflejaría más exactamente sus costos, incluido

el costo por las molestias que ocasionan. Podría ser que si estos costos son cargados a la empresa, esta decidiría en algún momento mudarse a las afueras. Esta decisión reflejaría el hecho que el costo agregado de transportar los bienes al mercado y que se genera por esta mudanza, es menor que el costo que la empresa causa a otros por producir en la ciudad. O esto podría significar que incluso pagando el costo de las molestias, la empresa estaría en la capacidad de competir, en cuyo caso existe una evidencia clara que tener la fábrica en la ciudad es deseable. Incluso esta empresa podría probablemente producir menos que antes de asumir el costo de las molestias. El pago de daños por cantidad global podría ser igualmente efectivo para forzar a la empresa para mudarse a las afueras. Pero estos últimos serían menos efectivos para lograr la reducción de producción –de acuerdo con su costo real– si encuentra adecuado quedarse en la ciudad. Adicionalmente, daños por cantidad global tenderían a que la empresa se mude a las zonas aledañas inmediatas, lo que sería deseable desde el punto de vista de la asignación de recursos, pero devastador desde el punto de vista de la distribución del riesgo.

cierto tipo de actividades denominadas "extra riesgosas"⁽¹¹³⁾. Existió mucha confusión exitosa en el pasado entre actividades extra riesgosas y molestias por razón de vecindad. Tal confusión no debe sorprendernos debido a la similitud económica sustancial entre ambas doctrinas. En cada caso tenemos, en efecto, una carga impuesta sobre una actividad útil que involucra un número cierto y significativo de perjuicios. Las consecuencias de la asignación de recursos de la carga son casi las mismas que las consecuencias de impuestos al monopolio. Las razones de la distribución de pérdidas para colocar los costos de perjuicio en actividades extra riesgosas, parecen sin embargo, mucho mayores que las razones equivalentes para cargar las molestias. Este hecho puede explicar por qué los autores que han estado más interesados con la distribución de pérdidas como una justificación de la responsabilidad objetiva, han enfatizado la "distribución del riesgo" en el campo de actividades extra riesgosas, mucho más que en el campo de las molestias⁽¹¹⁵⁾.

Pero en realidad existen diferencias significativas en las doctrinas legales aplicables a los dos campos. En las molestias, por ejemplo, el daño particular debe ser significativo⁽¹¹⁶⁾, mientras en las actividades extra riesgosas la responsabilidad existe, sea el daño grande o pequeño—siempre y cuando surja del riesgo que hizo que la actividad sea extra riesgosa⁽¹¹⁷⁾. La teoría de asignación de recursos y las nociones de distribución de riesgos, pueden servir para explicar la diferencia. Sobre la base de la teoría de asignación de recursos estricta, las industrias deberían ser responsables por todos sus costos, grandes o pequeños. La conveniencia, sin embargo, requiere de una excepción en los casos de molestias por razón de vecindad; el

costo de hacer frente a daños pequeños es demasiado grande frente a los beneficios recibidos. Por otro lado, la distribución del riesgo se ve favorecida al permitir que las pequeñas pérdidas queden en donde caigan. Esta excepción parece mucho menos necesaria en casos de actividades extra riesgosas, ya que una serie de demandas costosas por daños menores son poco probables en estas situaciones. La actividad típicamente extra riesgosa es aquella en que existe una importante posibilidad de un daño substancial⁽¹¹⁸⁾. En realidad, si muchos daños menores fueran el resultado más probable de una actividad, parece probable que una etiqueta de molestias con restricciones o prohibiciones sería usada⁽¹¹⁹⁾. Si el caso usual de actividad extra riesgosa puede ser medido, no sería necesario una regla especial de conveniencia para regular daños insignificantes. Aquellos pocos perjuicios que se dan incidentalmente son cubiertos y son lo suficientemente extraños para no preocuparse por crear una excepción especial que las cortes tendrían que tomar en cuenta al decidir cada caso. Si por el contrario, actividades tales como manejar, fueran de pronto tildadas de actividades extra riesgosas⁽¹²⁰⁾, sería muy probable que se requiriera un daño substancial similar al existente en los perjuicios⁽¹²¹⁾. De otro modo, no valdría la pena.

Un problema más difícil surge ya que para ser extra riesgosas, una actividad requiere algo más que la certeza matemática de que el daño ocurrirá ocasionalmente⁽¹²²⁾. Es necesario que haya mucha seguridad de que el daño ocurra frecuentemente como resultado de esa actividad⁽¹²³⁾. Y de acuerdo al Restatement of Torts, es necesario además que no se trate de una "actividad cotidiana"⁽¹²⁴⁾.

Así, la categoría de extra riesgosa excluye aque-

(113) Sullivan vs. Dunham, 161 N.Y. 290, 55 N.E. 923 (1900); Dixon vs. New York Trap Rock Corp., 293 N.Y. 509, 58 N.E. 2d. 517 (1944); Alonso vs. Mills, 95 Cal. App. 2d. 778, 214 p. 2d. SO (1950); Exner vs. Sherman Power Constr. Co., 54 F. 2d. 510 (2d. Cir. 1931); ver Fletcher vs. Rylans, 159 Eng. Rep. 737, 3 Hurl and C. 774 (1865) (para desarrollos tempranos); 2d. A.L.R. 2d. 1372 (1951) (relación de estados y colección de casos que admiten recobrar daños sin culpa); Harper y James 2, sección 14 (Colección de casos y doctrina).
 (114) Coley vs. Cohen, 289 N.Y. 239, 45 N.E. 2d. 913 (1942); Vincent vs. Hercules Powder Co., 228 App. Div. 118, 239 N.Y. Supp. 47 (1930). Ver también Harper y James 2, sección 14.8; Prosser "Selected Topics in the Law of Torts" pp. 159-177 (1953).
 (115) Comparar Harper y James 1, pp. 64-92 (1956), con ibidem 2, pp. 794-795.
 (116) Mc Carthy vs. National Carbolic Gas Co., 189 N.Y. 40, 81 N.E. 549 (1907); Riblet vs. Spokane Portland Cement Co., 41 Wash. 2d. 249, 248 P. 2d. 380 (1952); Brede vs. Minnesota Crushed Stone Co.; 143 Minn. 374, 173 N.W. 805 (1919).
 (117) Sullivan vs. Dunham, 161 N.Y. 290, 55 N.E. 923 (1900) (dicta); see 2d. A.L.R. 2d. 1372 (1951) (Colección de casos).
 (118) Restatement, torts, secciones 519-520 (1938); ver Asheville Constr. Co. vs. Southern RR., 19 F. 2d. 32 (4th. Cir. 1937); Federoff vs. Harrison Constr. Co., 362 Pd. 181, 66 A. 2d. 817

(1949); Rainham Chen Works vs. Belvedere Fish Guano Co., (1921) 2 A.C. 465.

(119) Cum Leverland Torpedo Co. vs. Gaines, 201 Ky. 88, 255 S.W. 1046 (1923); Whittlemore vs. Baxter Foundry Co., 181 Mich. 564, 148 N.W. 437 (1914), Dixon vs. New York Trap Rock Corp.; 293 N.Y. 509, 58 N.E. 2d. 517 (1944); Landau vs. City of New York, 180 N.Y. 48, 72 N.E. 631 (1964); Pennsylvania R.R. vs. Sagamore Coal Co., 281 Pa. 233, 126 Atl. 386 (1924). Ver también Prosser, "Torts" pp. 336-338, 399 (2d. ed. 1955); Harper y James 2, sección 14.
 (120) Ver Wings vs. Condor Cen. Omnibus Co., (1909) 2 K.B. 52; Phillips vs. Britania Hygienic Laundry Co. (1923) 1 K.B. 539; Steffen vs. McNaughton, 142 Wis. 49, 124 N.W. 1016 (1910) (el automóvil no es una invención peligrosa).
 (121) Ver Prosser, "Torts" pp. 336-338 (2d. ed. 1955). Ver también, nota, Illinois Law Review, vol. 29, p. 372 (1934); Nota, University of Pennsylvania Law Review, vol. 95, p. 781 (1947); nota 100 supra.
 (122) Restatement, Torts, sección 520 y comentario (1938); Harper y James 2, secciones 14.1-14.5; Prosser "Torts" 315-318 (2d. ed. 1953).
 (123) Od., sección 520.
 (124) Ver Baltimore and O.R.R. vs. Goodman, 275 U.S. G.G. (1927) (concurancia de culpa indicada).

llos casos de accidentes de paso a nivel⁽¹²⁵⁾ que, inevitablemente, hieren a unos cuantos cada año. Presumiblemente, esto es porque no son dañadas suficientes personas en el lapso de un año, o porque la actividad es "cotidiana", sea lo que sea lo que eso signifique. Es un tanto difícil conciliar estas reglas con las teorías que hemos discutido. La regla de "frecuencia" puede encontrar cierto respaldo en la teoría de asignación de recursos, pero va muy en contra de las nociones de distribución de pérdidas. Y la noción de los "cotidiano" se opone a ambas. Así, puede decirse que si la pérdida esperada, aunque significativa para la parte dañada se da pocas veces, cualquier ajuste de los recursos que surgiera de la asignación de las pérdidas para la industria que la causó, sería mínimo. Y no habría base alguna en la teoría de la asignación de recursos para que haya responsabilidad. Por otro lado, el mismo hecho de que se requeriría muy poco reajuste para cubrir la pérdida si fuera trasladada a la Empresa, sugiere la razón más poderosa para que exista responsabilidad, ya que por hipótesis la pérdida era demasiado pesada cuando se colocaba sobre la persona perjudicada.

Resulta claro así, que la noción de actividades extra riesgosas no ha sido llevada a una conclusión lógica en términos de teorías de distribución de riesgo. Si sólo se considera la asignación de recursos, se puede encontrar alguna justificación para restringir la etiqueta de "extra riesgosa" a las actividades que involucran daños frecuentes y sustanciales. Sin embargo, aunque limitada, esta doctrina parecería requerir la inclusión de muchas actividades sujetas a la responsabilidad objetiva. Si uno considera también otras bases para la distribución del riesgo (la distribución de pérdidas en especial), parecería indicar una enorme ampliación de la doctrina de actividades extra riesgosas. En general, uno no puede evitar pensar que es un poco incongruente que justo aquellas actividades que causan la mayoría de nuestros daños no son consideradas extra riesgosas, a pesar de que podrían darse reajustes sustanciales de los recursos si fueran incluidas, y a pesar de que la distribución de pérdidas, ciertamente favorecería su inclusión. La justificación que tiene esta estrecha definición de actividades extra

riesgosas debe encontrarse en factores ajenos al ámbito de este artículo.

RESPONSABILIDAD VICARIA^(*)

En general.—La responsabilidad vicaria—así como la compensación de los trabajadores, con la que siempre ha sido comparada— fue la precursora de la moderna responsabilidad de la Empresa. Por lo tanto, se ha escrito extensamente sobre ambas, aunque usualmente con énfasis sólo en sus alcances dentro de la "distribución de pérdida" o la "buena bolsa"⁽¹²⁷⁾. Ambas se basan en la noción de que ningún trabajador individual estima el riesgo que asume en su trabajo como suficientemente grande como para justificar la contratación de un seguro o para pedir salarios mucho más altos para esto. Esta es una proposición empírica que puede ser aceptada rápidamente⁽¹²⁸⁾. La responsabilidad vicaria se aplica a los perjuicios a terceros, mientras que la compensación de los trabajadores se aplica al mismo trabajador.

El efecto de esta proposición en términos de justificación en favor de la responsabilidad de la Empresa, es transparente. El empleador es el mejor asegurador, tanto porque es capaz de obtener un seguro a tasas más bajas como porque está más consciente del riesgo⁽¹²⁹⁾. Consecuentemente, él es el mejor y principal distribuidor del riesgo. El costo de seguro se transfiere normalmente en parte al costo de la mano de obra y de ese modo se distribuye hacia atrás. En parte es distribuído hacia adelante, a los consumidores, a través de ajustes de precios y producción. El saldo, luego de un período de transición, es distribuído hacia adelante en todas las industrias salvo las monopólicas. Así, se logra una distribución muy amplia, tanto primaria como secundaria. Además, por supuesto, lo que no se distribuye puede justificarse tanto por los fundamentos del impuesto al monopolio, como por las nociones más amplias de la buena bolsa, que enfatizan la posición financiera generalmente más fuerte de los patronos frente a los trabajadores.

Igualmente, pueden darse argumentos sólidos

(125) Así, es difícil de entender porqué, desde un punto de vista de la asignación de recursos la utilidad de una empresa debe ser relevante al problema de cuando esta es ultra-riesgosa. Comparar el análisis de una doctrina similar en los casos de molestias por razones de vecindad, texto correspondiente a las notas 103-107 supra.

(*) El término en el texto es inglés es "Respondeat Superior", es decir "que el superior responda". Básicamente se refiere a la doctrina de la "responsabilidad vicaria", es decir al hecho que el empleador responda por los daños que sus dependientes ocasionan en el ejercicio de sus cargos o funciones.

(127) Ver, por ejemplo Gregory y Kalven, "Cases on Torts" pp. 703-725 (1929) (Colección de casos y doctrina).

(128) En cierto grado, los sindicatos han cambiado esto. Ver nota 25 supra. Incluso, en algunas industrias donde la administración y el aparato gerencial es reducido, pobre o desorganizado, mientras el sindicato es fuerte, rico y grande, el sindicato podría estar más enterado de los riesgos y estar en una mejor posición para distribuirlos y convertirlos en parte de los precios apropiados.

(129) Rankin vs. Western Union Tel. Co., 147 Neb. 411, 23 N.W. 2d. 676 (1946). Ver también nota 131, infra.

basados en la asignación de recursos. A menos que los salarios reflejan el riesgo de los daños, no se aprecia el costo real de la mano de obra en una industria. De manera similar, el no poder mostrar los costos de los perjuicios, significa que los precios de los productos que vende la industria subvalúan sus verdaderos costos, y que se produce demasiado en esa industria comparada con aquellas que son menos propensas a accidentes. Por otro lado, si los trabajadores fueran a asegurarse y pedir salarios más altos para pagar dicho seguro, el hecho de que ese seguro probablemente les costaría más que a sus empleadores, implicaría que los costos por perjuicios en la industria se exagerarían. De cualquier modo, la compensación de los empleados y la responsabilidad vicaria tenderán a una mejor asignación de recursos. No es necesario decir, que la aportación entre patrón y sirviente o el reembolso al patrón por parte del sirviente que comete el perjuicio, se oponen precisamente (aunque probablemente basándose en la culpa), a todas las justificaciones de la "distribución del riesgo". Como resultado, uno no puede entender la tendencia de algunas cortes de evadir tales contribuciones e incluso dar un veredicto en contra del patrón (basado en la negligencia del sirviente) así como no encontrar ninguna negligencia por parte del sirviente, en el caso⁽¹³⁰⁾.

Las similitudes entre la compensación de los trabajadores y la responsabilidad vicaria han llevado a algunos autores a afirmar que la regla del "ámbito del empleo" de la responsabilidad vicaria debe entenderse tan ampliamente como la prueba de la compensación de los trabajadores "que surge del y durante el curso del empleo"⁽¹³¹⁾. En base a las teorías aquí analizadas esto queda claramente justificado. Estas teorías sugerirían que todos los perjuicios causados por los empleados que surgen del o durante el curso del empleo deberían originar la responsabilidad del empleador, así un perjuicio, surgiera o no de alguna actividad que beneficiara al empleador o que fuera autorizada por éste, y así ocurriera por voluntad del empleado o su negligencia o falta de ésta⁽¹³²⁾. Debido a que probablemente exista un seguro disponible en

cada caso, y debido a que la distribución del riesgo es seguramente el mismo en cada caso, parece no haber razón para las distinciones en base a la distribución del riesgo o "buena bolsa". De manera similar, la asignación de recursos tenderá a respaldar la responsabilidad. El costo de una actividad no es menos real porque un empleado no fue autorizado para asumirlo, o porque actuó voluntariamente⁽¹³³⁾. Si surgiera de una empresa debería ser tan adjudicable a esa empresa como los daños por negligencia; ambos deberían reflejarse en los precios. Por supuesto la asignación de recursos no es una justificación tan exacta o poderosa para que importe demasiado en realidad, dónde se dibuja la línea divisoria entre las actividades que surgen y que no surgen de una empresa; siempre que sea en el área general. Pero ya que las otras justificaciones van de acuerdo a lo que formalmente parece la línea más correcta, desde el punto de vista de los recursos parece justo decir que la asignación de recursos también respalda la equivalencia entre el "ámbito del empleo" y "lo que surge de o en el curso del empleo". Es en este sentido que las cortes, como las de California, que están a la vanguardia del movimiento en esta dirección, han aplicado adecuadamente las teorías de distribución del riesgo⁽¹³⁴⁾.

Esta discusión, sin embargo, no nos explica por qué la responsabilidad vicaria se halla en realidad limitada a los perjuicios causados a través de la falta del sirviente. Por supuesto, no existe una respuesta a esta pregunta en términos de las teorías analizadas en este artículo, más de lo que existe una respuesta de por qué las actividades extra riesgosas están limitadas como están, o por qué la responsabilidad por daños y perjuicios generalmente tiene una base de cuasi culpa. La respuesta debe buscarse en las amplias justificaciones para el requerimiento de la culpa. La inconsistencia entre estas limitaciones basada en la culpa y la filosofía de la compensación de los trabajadores fue resaltada hace mucho⁽¹³⁵⁾. Todavía permanece.

Contratista Independiente.— Un empleador no es responsable por lo agravios cometidos por contratistas independientes a su servicio⁽¹³⁶⁾. Esta doctrina se

(130) Ver nota, University of Chicago Law Review, vol. 8, p. 729, pp. 729-734 n. 26 (1941) (Colección de casos).

(131) Restatement, Agency Sección 228 (1958); Harper y James 2, sección 26.7; Prosser, "Torts" p. 352 (2d. ed. 1955). G. Lubatt, Master and Servant, secciones 2224-2283 (1913).

(132) Ver Sears, Roebuck and Co. vs. Creekmore, 199 Miss. 48, 23 So. 2d. 250 (1945); Limpus vs. London Gen. Omnibus Co., 1 Lt. and C. 526, 158 Eng. Rep. 993 (1862); Mautino vs. Precerdale Supply Co., 338 Pa. 435, 13 A. 2d. 51 (1940); Great Atl. and Pac. Ted. Co. vs. Noppenberger, 171 Md. 378, 189 Atl. 434 (1937); White vs. Pacific Tel. and Tel. Co., 24 F. Supp. 871 (D. Are. 1938); Hubbard vs. Lock Joint Pipe Co., 70 F. Supp. 589 (E.D. Mo. 1947); Forsberg vs. Tevis, 191 Wash. 355, 71 P. 2d. 358 (1937). Comparar Joel vs. Morrison G. Y. and P. 501 (1834), con Nelson vs. American West African Line, 86 F. 2d. 730 (2d. Cir.

1936). Deben haber, por supuesto, razones basadas en la culpa para no hacer esto. Todas estas razones están fuera del ámbito de este artículo.

(133) Ver Harper y James 2, sección 267, p. 1379.

(134) Ver, por ejemplo, Harper y James, sección 26.7, p. 1377, n. 13, (Colección de casos).

(135) Smith, "Sequel to Workmen's Compensation Acts", Harper Law Review, vol. 27, pp. 235, 344 (1914).

(136) Ver Harper "The Basis of the Immunity of an Employer of an Independent Contractor", Indiana Law Journal, vol. 10, p. 494, (1935); Prosser "Torts", sección 64, p. 357 (2d. ed. 1955); Harper y James, sección 26.11, p. 1395. Ver también Davis vs. Com-Wyman Lumber Co., 126 Tenn. 576 (1912) (Colección de casos y doctrina); Laughner vs. Pointer, 11 Eng. C.C. 579, 5B and C. 547 (1826); Painter vs. City of Pittsburgh, 46 Pa. 213 (1863).

ve justificada en términos de nuestro análisis si un contratista independiente es definido como una parte que a priori estaría más propensa a considerar el riesgo en sus decisiones de mercado, que su empleador. Así, un chofer de taxi está mejor preparado para soportar el riesgo de accidentes del taxi que el hombre que contrata el taxi. El pasajero normalmente no está asegurado e incluso si lo está, no sería influenciado en su uso del taxi por el hecho de que parte del costo de su seguro de responsabilidad general nace por tomar taxis. De manera similar, aunque el propietario de una casa que contrata a un talador para cortar un árbol es tan buen distribuidor de riesgo como su contratista independiente, no es tan bueno al asignar sus costos. El propietario probablemente tiene un seguro general del propietario de una casa, y esta póliza probablemente cubre perjuicios causados si el árbol cayera sobre la cabeza de su vecino. Por lo tanto, el peligro de esos accidentes sería propiamente asignado como un costo de la propiedad de una casa. Pero a menos que el talador soporte el costo inicial, y haga que su seguro sea parte de un precio por cortar árboles el perjuicio no será contado como un costo de esa actividad. El contratista independiente hace que el peligro sea un costo tanto del negocio de los árboles como del de casas, mientras que el propietario no puede hacerlo; así el contratista se encuentra en una posición más crucial para llevar a cabo una correcta asignación de recursos.

Por supuesto, si ambas partes están igualmente dispuestas a considerar el verdadero costo de la responsabilidad al tomar sus decisiones de mercado, a la asignación de recursos le importa poco quién debería ser responsable; y si ambas partes están igualmente dispuestas a asegurar o soportar la pérdida sin causar efectos secundarios nocivos, a la distribución de las pérdidas no le importa quién debería asumir el costo. En tales casos la responsabilidad inicial no importará para nada, ya que la carga final generalmente reposará sobre las mismas personas sin importar quién es responsable inicialmente.

Mientras que originalmente la excepción del contratista independiente en la responsabilidad

vicaria, era considerablemente más amplia que la que se justificaría por las teorías de distribución del riesgo, su ámbito se ha ido reduciendo considerablemente en tiempos recientes⁽¹³⁷⁾. Los empleados que solían ser considerados como contratistas independientes son tratados actualmente como sirvientes para los fines de la responsabilidad vicaria⁽¹³⁸⁾. Así, los canillitas, las estaciones de servicio local si son suficientemente controlados por sus compañías matrices de petróleo – y otros que soportan el riesgo inadecuadamente, han sido excluidos de la categoría de contratistas independientes⁽¹³⁹⁾ la definición técnica de contratista independiente ha permanecido casi inalterada, pero las cortes tienden a aplicar las definiciones de manera más acorde a las teorías de distribución del riesgo, de lo que solían hacer en el pasado⁽¹⁴⁰⁾. A pesar de esta reducción queda un número sustancial de casos en los que se da el status independiente, pero en los que el contratista independiente ha fracasado en asegurarse y no puede compensar a los perjudicados sin efectos secundarios sustanciales, si es que logra hacerlo de alguna manera⁽¹⁴¹⁾. Es difícil decir, sin embargo, en cuántos de estos casos las cortes no escogieron "*al que mejor asume el riesgo*", y cuántos son los casos en los que (aunque escogen correctamente) la parte involucrada no se asegure simplemente porque era terco y prefirió correr riesgos⁽¹⁴²⁾. Sin embargo, cierta restricción en la doctrina probablemente sería todavía deseable sobre la base de las teorías de distribución de riesgo. Pero la doctrina en sí, si está limitada correctamente, se encuentra claramente justificada por estas teorías.

Obligaciones Indelegables.– Una segunda limitación a la doctrina se ha dado a través del desarrollo de excepciones. Es difícil decir exactamente lo que estas excepciones (y las excepciones de las excepciones) hacen. Algunos han argumentado, sin embargo, que son esencialmente modos de cargar el costo a la parte que está más al tanto del riesgo⁽¹⁴³⁾. Y el argumento es ciertamente plausible. La principal excepción a la doctrina es la regla de que ciertas obligaciones no son delegables, y que la responsabilidad por ellas no puede ser evadida a pesar de que los contra-

(137) Ver *Murray's Case*, 130 Me. 181, 154 Atl. 352 (1931). Ver también el desarrollo de conceptos en Harper, supra nota 136; Steffen, "*Independent Contractor and the Good Life*", *University of Chicago Law Review*, Vol. 2, p. 501 (1935); Morris "*The Torts of an Independent Contractor*", *Illinois Law Review*, Vol. 29, p. 339 (1935).

(138) *Murray's Case*, supra nota 137; *Pacific Fire Ins. Co vs. Kenny Boiler and Mfy. Co.*, 201 Minn. 500, 277 N.W. 226 (1937).

(139) Ver *Humble Oil and Ref. Co. vs. Martin* 148 Tex. 175, 222 S.W. 2d 995 (1949); *Warren vs. Male*, 203 Ark 608, 158 S.W. 2d 51 (1942); *Robinson vs. George*, Cal. 2d 238, 105 P. 2d 914 (1940).

(140) Ver notas 137-139 supra (casos citados); Chapman, "Liability

for the Negligence of Independent Contractors", *L.R. Review* Vol. 50, p. 71 (1934); Charlesworth "*Law of Negligence*", pp. 58-66 (1938).

(141) Ver notas 137-140 supra (casos citados); comentario en *Yale Law Journal*, vol. 39, pp. 861, 872 (1930); Harper y James 2, sección 36.11.

(142) Ejemplos de esto no se limitan al área de contratistas independientes. Así, mientras los conductores de automóviles son mejores portadores del riesgo que los peatones, conductores sin seguro difícilmente pueden ser considerados una rareza.

(143) Ver nota 137 supra (casos citados).

tistas independientes son contratados para realizarlas⁽¹⁴⁴⁾. Estas tareas son usualmente descritas como tareas estatutarias⁽¹⁴⁵⁾, o tareas que involucran cierto riesgo especial que depende de su propia realización⁽¹⁴⁶⁾. Para discutir los distintos significados dados, estas definiciones "de letra negra" requerirán una disgresión sustancial. Sin embargo, en teoría, el empleador tiende a estar totalmente enterado de estas obligaciones. Es así que está más propenso a asegurarse contra el riesgo que implicaría, y ser mejor distribuidor del riesgo⁽¹⁴⁷⁾.

Saber si el empleador se encuentra en una mejor posición para hacer que el costo sea parte del precio de los bienes particulares o servicios ofrecidos, es más problemático. En cierto modo, el punto aquí no es tanto si la parte perjudicada podría repetir en contra del empleador, sino si al empleador —una vez hecho responsable— podría repetir contra el contratista. A menudo, sin embargo, ambas cosas desembocan en lo mismo pues, si prevalece el seguro, la recuperación no tendría mayor efecto.

En todos los casos parece probable que las obligaciones "indelegables" involucran situaciones donde el empleador está en una posición bastante buena para hacer que el riesgo que soporta sea parte de sus decisiones de compra. El riesgo es o extra riesgoso⁽¹⁴⁸⁾ o estatutario⁽¹⁴⁹⁾. En cualquier caso, es probable que el empleador asuma un seguro especial por el riesgo o que el riesgo sea parte crucial de su seguro general, y que los costos afecten así su decisión de entrar a la actividad que hizo que asumiera el riesgo. Hasta este punto el empleador es un asumidor del riesgo más adecuado (desde el punto de vista de la asignación de recursos), de lo que sería en una situación normal de contratista independiente.

La excepción de negligencia colateral puede ser tomada como una simple limitación "que surge del" empleo, aplicable a actividades indelegables. Es decir, una vez que se decide que los contratistas independientes son mejores portadores generales del riesgo tanto sobre la base de la asignación de recursos como

de la distribución del riesgo, pero que se prefiere a los empleadores en ciertos casos especiales que involucran lo que llamamos actividades indelegables, la pregunta surge respecto qué es y qué no es propiamente parte de esta tarea. En un sentido, la pregunta no involucra más que una decisión acerca de si ciertos accidentes son más un riesgo del empleo general del contratante independiente que de la obligación indelegable específica, y que es mejor cargarlos a sus precios en general que a sus precios por esa clase especial de tarea. Si el riesgo es "general" el contratista no sólo se encuentra en mejor posición para trasladar el costo a los precios, sino, que como está en mejor posición para preveer el riesgo que el empleador, es también un distribuidor del riesgo. Por supuesto esta aproximación amplia a la negligencia colateral no puede explicar todas las pequeñas distinciones que la doctrina ha producido⁽¹⁵⁰⁾. Pero esas distinciones son más un incidente natural de cualquier línea divisoria que el resultado de una propuesta razonada en torno a los problemas involucrados.

Inmunitades Benéficas.— Hay jurisdicciones que garantizan a las instituciones sin lucro cierta forma de inmunidad frente al principio de responsabilidad vicaria⁽¹⁵¹⁾. El ámbito y extensión de esa inmunidad varía mucho de estado a estado⁽¹⁵²⁾. Como las justificaciones originales para las exoneraciones benéficas han sido fuertemente criticadas⁽¹⁵³⁾ muchas jurisdicciones muestran la tendencia a limitar o abolir dicha inmunidad⁽¹⁵⁴⁾. Debemos, sin embargo, preguntar si la justificación de la distribución de pérdidas y la asignación de recursos apoyan la responsabilidad para instituciones sin fines de lucro. Presumiblemente, las nociones del "impuesto sobre el monopolio" o la "buena bolsa" no lo hacen.

La distribución de pérdidas es tan aplicable a las instituciones de caridad como a las que tienen fines de lucro⁽¹⁵⁵⁾. En cuanto las instituciones de caridad sean las aseguradoras más adecuadas, ocurre una distribución de pérdida primaria. Además, una distribución secundaria puede también ocurrir a través de la asig-

(144) Dixie Stage Lines vs. Anderson, 222 Ala. 673, 13450. 23 (1931); Corrigan vs. Elsinger, 81 Minn. 42, 83 N.W. 492 (1900); Murray vs. Lehigh Valley R.R. 66 Conn 512, 34 Atl. 506 (1895).

(145) Blount vs. Tow Fong, 48 RI. 453, 138 Atl. 52 (1927); Weber vs. Buffalo Ry., 20 App. Div. 292, 47 N.Y. Supp. 7 (1897); Colegrove vs. Smith, 102 Cal. 220, 36 Pac 411 (1894); Luce vs. Holloway, 156 Cal. 162, 103 Pac. 886 (1909).

(146) Ver Annot, 23 A.L.R. 984 (1923); Prosser, "Torts", sección 69, p. 359 (2d. ed. 1955); Harper y James, 2, sección 26.11.

(147) Ver, de manera general "New York Law Revision Commission Report, Recommendation and Studies", pp. 411-688 (1939); Morris, supra nota 137; Steffen, supra nota 137; Harper, supra nota 136.

(148) Bower vs. Peate, 1 QBD 321, 45 L.J. Q.B. 446 (1876); Restatement, Torts, secciones 416, 423 (1938).

(149) Blount vs. Tow Fong, 48 R.J. 453, 138 Atl. 52 (1927).

(150) Ver nota 147 supra.

(151) Ver Harper and James, sección 29.17; Annot, 25 A.L.R. 2d. 29, pp. 79-84 (1952).

(152) Ver Annot; 25 A.L.R. 2d. 29. 143-200 (1952).

(153) Ver Appleman, "The Tort Liability of Chantable Institutions", A.B.A.J. Vol. 22, p. 48 (1936); Feezer, "The Tort Liability of Chanties", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 77, p. 191 (1923); Nota, Yale Law Journal, Vol. 48, p. 81 (1938); Nota, North Carolina Law Review, Vol. 32, p. 129 (1953). Pero ver Zollman "Damage Liability of Charitable Institutions", Michigan Law Review, Vol. 19, p. 395 (1921).

(154) Ver notas 151-153, supra.

(155) Ver, por ejemplo, Harper and James, 2, secciones 26. 16-29.18.

nación de recursos usada, por medio de los precios más altos para aquellos que pueden pagar por los servicios de las instituciones sin fines de lucro, a través de una "caridad" algo menor para los usualmente numerosos beneficiarios de la generosidad de la institución de caridad, y a través de una demanda más fuerte sobre los donantes. En todos los casos los efectos secundarios son ciertamente menos probables si la institución soporta la pérdida que si la soporta la parte perjudicada.

De manera similar, la asignación de recursos se aplica igualmente a las instituciones de caridad, como a las empresas con fines de lucro. Una institución de caridad "se vende" igual que cualquier otro servicio. Lo que consigue con buenas obras "es su producción". Su éxito depende de la utilidad de esas obras ante la mirada de los donantes y otros que pagan por los servicios de caridad, en comparación con los costos que la obra acarrea. Una elección racional entre las instituciones de caridad, y entre las instituciones sin fines de lucro y otros servicios, requiere que todos los costos aparezcan ante el público. Esto necesariamente implica que el costo por los perjuicios causados por los empleados de la institución se incluyan.

Decir que las personas no aprecian totalmente en valor de una institución de caridad, o que los resultados obtenidos son mayores una vez que los gastos han excedido a los costos por un monto significativo, es sólo decir que la institución de caridad crea beneficios ocultos, así como costos ocultos, o que la institución de caridad es una industria con costos decrecientes. Como hemos visto, tal situación no es exclusiva de las instituciones de caridad, y puede ser una buena base para la existencia de subsidios⁽¹⁵⁶⁾. Pero no existe mayor razón para que las partes perjudicadas paguen el subsidio en el caso de las instituciones de caridad de lo que habría en otras industrias en similar condición.

Hay otras bases, por supuesto, para criticar las inmunidades de las instituciones de caridad⁽¹⁵⁷⁾. La inconsistencia de una ley que asegura alivio a una persona perjudicada, por un camión de lavandería privado, pero que se lo niega a una persona herida por el camión de lavandería del hospital, sería suficiente para condenarla. Desde el punto de vista de este

artículo, sin embargo, basta decir que no existen fundamentos en las bases de la distribución de pérdidas o de la asignación de recursos para eximir a las instituciones de caridad de la responsabilidad vicaria.

Instrumentos Negociables.— La aplicabilidad de las teorías de la distribución de pérdidas no está, por supuesto, limitada al campo de los daños y perjuicios. Para indicar cómo estas teorías pueden aplicarse en áreas no relacionadas con los daños y perjuicios, hemos incluido algunos comentarios acerca de los documentos negociables. La falsificación, que a menudo ha sido examinada por los autores interesados en principalmente la distribución del riesgo⁽¹⁵⁸⁾, es considerada aquí porque la discusión y conclusiones alcanzadas se contradicen claramente con las que se alcanzarán al estudiar las órdenes de suspensión de pago. Además de este contraste, una discusión superficial de la asignación de recursos y falsificación, como la que podría considerarse aquí, aporta muy poco para modificar las conclusiones generales alcanzadas por aquellos que han estudiado el campo sólo desde el punto de vista de la distribución del riesgo. Un análisis más concienzudo podría, sin embargo, ser fructífero ya que tanto en las falsificaciones, como en los instrumentos negociables en general, uno trata con una estructura económica específica —el sistema de la banca. Como resultado, las preguntas acerca del efecto que tendrían la facilidad de la salida o el poder monopólico sobre la asignación de recursos podría tal vez ser contestada en términos más específicos de lo que pueden ser en la menos homogénea área de la responsabilidad civil.

Falsificaciones.— Dejando de lado cualquier consideración de qué sistema de asignación de pérdidas sirve mejor para disminuir el riesgo de falsificaciones, es difícil escapar a la conclusión alcanzada por la mayoría de autores, de que en general el riesgo de falsificaciones debería ser colocado sobre el banco girado⁽¹⁵⁹⁾. Una posible excepción a esto podría ser el caso de falsificaciones en fraudes de negocios⁽¹⁶⁰⁾. Excepto en este caso, el argumento de la distribución del riesgo es obvio. El banco es la parte más enterada de los peligros de la falsificación. Hasta donde se sabe, el daño se da con una certeza casi matemática. Es así la parte que de manera más factible de asegurarse, así

156) Ver texto correspondiente a notas 43-47 supra.

157) Ver nota 153, supra.

158) Ver, por ejemplo, Corker, "Risk of loss from Forged Indorsements", Stanford Law Review, Vol. 4, pp. 24, 30-31 (1951); Comentario, University of Chicago Law Review, Vol. 18, pp. 281, 287-288 (1951); Nota, University of Chicago Law Review, Vol. 14, pp. 705, 708 (1947); Comentario, Yale Law Journal, Vol. 65, pp. 807, 810 (1956).

Ver, por ejemplo, Comentario, Yale Law Journal, Vol. 62, pp. 417, 435-438 (1953); Cocker, supra nota 158, p. 31. Ver también Willinston 4, "Contracts" sección 1160, p. 3345 n. 10 (colección de casos); 5 Ibid sección 1572; National Bank of Stanford vs. Marshburn, 229 N.C. 104, 47 SE. 2d. 793 (1948).

Ver Uniform Commercial Code, sección 3-405, Comentario 4 (1952).

como para la cual el seguro es más barato. El banco se encuentra también en un posición crucial para alcanzar una sustancial, si no completa, distribución del riesgo secundaria a través de la manipulación del precio de los cheques. Claramente pues, si el banco soporta la pérdida, se minimiza el peligro de indeseables efectos secundarios.

Además, la justificación de la asignación de recursos no se contradice realmente de la mejor conclusión sobre distribución del riesgo. En teoría, la asignación de recursos adopta aquí la forma de una comparación entre distintas maneras de hacer pagos. Debido a que la falsificación es un costo inherente del pago con cheque, debería hacerse parte del costo visible en los propios cheques, para que así las personas puedan tener los datos correctos al decidir entre pagar "al contado" o con "cheques". El argumento teórico diría que las personas están al tanto de los costos reales de usar efectivo (tales como la inconveniencia o el peligro de pérdidas) pero salvo que los bancos asuman el riesgo de la falsificación, los usuarios de cheques no conocerán el costo total de usar más cheques de los que usarían si estuvieran bien informados. De hecho la validez de la teoría resulta dudosa. Parece probable que el costo de falsificación es tan ligero al estar dividido entre los usuarios de cheques, que no habrá diferencia alguna en el número de cheques usados. Pero si esto es así, se deduce que los bancos pueden trasladar todo el costo de la falsificación a los usuarios de los cheques, y así el argumento de la distribución del riesgo se vería reforzado. Si esto no fuera así, y si sumar el costo de la falsificación al precio de los cheques fuera en realidad suficiente para hacer que un número de personas usen cheques menos frecuentemente, se obtendría una mejor asignación de recursos. De cualquier manera, al colocar la pérdida inicial en los bancos se obtiene un resultado deseable. Como un asunto práctico, la importancia de escoger un sistema de asignación de pérdidas que ayude de manera significativa para prevenir falsificaciones, puede ser tan grande que cualquier discusión acerca de la falsificación que deja de lado la prevención casi no vale la pena. Sin embargo, una discusión incluso tan esquemática como ésta, indica que las nociones de distribución del riesgo y asignación de recursos tienen lugar en la formulación de una regla lógica acerca de las pérdidas por falsificación.

El caso de las falsificaciones en fraudes de negocios es bastante diferente. El riesgo aquí podría ser asignable a cualquiera de las dos empresas, cada una

de las cuales parece igualmente apropiada para proteger y actuar como un distribuidor secundario de riesgos. Si la distribución del riesgo es indiferente, las razones para escoger una empresa en vez de otra, deben derivarse de la teoría de asignación de recursos. Si el riesgo, cuando se asigna al banco, fuera una suma significativa al costo normal de falsificación, haciéndole que valga la pena para los bancos discriminar cuentas de sociedades y cargar distintos precios por los cheques por ellas, la asignación de recursos sería indiferente en cuanto a que los bancos o los negocios asumieran el riesgo inicialmente⁽¹⁶¹⁾. De cualquier manera, el costo formaría parte de ambas empresas, la bancaria y la de negocios. Y la división de la carga final no se vería afectada por aquel que asume la carga inicial. Que el banco o le negocio asumiera la mayor parte de ésta (de acuerdo estrictamente con la economía) dependería que los negocios tendieran a usar sustancialmente menos cheques, debido al riesgo involucrado, de los que usarían si los cheques no acarrearán riesgo alguno. Por supuesto, ya que los negocios en realidad no usarían menos cheques probablemente terminarían asumiendo la carga total.

Si el costo de separar las cuentas de cheques de las empresas fuera muy grande para que el banco se preocupara, se vería un resultado diferente. En ese caso los bancos tendrían que escoger entre pasar la carga a todos los usuarios de cheques, asumir las pérdidas ellos mismos o separar las cuentas de las sociedades de cualquier manera y pasar los costos de la misma, así como los costos de falsificación, a los usuarios de cheques. Cualquiera de estas formas asignarían de alguna manera mal los recursos. Primero, porque los usuarios (no hombres de negocios) de cheques enfrentarían un costo que ellos no generan, segundo, porque los negocios estarían aislados de un costo que es propiamente suyo, y tercero porque las empresas enfrentarían un costo que una mejor asignación de pérdidas hubiera podido prever. Por supuesto si el costo de las falsificaciones por empresas es tan pequeña que la mala asignación es insignificante (y esto no es poco probable), la pregunta es sólo interesante como un abstracto ejercicio intelectual. El problema entero podría evitarse poniendo el riesgo inicial sobre los negocios, en vez de sobre los bancos, y parecería aconsejable hacerlo. Ya sea porque el costo del seguro de falsificaciones o de garantizar a los empleados fuera sustancialmente más alto para los negocios que para los bancos, o se mostrara que los negocios son sustancialmente menos propensos para

(161) Lo mismo es cierto si por otras razones los Bancos desean segregar cuentas de sociedades de cuentas individuales, o si la combinación de otras razones añadiéndole el riesgo de

negocios fuese suficiente para justificar el costo de separar las cuentas de sociedades.

asegurar que los bancos, habría razones para un resultado diferente. Dentro de la teoría de distribución del riesgo adecuado y tal vez también una asignación de recursos, existirían bases para tomar en cuenta no sólo el no tan sólido argumento de la asignación de recursos hacia los negocios, en vez de la responsabilidad del banco, que acabamos de considerar.

Órdenes de Suspensión.— Los argumentos a favor de la responsabilidad inicial del banco por las órdenes de suspensión, aunque aparentemente basados en la teoría de la asignación de recursos, no se justifican por esa teoría. Los autores han establecido que el riesgo de no observar las órdenes de suspensión se aprecia mejor en el lado del banco pagador⁽¹⁶²⁾. Se dice que sólo el banco puede contrastar el costo de prevenir el no acatamiento de las órdenes de suspensión con el costo de pagar por los errores. Sólo el banco, puede así, asignar adecuadamente sus recursos entre la prevención y la compensación. Mientras esto resulta cierto, asumiendo la existencia de órdenes de suspensión, el argumento no sirve para enfrentar el problema de si (sobre la base de una asignación de recursos) los bancos deberían ser forzados a aceptar las órdenes de suspensión. En realidad, las indicaciones son que, en general, el derecho a suspender el pago de los cheques no es suficiente como para garantizar el costo que engendra. Si los usuarios de cheques en realidad se preocupan lo suficiente por las órdenes de suspensión como para pagar sin irritarse un precio más alto que los cheques acarrear, uno se pregunta por qué los bancos no les gusta tener que observar el derecho a utilizar las órdenes de suspensión. Si los clientes quisieran órdenes de suspensión, los bancos podrían fácilmente trasladar los costos agregados sin una baja en el uso de cheques o un detrimento en la no satisfacción del cliente⁽¹⁶³⁾.

El hecho que algunos usuarios de cheques deseen el derecho a formular órdenes de suspensión y que algunos estarían deseosos de pagar un precio sustancialmente más alto por este servicio, es fundamento para que las reglas comunes hagan que las órdenes de suspensión sean aplicables en general⁽¹⁶⁴⁾.

Comúnmente todos los que usan cheques disfrutan del derecho de suspender su pago, y todos pagan por éste, quieran o no⁽¹⁶⁶⁾. Como resultado, aquellos que no quieren este derecho y que rara vez lo usan, subsidian a aquellos que sí lo hacen. Por otro lado, los que ahora quieren el derecho para usar órdenes de suspensión, pueden aprovecharlo pues el servicio acarrea un precio menor que su costo real. Es así imposible decir si las órdenes de suspensión no subsidiadas serían suficientes.

La solución adecuada sería permitir el uso de las órdenes de suspensión a aquellos que las requieren y que están deseosos de pagar más por el derecho de tenerlas; pero las órdenes de suspensión no deberían estar a disposición como parte de los servicios normales de la chequera. Si pudieran mantenerse cuentas separadas de órdenes de suspensión, existiría un buen indicio económico de que el costo de mantenerlas, vale la pena. Y se mantendrían sólo para aquellos que las quisieran y estuvieran dispuestos a pagar por ellas. Si las cuentas con derecho a órdenes de suspensión no fuera un servicio auto-suficiente, entonces desde el punto de vista de la asignación de recursos se demostraría que las órdenes de suspensión son tan sólo una pérdida de recursos. Por supuesto, en aquellas cuentas especiales que tuvieran el privilegio de usar órdenes de suspensión, los bancos serían responsables, sin tomar en cuenta la negligencia, por cualquier falla al implementar una orden de suspensión. La razón es que en relación a estas cuentas, los bancos en realidad estarían en la mejor posición para asignar recursos entre la prevención y la compensación.

Un argumento aún más sólido en favor de las órdenes de suspensión puede basarse en las nociones de distribución del riesgo. Las órdenes de suspensión permiten al comprador cambiar de opinión en medio de una compra y distribuir su riesgo sobre todos los usuarios de cheques. Todos estos tienen este privilegio y pagan por él.

En efecto, el sistema general de órdenes de suspensión no es más que un seguro a corto plazo que es obligatorio para los usuarios de cheques, y que reúne

(162) Comentario, *University of Chicago Law Review*, Vol. 20, p. 667 (1953); *Kentucky-Farmers Bank vs. Staton*, 314 Ky. 313, 235 S.W. 2d. 767 (1951); *Calamita vs. Tradesman's Nat'l Bank*, 135 Conn 326, 64 A. 2d. 46 (1949). Ver, sin embargo Comentario, *Yale Law Journal*, Vol. 65, pp. 807, 819-821 (1956).

(163) Ver nota 166 infra.

(164) *Second Nat'l Bank vs. Meek Appliance Co.*, 244 S.W. 2d. 769 (Ky. 1951); *Calamita vs. Tradesman's Nat'l Bank*, 135 Conn 326, 64 A. 2d. 46 (1949); *Bohlig vs. First Nat'l Bank and Trust Co.*, 16 ND. Super 430, 84 A. 2d. 741, aff'd, 9 NJ. 607, 89 A. 2d. 242 (1952).

(165) *Ibid.* Algunos Estados permiten a los Bancos incluir cláusulas que prohíben detener el pago. Ver *Gaita vs. Windsor Bank* 251 N.Y. 152, 167 N.E. 203 (1929); *Chase Nat'l Bank vs. Battat*,

297 N.Y. 185, 78 NE. 2d. 465 (1948); *Tremont Trust Co. vs. Burack*, 235 Mass. 398, 126 N.E. 782 (1920); *Hodmick vs. Fidelity Trust Co.*, 96 Ind. App. 342, 183 N.E. 488 (1933). Para limitaciones adicionales, ver de manera general nota, "*Exculpation Clausses in Stop - Payments Orders*", *Rutgers Law Review*, Vol. 6, p. 577 (1952); *Martínez vs. National City Bank of N.Y.*, 80 F Supp. 545 (D.P.R. 1948).

(166) Muchos Bancos cobran una pequeña cantidad a aquellos que formulan una orden de detener el pago de un cheque. Pero, aparentemente, el cobro no guarda relación con la responsabilidad a la que el Banco se expone por detener el pago. Ver carta al autor de G. Harold Welch, Jr. Asistente del Vice-Presidente del First New Haven National Bank, New Haven Conn, en los archivos de la Biblioteca de Derecho de Yale.

riesgos, buenos y malos. Esto indudablemente distribuye el riesgo de algunas pérdidas. Pero parece extraño que el tipo particular de pérdida involucrada en las órdenes de suspensión debe ser rescatada y ser no sólo asegurable, sino necesariamente asegurable. En primer lugar, es más fácil evitar esta pérdida que la mayoría de pérdidas. En segundo lugar, es menos factible que sea catastrófica y que cause efectos secundarios indeseables. En tercer lugar, previene que el riesgo de pérdida caiga sobre el comprador por un período muy corto. Si no se da cuenta de su error mientras se autoriza el pago del cheque, la pérdida, pesada o liviana, caerá sobre él a pesar de las órdenes de suspensión. Por todas estas razones concluyo que mientras las órdenes de suspensión parecen encontrar alguna justificación en la distribución del riesgo, su relación con la distribución del riesgo es tan errática, y la distribución del riesgo involucrada tan lejana

de lo que normalmente sucede en nuestra sociedad, que no existe ninguna justificación real para tal solución. Tan sólo si pudiéramos que todos se aseguraran o si distribuyéramos cada tipo de riesgo concebible, es que las órdenes de suspensión estarían apoyadas por las nociones de distribución del riesgo.

Bajo estas circunstancias parece difícil de entender por qué algunas cortes rehusan autorizar a los bancos para que excluyan contractualmente la responsabilidad de las órdenes de suspensión⁽¹⁶⁷⁾, excepto, claro está, cuando dichos "contratos" son tan sólo intentos ex post facto por parte de los bancos para evitar una pérdida en la que ya han incurrido. Una solución más deseable, al menos desde el punto de vista de las teorías aquí discutidas, sería una regla general que aislará a los bancos de la responsabilidad de las órdenes de suspensión, a menos que exista pacto en contrario.

(167) Thomas vs. First Nat'l Bank, 376 Pd. 181, 101 A. 2d. 910 (1954); Speroff vs. First Cent. Trust Co. 149 Ohio St. 415 N.E. 2d. 119 (1948). Por supuesto que es fácil de entender por qué las órdenes de detención de pago existen en período de su historia. Y podría ser que existen razones fuera del ámbito de

éste artículo que justifican una regla general de órdenes de suspensión. Pero es difícil de ver una razón válida para ésta regla en términos de "distribución del riesgo" según lo discutido en este artículo.