

# RESOLVIENDO DISPUTAS POR RAZON DE VECINDAD: LA ECONOMIA SIMPLE DE LOS MANDATOS DE CESACION Y DE LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS\*

A. Mitchell Polinsky\*\*  
Profesor de Derecho y de Economía  
Universidad de Stanford

*Las «disputas por razones de vecindad» -tema constantemente debatido por los analistas económicos del Derecho- han sido resueltas por los tribunales mediante mandatos de cesación o indemnizaciones por daños y perjuicios.*

*En el presente artículo se analizan estos remedios privados, elaborando distintos supuestos, para señalar en cada caso cuál es la solución económicamente más eficiente y distributivamente equitativa. Tras el análisis, el autor concluye que no son lógicamente coherentes los argumentos que tradicionalmente se han esgrimido para sustentar que las indemnizaciones por daños y perjuicios son más eficientes. La única excepción se presenta, posiblemente, cuando existe una pluralidad de víctimas. En consecuencia, ningún remedio puede ser establecido como superior en abstracto, sino que ello siempre dependerá de las circunstancias concretas.*

Cuando alguien inicia una actividad que perjudica a su vecino de manera constante, se puede decir que se ha suscitado una «disputa por razón vecindad»<sup>1</sup>. Entre los ejemplos típicos de tales disputas tenemos las inmisiones de una fábrica que afectan las propiedades vecinas, las luces brillantes o los ruidos que perturban el sueño de una persona, así como los edificios de aspecto desagradable que estropean un atractivo barrio residencial. Casi todos los casos de contaminación, así como muchos otros ejemplos de uso incompatible del espacio vital, pueden describirse como disputas por razón de vecindad.

Este artículo compara el uso de dos remedios privados -los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios- en la solución de tales disputas<sup>2</sup>. En particular, el artículo examina

\* El presente artículo ha sido traducido por Carlos A. Patrón Salinas, ex-miembro del Comité Directivo de THEMIS - Revista de Derecho, y Juan Antonio Egúez Toledo, miembro de nuestra publicación.

El artículo fue originalmente publicado en *Stanford Law Review*, Vol. 32, Julio de 1980; y, ha sido traducido y reproducido con expreso consentimiento del autor. Título original: *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies*. Agradecemos a Enrique Felices Saavedra, ex-miembro del Comité Directivo de THEMIS - Revista de Derecho, por haberlo cedido para su publicación.

\*\* Al escribir este artículo, Profesor en Derecho y Profesor Asociado de Economía, Universidad de Stanford; Asociado de Investigaciones, Oficina Nacional de Investigación Económica (NBER). La investigación de este artículo fue financiada por la Fundación Científica Nacional mediante una concesión (SOC 78-20159) al Programa de Ley y Economía de la Oficina Nacional de Investigación Económica. Todas las opiniones expresadas pertenecen al autor y no al NBER. Comentarios valiosos fueron proporcionados por Robert Ellickson, Paul Goldstein, James Krier, Frank Michelman, Steven Shavell y Henry Steiner.

<sup>1</sup> Los «*torts*» del Derecho Común tradicional, por perjuicios que derivan de actos privados intencionales (continuos) y traspaso intencional se aproximan más a lo que quiero expresar con disputa por razón de vecindad. *Cf. e.g., Restatement(Second) of Torts* §§ 157-164 (traspaso intencional) (1965); *id.* §§ 821 D, §25 (perjuicios que derivan de actos privados internacionales). Pero no intento restringir las disputas por razón de vecindad a los supuestos que corresponden a estas doctrinas. Vea. e.g. notas 56-57. Sin embargo, no asumo que el ofensor y la víctima mantengan alguna relación contractual.

<sup>2</sup> \* NT: con «remedios», el autor se refiere a mecanismos legales de ejercicio privado, destinados a la tutela de derechos. El artículo original se refiere a «*injunctions*», lo que hemos traducido como «mandato de cesación». El *injunction* es un medio de tutela de derechos propio del *Common Law*, que consiste en un mandato expedido por un tribunal, con carácter discrecional, por el que se prohíbe al demandado, o a la persona que dependa jurídicamente de él, realizar un acto o proseguir realizando

la manera en que pueden utilizarse estos remedios para resolver una disputa por razón de vecindad de manera económicamente eficiente y distributivamente equitativa<sup>3</sup>. El artículo enfoca la circunstancia en la cual resulta más probable que estos remedios privados puedan aplicarse: cuando sólo hay dos partes involucradas, o cuando muchas partes son representadas por otras pocas, como en las acciones de clase<sup>4</sup>.

Siguiendo a Calabresi y Melamed<sup>5</sup>, la solución de disputas por razón de vecindad puede ser vista en dos etapas. Primero, se debe determinar quién tiene la titularidad que debe prevalecer. Al que contamina se le puede conceder el derecho (la titularidad) de contaminar o al contaminado se le puede otorgar el derecho (la titularidad) de per-

manecer libre de contaminación. Luego, en el lenguaje de Calabresi y Melamed, se debe decidir si se va a proteger la titularidad con una «regla de propiedad» o con una «regla de responsabilidad». La primera confiere al titular un mandato de cesación, mientras la segunda le otorga una indemnización por daños y perjuicios fijada por alguna autoridad colectiva, como por ejemplo un tribunal. Así, en su marco de trabajo, existen cuatro tipos posibles de soluciones, dependiendo de la persona a quien se otorga la titularidad y de cómo ésta es protegida<sup>6</sup>.

Los más recientes comentarios legales sobre la regulación de disputas por razón de vecindad han enérgicamente recomendado el empleo de indemnizaciones en vez de mandatos de cesación<sup>7</sup>. No

una cierta actividad, lesivos de los derechos del demandante. Si bien asimilar esta figura a una análoga en nuestro sistema resulta difícil, la finalidad de los mandatos de cesación es clara: tutelar un derecho haciendo cesar la actividad material que perjudica a su titular.

Muchas de las ideas fueron desarrolladas de manera más técnica principalmente para un público económico en Polinsky *Controlling Externalities: Property Right, Liability Rule and Tax-Subsidy Approaches*, 8 J. Legal Stud. 1 (1979) [de aquí en adelante citado como *Controlling Externalities*], y en Polinsky, *On the Choice Between Property Rules and Liability Rules*, 18 Econ. Inquiry 23 (1980) [en adelante citado como *On the Choice*]. El presente artículo desarrolla estas ideas de una manera menos técnica y está dirigido principalmente a un público jurídico.

<sup>3</sup> Véanse los textos que acompañan a las notas 11-13, 19-20 *infra*.

<sup>4</sup> Véanse las notas 56-57 *infra* y el texto que las acompaña.

<sup>5</sup> Calabresi & Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972). Versión en castellano: CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. «Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: un Vistazo a la Catedral». EN THEMIS - Revista de Derecho, N. 21, p. 69 (1992).

<sup>6</sup> Estas soluciones son una regla de propiedad con la titularidad otorgada al contaminador; una regla de propiedad con la titularidad otorgada al contaminado; una regla de responsabilidad con la titularidad otorgada al contaminador; una regla de responsabilidad con la titularidad otorgada al contaminado.

<sup>7</sup> Véanse, e.g. Ellickson, *Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls*, 40 U. Chi. L. Rev. 681, 738-48 (1973); Rabin, *Nuisance Law: Rethinking Fundamental Assumptions*, 6 Va. L. Rev. 1299, 1309-48 (1977); Comentario, *Internalizing Externalities: Nuisance Law and Economic Efficiency*, 53 N.Y.U. L. Rev. 219, 228-40 (1978).

Calabresi y Melamed presentan argumentos tanto para los mandatos de cesación como para las indemnizaciones por daños y perjuicios. Ellos parecen sugerir que los mandatos de cesación son más eficientes cuando existe una sola víctima y un solo ofensor. Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1118-19, 1127. Ellickson, sin embargo, ha discutido este argumento, correctamente, en mi opinión. Ellickson, *supra*, 74-47; véase la nota 10 *infra*. Cuando existen muchas víctimas, Calabresi y Melamed sostienen más explícitamente que las indemnizaciones por daños y perjuicios tienden a ser más eficientes. Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1106-10, 1119-21. Recientemente, Calabresi ha expresado una aprobación más enérgica de las indemnizaciones por daños y perjuicios. Calabresi, *Torts - The Law of the Mixed Society, in American Law: The Third Century* 103, 112-13; (Schwartz ed. 1976). R. POSNER, *Economic Analysis of Law* (2da. ed. 1977), sostiene que las indemnizaciones por daños y perjuicios podrían utilizarse cuando los «costos de transacción» son altos y que los mandatos de cesación deberían utilizarse cuando tales costos son bajos. *Id.*, 51. Posner señala que los costos de transacción son sumamente altos cuando hay un ofensor y muchas víctimas, pero que los costos de transacción «pueden ser bastante altos» incluso con un solo ofensor y una víctima (debido a la conducta estratégica). *Id.*, 45. Michelman, Book Review, *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*, 80 Yale L.J. 647, 669-73 (1971), concluye que con un solo ofensor y muchas víctimas, las indemnizaciones por daños y perjuicios serán probablemente utilizadas a menos que el resultado eficiente es que la actividad del ofensor sea impuesta (es decir, cuando el ofensor es el «evitador más barato de costos»). Michelman no considera el caso de un ofensor y una víctima. Algunos comentaristas recientes parecen preferir (o al menos muestran una mayor simpatía hacia) el mandato de cesación. Véanse, e.g. O. Fiss, *The Civil Rights Injunction* 74-80 (1978); Freeman, *Give and Take: Distributing Local and Environmental Through Land-Use Regulation*, 60 Minn. L. Rev. 883, 913-27 (1976); Comentario, *Equity and the Eco-System: Can Injunctions Clear the Air?*, 68 Mich. L. Rev. 1254, 1254-55, 1262-64 (1970); Note, *Injunction Negotiations: An Economic, Moral, and Legal Analysis*, 27 Stan. L. Rev. 156, 1566-69 (1975).

está claro el hecho de que las decisiones de los tribunales también favorezcan el empleo de indemnizaciones, aunque muchos comentaristas perciban una tendencia en esta dirección<sup>8</sup>. Tres argumentos han sido sugeridos para esta preferencia; me referiré a éstos como la extorsión, la conducta estratégica, y argumentos de «pago en exceso»<sup>9</sup>.

El primer argumento contra los mandatos de cesación es que estos permiten al demandante «extorsionar» al demandado. Esta posibilidad surge cada vez que el costo potencial que la ejecución del mandato representaría para el demandado excede la eventual pérdida que sufriría el demandante si la actividad cuestionada ocurre. Suponga, por ejemplo, que el funcionamiento de una fábrica causa daños al contaminado en \$1,000 mientras que el contaminador perdería \$10,000 en utilidades si la planta es clausurada por un mandato de cesación. Puesto que el demandado podría estar dispuesto a pagar hasta el íntegro de su utilidad potencial para evitar el cierre de la fábrica, el demandante podría exigir una compensación muy por encima de los daños y perjuicios que realmente sufrió. Sin embargo, bajo una indemnización por daños y perjuicios, el tribunal fija la compensación que le corresponde al demandante -presumiblemente \$1,000 en este ejemplo- no dejando lugar para la extorsión.

Note que el argumento de la extorsión se relaciona con el objetivo de la equidad distributiva y no con el de la eficiencia económica. En el ejemplo anterior es eficiente para la fábrica seguir operan-

do puesto que sus utilidades son de \$10,000, mientras sus costos son sólo de \$1,000. Si, debido a la amenaza del mandato de cesación, el contaminador paga al contaminado \$9,000 a fin de continuar operando, esto puede ser inequitativo, pero no es ineficiente.

El segundo argumento contra los mandatos de cesación -el argumento de la conducta estratégica- tiene que ver con las consecuencias de eficiencia económica en una extorsión sin éxito. La conducta estratégica consiste en un comportamiento negociador en el cual una parte, quizás mal percibiendo la posición de negociación de su oponente, no transa a la espera de un arreglo que jamás es alcanzado (o que es alcanzado después de un costo de negociación o un retraso indebido). Bajo un mandato de cesación, la conducta estratégica puede evitar que las partes alcancen una solución eficiente de su disputa. En el ejemplo anterior, el demandante podría esperar \$8,000, mientras el demandado, también comportándose estratégicamente, podría negarse a pagar por encima de \$5,000. Como consecuencia, el demandante podría ejecutar el mandato de cesación y clausurar la fábrica del demandado (por lo menos durante un tiempo). Por el contrario, una indemnización parece superar los problemas de la conducta estratégica debido a que el demandado no tiene que obtener el consentimiento del demandante. En el ejemplo, el demandado presumiblemente elige pagar cualquier indemnización fijada por el tribunal inferior a \$10,000 y mantener su instalación en funcionamiento.

<sup>8</sup> Debido a que históricamente ambos remedios, el mandato de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios, han estado disponibles en los casos de perjuicios que se derivan de actos privados y de traspaso, *Restatement (Second) of Torts* §§ 821D, comentario a, 822, comentario d, 930, comentario b, 951 (1965), una valoración confiable de las tendencias relativas en su uso requeriría una investigación empírica de las decisiones judiciales durante muchos años. Sin embargo, la mayoría de los comentaristas creen que las indemnizaciones por daños y perjuicios están siendo utilizadas cada vez más por los tribunales norteamericanos. La siguiente «cápsula histórica» de las prácticas judiciales en los casos de disputas por razón de vecindad es representativa de este punto de vista: «En el Derecho común, los tribunales concedían tradicionalmente una reparación por mandato de cesación (antes que por daños y perjuicios) si se demostraba que el demandado interfería injustificadamente con el disfrute de tierras del demandante... Los tribunales se fueron dando cuenta de que los costos sociales de la ejecución de los mandatos judiciales podría exceder a los costos verdaderos de los daños que reparaban, pero en vez de reemplazarlo por una indemnización por daños y perjuicios, los tribunales respondieron negándose a encontrar un acto perjudicial cuando el daño resultaba de actividades socialmente beneficiosas. Ultimamente, sin embargo, los tribunales han comenzado a reconocer la conveniencia de las indemnizaciones por daños y perjuicios.» Nota, *Efficient Land Use and the Internalization of Beneficial Spillovers: An Economic and Legal Analysis*, 31 *Stan. L. Rev.* 457, 464-65 (1979) (se omiten las notas a pie de página); según, Rabin, *supra* nota 7, 1300 n.4 (refiriéndose a «la tendencia hacia la concesión de daños y perjuicios en vez de un mandato de cesación en los casos de disputas por razón de vecindad»); véase, nota 7 *supra*, 1566 n.13 (haciendo mención a «la preferencia del sistema jurídico actual por las indemnizaciones por daños y perjuicios en vez de la reparación por mandato de cesación»).

Los principales casos americanos más recientes que ilustran la utilización de las indemnizaciones por daños y perjuicios son *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y.2d 219, 257 N.E.2d 870, 309 N.Y.S.2d 312 (1970), y *Spur Indus., Inc. v. Del E. Webb Dev. Co.*, 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972). Los tribunales ingleses favorecen aparentemente la reparación por mandato de cesación sobre las indemnizaciones. Ogus & Richardson, *Economics and the Environment: A Study of Private Nuisance*, 36 Cambridge L.J. 284, 308-09 (1977). Pero recientemente se ha mostrado «cierta complacencia de la actitud judicial» con relación a esta preferencia. *Id.* 310 (citando a *Miller v. Jackson* y Otro, [1977] W.L.R. 20).

<sup>9</sup> Hasta donde conozco, estos tres argumentos no han sido declarados juntos en otra parte, aunque cada uno ha sido explicado por separado. Véase la nota 10 *infra*.

El tercer argumento a favor de las indemnizaciones -el argumento de «pago en exceso»-, es ofrecido con menos frecuencia que los otros dos. Una vez que se ha decidido por la indemnización, por cualquiera de las otras razones, es posible perseguir objetivos distributivos adicionales fijando la responsabilidad del demandado en una suma mayor o menor a los daños y perjuicios realmente sufridos por el demandante. En el ejemplo, suponga que el demandante es más pobre que el demandado y se desea una distribución de ingresos más equitativa. La indemnización podría aumentarse mediante un «pago en exceso» a fin de alcanzar la cantidad precisa de redistribución deseada. Si la redistribución mediante otros medios -tales como el sistema de impuestos al ingreso- es más costosa (en un sentido de eficiencia), entonces la utilización de las indemnizaciones para lograr este objetivo podría resultar apropiada. Con el mandato de cesación, por otro lado, los resultados distributivos son inciertos. Por ejemplo, la extorsión puede llevar al demandado a pagar al demandante cualquier cantidad comprendida entre \$1,000 y \$10,000. La suma real dependerá de las fuerzas relativas de negociación de las partes. Alternativamente, la conducta estratégica puede llevar a la ejecución del mandato de cesación, obligando al demandado a cerrar, con una pérdida de

\$10,000 para él y un beneficio de \$1,000 por los daños de contaminación evitados por el demandante.

Estos tres argumentos sustentan la proposición de que las indemnizaciones por daños y perjuicios son más adecuadas para alcanzar un resultado eficiente (evitando la conducta estratégica), y para promocionar el resultado distributivo deseado (evitando la extorsión y permitiendo el «pago en exceso») <sup>10</sup>. Este artículo demostrará, sin embargo, que en circunstancias reales la preferencia por las indemnizaciones no es siempre justificada. En términos de obtención del resultado eficiencia, se mostrará que las indemnizaciones por daños y perjuicios son tan susceptibles a los problemas de conducta estratégica como los mandatos de cesación cuando, naturalmente, los tribunales no puedan determinar en forma correcta los daños y perjuicios realmente sufridos. En términos de obtención de la equidad distributiva, se mostrará que las indemnizaciones por daños y perjuicios no son tan distributivamente flexibles como usualmente se presume. Las indemnizaciones por daños y perjuicios son aun preferibles en algunas circunstancias, pero los mandatos de cesación son superiores en otras. Explorando sistemáticamente los méritos relativos de ambos remedios en dis-

<sup>10</sup> La preferencia de muchos comentaristas legales recientes por las indemnizaciones por daños y perjuicios, véase la nota 7 *supra*, se basa principalmente en el argumento de la conducta estratégica y en segundo lugar en el argumento de pago en exceso. Como ejemplos del argumento anterior, véase Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1106-07, 1119 (donde se discute el problema de «resistencia» y el de «polizonte» cuando existe un ofensor y muchas víctimas), y Ellickson, *supra* nota 7, 742-47 donde se discuten los mismos problemas cuando existen una o muchas víctimas). Aunque Calabresi y Melamed parecen creer que los problemas de conducta estratégica surgen sólo cuando hay muchas víctimas (o muchos ofensores), Ellickson señala que los problemas de conducta estratégica también pueden surgir con un sólo ofensor y una sola víctima. Para otros puntos de vista similares al de Ellickson, véase, por ejemplo, R. Posner, *supra* nota 7, 45; Regan, *The Problem of Social Cost Revisited*, 15 *J.L. & Econ.* 427, 428-32 (1972), y R. Cooter, *The Cost of Believing Coase's Theorem* (Nov. 1976) (Papeles de Trabajo No. 84, Departamento de Economía, Universidad de California, Berkeley).

Para un ejemplo de pago en exceso, véase Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1110, 1121. El término «pago en exceso» pertenece a Ellickson, *supra* nota 7, 735-37 aunque él lo utiliza de una manera algo distinta de como lo empleo aquí. Según lo utiliza Ellickson, un pago en exceso es una cantidad añadida a una medida de valor «objetiva» del mercado de los daños y perjuicios a fin de reflejar los daños y perjuicios «subjetivos» sufridos también por el demandante. En su opinión, éstos pagos «podrían definirse a través de niveles legislados, quizás como porcentajes específicos de la adjudicación del mercado de valores.» *Id.* 736. Así, si uno quisiera perseguir un objetivo distributivo mediante una indemnización por daños y perjuicios, que es el propósito de mi «pago en exceso», uno podría utilizar un porcentaje menor o mayor que el necesario para llegar al «pago en exceso» de Ellickson.

Algunos comentaristas legales recientes que prefirieron las indemnizaciones por daños y perjuicios basaron su preferencia en el argumento de la extorsión. Véase, e.g. Keeton & Morris, *Notas acerca de «Balancing the Equities»*, 18 *Tex. L. Rev.* 412 (1940).

En la medida en que hay una preferencia judicial cada vez mayor por las indemnizaciones por daños y perjuicios, véase la nota 8, *supra*, parece ser que ésta se basa en los argumentos de la extorsión y de la conducta estratégica. El argumento anterior está comprendido dentro de la doctrina de opresión equitativa, la cual establece que si hay lugar para una extorsión sustancial bajo el mandato de cesación, entonces no se debe conceder un mandato de cesación, aún cuando los remedios alternativos den como resultado una compensación demasiado pequeña. Véase, nota, *supra* nota 7, 1577 («virtualmente cada jurisdicción legal en los Estados Unidos se ha volcado hacia la doctrina de opresión equitativa como un remedio para el problema de la extorsión, y su utilización aún sigue aumentando»). El argumento de la conducta estratégica se ilustra en *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y.2d 219, 257 N.E.2d 870, 309 N.Y.S.2d 312 (1970). El tribunal asume allí que si se concede a los demandantes un mandato de cesación, éstos no llegarían a un arreglo del caso aún cuando sus daños y perjuicios fuesen de \$185,000 y la inversión del demandado en su instalación fuese de \$45,000,000. *Id.* 225, 257 N.E.2d, 873, 309 N.Y.S.2d, 316-17. El argumento de la conducta estratégica está implícito también en la defensa ante un mandato de cesación que el demandante realizó de mala fe o para el propósito de un «litigio vejatorio.» Véase W. Posser, *Handbook of the Law of Torts* § 91, 611 (4th ed. 1971).

tintas circunstancias, espero proporcionar un mejor entendimiento de cuándo debe usarse cada uno de ellos.

La parte I de este artículo discute los objetivos de eficiencia y equidad distributiva en mayor detalle. La parte II examina aún más las «herramientas» para alcanzar estos objetivos: las titularidades y los remedios para su protección. Luego, de la parte III a la VII, se analizan ambos remedios bajo diferentes supuestos acerca de la conducta negociadora de los litigantes, el costo de redistribuir ingresos entre los litigantes por medios distintos, y la información disponible al tribunal. En cada una de estas partes, asumo que hay un ofensor y una víctima. La Parte VIII enfoca los remedios cuando hay un ofensor y pluralidad de víctimas. Finalmente, en la Parte IX se examinan nuevamente los tres argumentos a favor de las indemnizaciones por daños y perjuicios anteriormente descritos.

Las conclusiones básicas del artículo pueden expresarse brevemente de la siguiente manera: En el mejor de todos los mundos posibles -conducta cooperativa, redistribución sin costos e información perfecta- los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios son igualmente deseables. La presencia de conducta estratégica no varía esta conclusión. Sin embargo, si adicionalmente es costoso redistribuir el ingreso, los remedios ya no serán equivalentes. Cuando hay un número pequeño de litigantes en estas circunstancias, por lo general ningún remedio es preferible. Sin embargo, cuando hay un gran número de litigantes las indemnizaciones por daños y perjuicios son superiores. Finalmente, y de manera realista, si los tribunales también tienen información imperfecta, por lo general, ningún remedio es preferible. Dependiendo del tipo de información disponible, tanto el mandato de cesación como las indemnizaciones por daños y perjuicios pueden ser preferibles en una circuns-

tancia específica. Dada la presencia de estas complicaciones, la opinión de que las indemnizaciones por daños y perjuicios son generalmente superiores no es apoyada.

## I. LOS OBJETIVOS: EFICIENCIA Y EQUIDAD DISTRIBUTIVA

Los argumentos contra los mandatos de cesación en la introducción se basaron en el deseo de alcanzar dos objetivos: el uso eficiente de los recursos y la distribución de ingresos deseada<sup>11</sup>. Antes de examinar en detalle la manera en que los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios pueden utilizarse para obtener resultados eficientes y equidad distributiva, será de utilidad examinar estos objetivos con mayor precisión.

### A. Eficiencia

Eficiencia, según se utiliza este término en el artículo, consiste en crear el mayor beneficio agregado de una actividad, tomando en consideración los costos y beneficios en que incurren las partes afectadas. No importa, para los efectos de eficiencia, la forma en que se distribuye ese beneficio.

Una solución eficiente de una disputa por razón de vecindad puede tomar una de dos formas. En primer lugar, las partes podrían elegir coexistir pero adaptar sus conductas para maximizar sus beneficios conjuntos en relación a los costos. Por ejemplo, en muchos conflictos de contaminación el resultado eficiente del contaminado consistiría en permanecer en el lugar donde se halle y la del contaminador en reducir -pero no eliminar- su contaminación<sup>12</sup>. Alternativamente, la solución eficiente podría consistir en la clausura o la mudanza. Por ejemplo, la eficiencia podría requerir que el contaminador permanezca en su lugar y que el contaminado se reubique, o viceversa<sup>13</sup>. Para los propósitos de este artículo, asumo que la so-

<sup>11</sup> Estos son los mismos objetivos adoptados por Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1092-1101. Aunque ellos discuten también otras razones «de justicia», *id.* 1102-05, admiten «que es difícil conocer el contenido de ese término, al menos dadas las definiciones tan amplias de eficiencia económica y objetivos distributivos que hemos usado» *id.* 1102. Para una discusión interesante de regulación de conflictos por razón de vecindad basada en los principios de «justicia correctiva» «otorgando a cada persona la reparación que fuese necesaria a causa de la violación de sus derechos por otros» véase Epstein, *Nuisance Law: Corrective Justice and Bits Utilitarian Constraints*, 8 J. Legal Stud. 49,50 (1979). Ver generalmente R. Stewart & J. Krier, *Environmental Law and Policy* 168-97 (2d ed. 1978); Ogus & Richardson, *supra* nota 8, 317-23.

<sup>12</sup> Este es, en efecto, el «caso del libro de texto» en la mayoría de las discusiones de los economistas sobre problemas de externalidad. Véase, e.g., R. Musgrave & P. Musgrave, *Public Objectivoance in Theory and Practice* 704-07 (2d ed. 1976).

<sup>13</sup> Véase, e.g., White & Wittman, *Long-Run Versus Short-Run Remedies for Spatial Externalities: Liability Rules, Pollution Taxes, and Zoning*, en *Essays on the Law and Economics of Local Governments* 13 (D. Rubinfeld ed. 1979); Nota, *An Economic Analysis of Land Use Conflicts*, 21 Stan. L. Rev. 29 (1969).

lución es del primer tipo: las partes coexisten pero una debe adaptarse<sup>14</sup>. Específicamente, me refiero a una fábrica contaminante próxima a una unidad residencial<sup>15</sup>. Para simplificar más la situación, asumo que cada unidad producida por la fábrica ocasiona la misma cantidad de daños (y que el residente no puede alterar el nivel de daños con su conducta). Estos supuestos son poco realistas en muchos aspectos, pero los puntos básicos a desarrollarse se aplican también a situaciones más complicadas. Asumo también que, a bajos niveles de producción de la fábrica, cada unidad producida incrementa las utilidades de la fábrica en una proporción mayor a los daños del residente y que, en altos niveles de producción, lo contrario es cierto. Dados estos supuestos, la solución eficiente es que la fábrica contamine mientras que la utilidad adicional que obtiene de su última unidad producida (su utilidad marginal) exceda al aumento en los daños causados al residente por esa unidad (el daño marginal); cualquier nivel de producción menor implicaría para la fábrica pérdidas mayores que las ganancias del residente, y cualquier producción superior implicaría pérdidas del residente mayores a las utilidades de la fábrica<sup>16</sup>. Un sencillo ejemplo numérico será utilizado a lo largo de este artículo para ilustrar la disputa por

razón de vecindad. La Tabla 1 proporciona los datos básicos. Si la fábrica no produce, no obtiene utilidad y no causa daños<sup>17</sup>. Así, los beneficios conjuntos de las partes -utilidades totales menos daños totales- son también cero. La primera unidad producida por la fábrica resulta en \$17,000 en utilidades para la misma y causa \$7,000 en daños al residente. Así, los beneficios conjuntos son \$10,000 (\$17,000-\$7,000). El cambio en los beneficios conjuntos del nivel anterior de producción es también \$10,000 (\$10,000-\$0). Este cambio será denominado «ganancias marginales del intercambio»<sup>18</sup>. La segunda unidad producida genera \$13,000 adicionales en utilidades para la fábrica y \$7,000 adicionales en daños para el residente, resultando en \$30,000 de utilidades totales para la fábrica y en \$14,000 de daños totales para el residente. En este nivel de producción, los beneficios conjuntos de las partes son \$16,000 (\$30,000-\$14,000) y las ganancias marginales del intercambio son \$6,000 (\$16,000-\$10,000). Los resultados de los niveles de producción restantes se interpretan de modo similar. Advertida que eventualmente -en la sexta unidad producida- la fábrica realmente pierde dinero al producir más (por ejemplo, debido a que sus costos de producción marginal se elevan excesivamente).

<sup>14</sup> A fin de justificar esta presunción, es necesario suponer que las partes tienen razones especiales para querer permanecer en sus localidades actuales (por ejemplo, debido a las ventajas de producción especializada o amenidades locales) y que ellos están dispuestos a pagar más que cualquier otro para estar allí sin tomar en consideración la manera en que se resuelve la disputa por razón de vecindad. De lo contrario sería necesario considerar la posibilidad de la «entrada» de otras partes o de la «salida» de las partes existentes, complicando de ese modo más la discusión. Para los análisis de mandatos de cesación y de indemnización por daños y perjuicios cuando la solución eficiente involucra la entrada o salida, véase Frech, *The Extended Coase Theorem and Long Run Equilibrium: The Nonequivalence of Liability Rules and Property Rights*, 17 *Econ. Inquiry* 254 (1979) (la entrada y salida de tanto ofensores y víctimas cuando las partes no negocian entre sí), y Polinsky, *Controlling Externalities*, *supra* nota 2 (la salida de la víctima cuando las partes sí negocian).

<sup>15</sup> En muchas situaciones realistas de este tipo, existen otras «partes afectadas», tales como, comunidades próximas dependientes de los empleos de la fábrica, que no están representados. Véase, e.g., R. Stewart & J. Krier, *supra* nota 11, 230, 245; Michelman, *supra* nota 7, 681-83. Las consecuencias originadas por la existencia de dichas partes no se discuten en este artículo.

<sup>16</sup> Por razones expositivas, me referiré a este nivel de producción como el eficiente aún cuando esta referencia pueda no ser estrictamente correcta.

<sup>17</sup> Este ejemplo asume que la fábrica no tiene costos fijos y que no hay daños fijos.

<sup>18</sup> Esta terminología, utilizada comúnmente por los economistas, se deriva de una situación en la cual una parte tiene el derecho o la capacidad para bloquear el desplazamiento hacia el resultado eficiente. Un incremento en los beneficios conjuntos ocurre entonces cuando esa parte negocia su derecho o capacidad de impedir el daño a cambio una participación de las utilidades al efectuar dicho cambio. Sin embargo el término «ganancias del intercambio», es utilizado más ampliamente por los economistas para referirse al incremento en los beneficios conjuntos sin importar si el incremento ocurre de esta manera. Por ejemplo, si la autoridad central en una economía socialista ordena el cambio del incremento resultante en los beneficios conjuntos, será considerado también como ganancias del intercambio.

Producción de la fábrica	Utilidad marginal de la fábrica	Daños marginales del residente	Utilidad total de la fábrica	Daños totales del residente	Utilidad total menos daños totales	"Ganancias del intercambio" marginales
0	—	—	\$0	\$0	\$0	—
1	\$17,000	\$7,000	\$17,000	\$7,000	\$10,000	\$10,000
2	13,000	7,000	30,000	14,000	16,000	6,000
3	9,000	7,000	39,000	21,000	18,000	-2,000
4	5,000	7,000	45,000	35,000	10,000	-6,000
5	1,000	7,000	45,000	35,000	10,000	-6,000
6	-3,000	7,000	42,000	42,000	0	-10,000
7	-7,000	7,000	35,000	49,000	-14,000	-14,000

En el ejemplo numérico, los beneficios conjuntos de las partes se maximizan en \$18,000 cuando la fábrica produce tres unidades. Esta producción es, por consiguiente, el nivel «eficiente» de producción. Una manera útil de considerar la «maximización de los beneficios conjuntos» o el nivel eficiente de producción es en los términos de las ganancias marginales del intercambio. En cada nivel de producción, excepto en la tercera unidad, hay ganancias marginales del intercambio -es decir, los beneficios conjuntos pueden incrementarse cambiando el nivel de producción. Si el nivel de producción es menor a tres unidades, los beneficios conjuntos pueden incrementarse aumentando el nivel de producción, mientras que si el nivel de producción es mayor a tres unidades, los beneficios conjuntos pueden incrementarse reduciendo el nivel de producción. Sólo en un nivel de producción de tres unidades cualquier cambio en el mismo resultará en menores beneficios. Así, el nivel de producción maximizador de los beneficios conjuntos o eficiente es aquél en el cual todas las ganancias del intercambio han sido explotadas.

## B. Equidad distributiva

El segundo asunto potencialmente importante en cualquier disputa por razón de vecindad es la equidad distributiva<sup>19</sup>. En el ejemplo anteriormente discutido, alcanzar el resultado eficiente no resuelve quién debe sobrellevar los daños restantes y quién es el que obtiene las ganancias del intercambio originado al alcanzar la solución eficiente.

En el nivel eficiente de producción el residente asume \$21,000 en daños y las ganancias totales del intercambio son, comenzando desde el nivel de producción cero, \$18,000. Una legislatura o tribunal puede desear colocar estas ganancias y pérdidas en base a algún principio de distribución equitativa<sup>20</sup>. Para los propósitos de este artículo, no es necesario discutir la manera en que deben realizarse estas elecciones distributivas. La pregunta que se contesta aquí es más simple: ¿Cómo se comparan entre sí los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios en cuanto a su facilidad para alcanzar los objetivos distributivos, una vez que éstos han sido establecidos?

Aunque los argumentos de la extorsión y de los pagos en exceso que favorecen las indemnizaciones por daños y perjuicios están basados en consideraciones distributivas, podría argumentarse que tales consideraciones no afectan la elección del remedio puesto que los objetivos distributivos pueden manejarse mejor a través de otros medios, como el sistema de impuesto al ingreso. Mientras es indudable que amplios objetivos distributivos pueden ser mejor promovidos a través del sistema de impuestos, la elección de los remedios puede aún contribuir a estos objetivos. Los remedios a las disputas por razones de vecindad pueden ser útiles porque la redistribución a través del sistema de impuestos es costosa en términos de eficiencia<sup>21</sup>. Por ejemplo, muchos supuestos de mandatos de cesación y de indemnizaciones por daños y

<sup>19</sup> Por motivos de simplicidad trato a las consecuencias distributivas de manera distinta a las consecuencias de eficiencia aun cuando esta separación es estrictamente correcta sólo si los ingresos pueden ser redistribuidos sin costo entre las partes. Véase, e.g., Polinsky, *Economic Analysis as a Potentially defective product: a Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, 87 Harv. L. Rev. 1655, 1665-69, 1676-80 (1974).

<sup>20</sup> Debido a que a lo largo de este artículo considero que son los tribunales los que toman las decisiones y que los objetivos que persiguen son promover la eficiencia y la equidad distributiva, no distinguiré en adelante entre una legislatura y un tribunal. Aunque existen diferencias institucionales significativas, entre tribunales y legislaturas, estas diferencias no son centrales para mi análisis.

<sup>21</sup> Véase la nota 40 *infra* y el texto correspondiente.

perjuicios son capaces de alcanzar el resultado eficiente<sup>22</sup>. Dadas alternativas igualmente eficientes, la selección entre ellas en base a consideraciones distributivas tiene la ventaja de producir la redistribución deseada sin ningún costo de eficiencia.

De manera similar, aun cuando el objetivo de eficiencia favorezca un remedio por encima de otro, puede aun ser deseable permitir que las consideraciones distributivas tengan algún peso en la elección, ya que efectuar la distribución deseada por otros medios puede resultar aún más costosa en términos de eficiencia. Por ejemplo, supongamos que el objetivo distributivo favorece decididamente la redistribución a favor de los pobres pero que el grado de progresividad del sistema de impuestos necesario para lograr este objetivo lleva a que individuos con ingresos medios y altos trabajen y ganen mucho menos. Debido a distorsiones sustanciales en el esfuerzo de trabajo, la redistribución a través del sistema de impuestos sería muy costosa en términos de eficiencia. Suponga además, no obstante, que la mayoría de personas pobres viven cerca de fábricas contaminantes y que estas fábricas pertenecen principalmente a personas mucho más adineradas. Luego, el remedio elegido para resolver la disputa por razón de vecindad podría ser también un instrumento útil para mejorar la distribución de los ingresos<sup>23</sup>. Aun si un remedio es eficiente para manejar el problema de las disputas por razón de vecindad, el otro remedio, no obstante algo menos

eficiente, puede sin embargo preferirse si es capaz de conseguir además la redistribución deseada<sup>24</sup>. En la práctica, la capacidad de redistribución por medio de la elección de un remedio depende de la proximidad con que los demandantes y demandados en una típica disputa por razón de vecindad corresponden a los grupos entre los cuales la redistribución es deseada. Normalmente esperaría algún tipo de correspondencia entre estos grupos -los demandantes en las disputas por razones de vecindad son probablemente más pobres en promedio que los demandados- pero no demasiada<sup>25</sup>. Por esta razón, el rol de la redistribución del ingreso de los remedios puede ser limitado en la práctica. Sin embargo, porque la promoción de la redistribución es el sustento íntegro del argumento del pago en exceso a favor de las indemnizaciones por daños y perjuicios, y porque existen, sin lugar a dudas, muchas disputas por razón de vecindad en las cuales la redistribución cumple un rol adicional al objetivo de eficiencia<sup>26</sup>, este artículo trata la distribución como un asunto relevante en la elección de los remedios para las disputas por razón de vecindad<sup>27</sup>.

### C. Bienestar social

A menudo será conveniente subsumir los objetivos de eficiencia y equidad distributiva dentro de un concepto más general de «bienestar social». Uno puede imaginarse el bienestar social como un promedio ponderado de los dos objetivos fun-

<sup>22</sup> Véase, e.g., Partes III-V *infra*.

<sup>23</sup> Sin embargo, la redistribución mediante los remedios a las disputas por razón de vecindad puede causar distorsiones. Por ejemplo, los mandatos de cesación que empeoran las posiciones financieras de las fábricas contaminantes pueden distorsionar las decisiones futuras para invertir en tales empresas.

<sup>24</sup> Muchos comentaristas han propugnado consideraciones distributivas en el diseño de las normas legales, aun cuando la eficiencia se vea sacrificada en alguna medida. Véase, e.g., Ackerman, *Regulating Slum Housing Markets On Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 Yale L.J. 1093 (1971) (reglamentos del código de vivienda); Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1115-24 (mandatos de cesación); Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 Yale L.J. 472 (1980) (ley de contratos).

Sin embargo, en algunas circunstancias (distintas de las aquí asumidas), no sería conveniente sacrificar la eficiencia para promover los objetivos distributivos mediante la elección de una norma legal. Véase S. Shavell, *A Note on Efficiency vs. Equity in Legal Rulemaking: Should Equity Matter Given Optimal Income Taxation?* (Aug. 1979) (manuscrito sin publicar, Departamento de Economía, Universidad de Harvard).

<sup>25</sup> Incluso si los demandantes en los casos de mandatos de cesación fuesen pobres y los demandados ricos, sería algo difícil redistribuir sistemáticamente los ingresos debido al funcionamiento de los mercados de vivienda. Por ejemplo, si los demandantes alquilan sus viviendas, el propietario tendría la capacidad de elevar sus alquileres como resultado de una victoria por parte de los demandantes, lo cual convierte al vecindario en lugar más deseable.

<sup>26</sup> Para algunos ejemplos de casos de mandatos de cesación en los que se mencionan consideraciones distributivas, véase Freeman, *supra* nota 7, 921-22 & nn.69-73. En muchos de estos casos, no obstante, el interés distributivo fue principalmente retórico. *Id.* 922-23.

<sup>27</sup> Las conclusiones básicas de este artículo no se verían afectadas si la eficiencia fuese el único objetivo. Véase la nota 58 *infra* y el texto correspondiente.

damentales, con los pesos asignados de acuerdo a su importancia relativa. El bienestar social provee una medida única para comparar los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios.

## II. LOS INSTRUMENTOS: TITULARIDADES Y REMEDIOS PARA SU PROTECCION

Las titularidades son consideradas a veces como absolutas: O el residente tiene el derecho (la titularidad) a estar libre de contaminación, o la fábrica tiene el derecho (la titularidad) de contaminar la cantidad que desee (presumiblemente la cantidad que maximiza sus utilidades)<sup>28</sup>. Si las titularidades son absolutas, la distinción entre mandatos de cesación e indemnizaciones por daños y perjuicios es clara. Si la titularidad es otorgada al residente, por ejemplo, la única cuestión que se plantea es si la fábrica debe comprarle al residente el permiso para contaminar, como exige el mandato de cesación<sup>29</sup>, o si puede contaminar sin permiso y pagar los daños fijados por el tribunal. De manera similar, si se concede la titularidad a la fábrica, la única cuestión consiste en saber si el residente debe «sobornar» a la fábrica para que reduzca la

contaminación bajo un «mandato de cesación»<sup>30</sup>, o si puede por el contrario reducir la actividad de la fábrica y compensar a la compañía por los «daños y perjuicios» que el tribunal establezca (presumiblemente iguales a la disminución de sus utilidades)<sup>31</sup>. No hay razón lógica, sin embargo, para ver como absolutas a las titularidades. Estas pueden ser también intermedias. Por ejemplo, la fábrica puede tener la titularidad de contaminar hasta cierto punto y al residente la titularidad de estar libre de contaminación más allá de ese punto<sup>32</sup>. Cualquier nivel de producción de la fábrica -y el correspondiente nivel de contaminación- puede servir como una titularidad intermedia.

Si las titularidades pueden establecerse en niveles intermedios, el uso de los mandatos de cesación y de las indemnizaciones por daños y perjuicios se vuelve más complejo. Partiendo de una titularidad intermedia, el nivel de producción puede modificarse en cualquiera de estas dos direcciones: la fábrica podría querer aumentar su producción, o el residente podría querer disminuir el nivel de producción de la fábrica. El mismo tipo de remedio puede, mas no necesariamente, regular los cambios en ambas direcciones.

<sup>28</sup> Véase, e.g., Calabresi & Melamed, *supra* nota 5; Ellickson, *supra* nota 7, 78-48.

<sup>29</sup> Puesto que el residente tiene el derecho de vedar la contaminación provocada por la fábrica, la fábrica debe «comprar a la otra parte su mandato de cesación»: pagar al residente para ponerse de acuerdo en no ejecutar la tutela de su derecho por medio de un mandato de cesación.

<sup>30</sup> Esta solución no parece semejante al habitual mandato de cesación, debido a que la fábrica no puede prohibir al residente una actividad perjudicial. Pero si se considera que el residente es quien «perjudica» a la fábrica interfiriendo con la actividad contaminante de la fábrica -o gozando de una situación libre de contaminación en su propiedad, que obliga a la fábrica a no contaminar- entonces esta solución es la contraparte lógica para otorgar un derecho absoluto a un mandato de cesación al residente. Puesto que la fábrica tiene el derecho de contaminar, el residente debe «comprar la otra parte el derecho»: pagar a la fábrica para ponerse de acuerdo en no ejercer su derecho para contaminar.

<sup>31</sup> Mientras que un remedio que permita al residente parar la actividad de la fábrica, incluso al costo de pagar los daños y perjuicios fijados por el tribunal, pueda parecer un mandato de cesación, tal remedio constituye de hecho la contraparte lógica a la indemnización por daños y perjuicios convencional con la titularidad otorgada al residente. Bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios convencionales, se le permite a la fábrica continuar su actividad contaminante, pero debe pagar al residente los daños y perjuicios fijados por el tribunal. Bajo la presente versión de las indemnizaciones por daños y perjuicios, el residente es autorizado para continuar su actividad -disfrutando su propiedad libre de contaminación, que implica un derecho para parar o reducir la actividad de la fábrica- pero debe pagar a la fábrica los daños y perjuicios fijados por el tribunal. Este tipo de indemnización por daños y perjuicios no es convencional si bien ha sido utilizada. Véase *Spur Indus., Inc. v. Del E. Webb Dev. Co.*, 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972). Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1116, llaman a este remedio «regla 4»; Ellickson, *supra* nota 7, 738 & n.202, lo conoce como un «mandato de cesación compensado», y Rabin, *supra* nota 7, 1300 como «mandato de cesación condicional». A pesar de la incorporación de la palabra «mandato de cesación» en las terminología de Ellickson y Rabin, su definición del remedio la convierte claramente en una forma de indemnización por daños y perjuicios.

<sup>32</sup> Esta opinión parece ser la adoptada por el *Restatement (Second) of Torts* (1965). La «racionalidad» normal de los actos privados intencionales que derivan en perjuicio limita a las circunstancias en las cuales se impone la responsabilidad por daños. *Id.* § 826, comentario b. Stewart y Krier sugieren que la racionalidad normal podría interpretarse (en mi terminología) como definiendo una titularidad correspondiente al nivel eficiente de producción. R.Stewart & J.Krier, *supra* nota 11, 225-26. Para un ejemplo de titularidad intermedia en la práctica, véase *Smith v. Sisco Milling Co.*, 18 F.2d 736 (2d. Cir. 1927) (L. Hand, J.) (que permite una cantidad limitada de polvo proveniente del molino de trituración de pizarra del demandado luego de demostrarse que el demandado estaba usando los mejores colectores de polvo disponibles).

Los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios pueden combinarse entonces en dos remedios «mixtos» diferentes. Una indemnización por daños y perjuicios «positiva» combinada con un mandato de cesación «negativo» protegería la titularidad del residente requiriendo que la fábrica pague al residente una indemnización fijada por el tribunal por los aumentos en su producción, y este remedio mixto protegería la titularidad de la fábrica requiriendo que el residente que busca reducir el nivel de producción de la misma la soborne para que ésta no ejecute el mandato que le da derecho a operar. El otro remedio mixto, un mandato de cesación positivo con una indemnización de daños y perjuicios negativa, simplemente invertiría los métodos de protección. Se le requeriría a la fábrica sobornar al residente a fin de aumentar su producción, y el residente podría reducir el nivel de producción de la fábrica pagándole a la misma los «daños y perjuicios» (utilidades perdidas).

Cuando el mismo método de protección se utiliza en ambas direcciones, existen también, en principio, dos remedios puros. Hasta donde llegan mis conocimientos, la indemnización por daños y perjuicios pura no ha sido considerada por los comentaristas legales ni por los tribunales. Ya que este remedio resulta inútil en la mayoría de las situaciones examinadas en este artículo, de aquí en adelante lo ignoraré, y consideraré solamente el mandato de cesación puro y los dos remedios mixtos. Para ser consistente con el uso convencional<sup>33</sup>, me referiré al primer remedio mixto (daños y perjuicios positivos, mandato de cesación negativo) como la versión normal de las indemnizaciones por daños y perjuicios. Denominaré al segundo remedio mixto (mandato de cesación positivo, daños y perjuicios negativos) como la indemnización por daños y perjuicios «inversa». Por motivos de conveniencia, puesto que los dos remedios mixtos son imágenes reflejas, idénticas excepto en el caso de la parte beneficiada, trataré principalmente sólo de uno, la versión normal de las indemnizaciones por daños y perjuicios. No obstante, el análisis se aplica con igual fuerza a las indemnizaciones por daños y perjuicios «inversas».

### III. EL MEJOR DE TODOS LOS MUNDOS POSIBLES

Imagine un mundo, admitidamente irrealista, en el cual las partes en una disputa por razón de vecindad negocian cooperativamente (en el sentido de que explotan todas las ganancias del intercambio), la redistribución de los ingresos no tiene costo y los tribunales tienen información perfecta<sup>34</sup>.

#### A. Mandatos de cesación

##### 1. Eficiencia

En este escenario idealizado, los mandatos de cesación son eficientes cualquiera que sea el punto de titularidad escogido. Consideremos, por ejemplo, una titularidad absoluta otorgada al residente. Partiendo del nivel de producción cero, la fábrica ganaría \$17,000 en utilidades si produjese una unidad. Debido a que el residente sufriría \$7,000 en daños, las partes podrían alcanzar un acuerdo mutuamente beneficioso en el cual la fábrica pagase al residente por lo menos \$7,000 y no más de \$17,000 para producir una unidad<sup>35</sup>. Suponiendo conductas cooperativas, tal acuerdo sería alcanzado, a pesar de que el acuerdo efectivo dentro de ese rango en general dependerá de las fuerzas efectivas de negociación de ambas partes. Siempre y cuando las utilidades marginales de la fábrica excedan los daños marginales del residente, continuarán realizándose acuerdos similares y las partes transarán, en última instancia, en tres unidades, el nivel eficiente de producción.

Partiendo de cualquier otro punto de titularidad, ya sea absoluto o intermedio, las partes alcanzarían el mismo resultado. Por ejemplo, si la fábrica tuviese la titularidad de producir cuatro unidades, el aumento de la producción en una unidad incrementaría sus utilidades en \$1,000 y los daños del residente en \$7,000. En consecuencia, la fábrica no sobornaría al residente con las ganancias obtenidas por el incremento de su producción. Sin embargo, la reducción de la producción en una unidad, reduciría las utilidades de la fábrica en \$5,000 y los daños del residente en \$7,000. De esta

<sup>33</sup> Véase Calabresi & Melamed, *supra* nota 5; Ellickson, *supra* nota 7, 738-48; Rabin, *supra* nota 7.

<sup>34</sup> Este escenario corresponde en esencia a aquel asumido por el «Teorema de Coase» con costos de transacción cero. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & Econ. 1 (1960). Véase generalmente Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules—A Comment*, 11 J.L. & Econ. (1968).

<sup>35</sup> Asumo que el residente conoce los daños y perjuicios que sufre y que la fábrica conoce sus utilidades, pero también de que cada parte puede no estar enterada de los datos de la otra parte. Nada en mi discusión hace suponer de que cada parte conozca lo que la otra parte conoce.

manera, el residente acordaría pagar a la fábrica una cantidad entre \$5,000 y \$7,000 a fin de reducir el nivel de producción en una unidad, para alcanzar el nivel eficiente de producción de tres unidades. Una vez que las partes hayan alcanzado el nivel eficiente, no se celebrarán nuevos acuerdos en ninguna de las dos direcciones.

## 2. Distribución

Bajo un mandato de cesación la elección del punto de titularidad afecta la distribución del ingreso entre las partes. Manteniendo iguales las otras condiciones, cuando una titularidad intermedia se encuentra más próxima a ser una titularidad absoluta a favor de una de las partes, ésta última estará en mejor situación en relación a la otra. Sin embargo, son dudosos los efectos distributivos de cualquier titularidad otorgada debido a que existen muchos posibles acuerdos mutuamente beneficiosos, con efectos distributivos ampliamente variables, que desplazarán las partes desde el punto de titularidad hacia la solución eficiente. Cada acuerdo otorgará a la otra parte *alguna* participación en las ganancias del intercambio, pero la fracción de cada una de las partes puede oscilar de cerca a cero a cerca a uno, dependiendo de las fuerzas relativas de negociación de las partes.

Sin embargo, debido a que se supone que la redistribución por mecanismos distintos a los remedios no es costosa, la variabilidad del resultado distributivo bajo el mandato de cesación es inconsecuente. Cualquiera que sea el resultado en el proceso de negociación, las transferencias por suma abultada pueden modificarlo en cualquier forma deseada. Por ejemplo, supongamos que se otorga una titularidad absoluta al residente y que las partes son negociantes igualmente efectivos. Estas acuerdan dividir las ganancias del intercambio por la mitad. La fábrica pagaría al residente \$12,000 para producir la primera unidad (\$7,000 por daños y perjuicios más \$5,000 por la mitad de las ganancias del intercambio), dejando a la fábrica con utilidades marginales de \$5,000 (\$17,000-\$12,000). De manera similar, la fábrica pagaría \$10,000 y \$8,000 por la segunda y tercera unidad producida respectivamente, dejándola con utilidades marginales de \$3,000 y \$1,000 por esas unidades. Las utilidades totales de la fábrica serían de \$9,000 (\$5,000 + \$3,000 + \$1,000), y el residente recibiría \$9,000 en exceso a los daños efectivamente sufridos. Suponga, sin embargo, que el bienestar social se maximiza cuando dos tercios y no la mitad de las ganancias del intercambio va a parar a manos del residente. En otras palabras, la distribución ideal del ingreso consiste para el residente en tener \$12,000 y para la fábrica en conse-

guir \$6,000. Un recargo de \$3,000 transferido desde la fábrica al residente logrará este resultado. Puede conseguirse el mismo resultado prescindiendo de las fuerzas relativas de negociación de las partes.

## 3. Indemnización por daños y perjuicios

### 3.1. Eficiencia

Bajo supuestos ideales, las indemnizaciones por daños y perjuicios son igualmente eficientes sin importar el punto de titularidad escogido. Suponga nuevamente que al residente se le otorga una titularidad absoluta. Suponga además que la fábrica es responsable por los daños efectivamente sufridos por el residente: \$7,000 por unidad producida. Comenzando desde un nivel de producción igual a cero, la fábrica ganaría \$17,000 en utilidades, previos a pagos indemnizatorios si produjo una unidad. Es evidente que elegirá hacerlo. Además, el residente no tiene incentivo alguno para intentar pagar a la fábrica a fin de que ésta no aumente su nivel de producción dado que el residente será plenamente compensado por cualquier daño que sufra. De manera similar, la fábrica elegirá producir la segunda y tercera unidad, y el residente no considerará que valga la pena prevenirlo. Puesto que la responsabilidad excede a las utilidades marginales por encima de la tercera unidad, la fábrica permanecerá en ese nivel de producción, el eficiente.

El mismo razonamiento se aplica para cualquier otra titularidad. Por ejemplo, considere nuevamente que la titularidad intermedia corresponde a cuatro unidades de producción. Suponga que durante este tiempo el remedio de la indemnización por daños y perjuicios «inversa» está en efecto. El residente tendría el derecho de reducir el nivel de producción de la fábrica pagando a ésta los daños y perjuicios (utilidades reducidas) incurridos por producir por debajo de su punto de titularidad. El residente claramente elegiría hacer que la fábrica disminuya su nivel de producción de cuatro a tres unidades debido a que sus daños se reducirían en \$7,000 y que él tendría que compensar a la fábrica sólo por \$5,000. El residente no tendría ningún incentivo para disminuir más el nivel de producción de la fábrica ya que la reducción de las utilidades de la misma excedería la reducción en sus daños. Nuevamente, las partes alcanzarán el nivel eficiente de producción.

En los dos últimos ejemplos, el nivel de responsabilidad correspondía a los daños realmente sufridos. Sin embargo, suponiendo una conducta cooperativa, *cualquier* nivel de responsabilidad tam-

bién llevaría a la solución eficiente. Considere, por ejemplo, una titularidad absoluta para el residente con la responsabilidad fijada en \$4,000 por unidad producida. Debido a que las utilidades marginales de la empresa exceden los \$4,000 para cada una de las primeras cuatro unidades producidas, la fábrica producirá inicialmente cuatro unidades, «superando» el nivel eficiente de producción. Sin embargo, el residente tiene entonces un incentivo para llevar a cabo una negociación con la fábrica a fin de reducir el nivel de producción en una unidad, ya que de ese modo mejorará su situación en \$3,000 (los \$7,000 ahorrados en daños y perjuicios compensados por los \$4,000 pagados como indemnización) mientras que la fábrica sólo empeorará su situación en \$1,000 (una reducción de \$5,000 en sus utilidades compensadas con \$4,000 que evita pagar por concepto de indemnización). Así, el residente pagará a la fábrica una cantidad entre \$1,000 y \$3,000 para reducir el nivel de producción al nivel eficiente de tres unidades. Una vez que se alcance este nivel de producción, no se llevarán a cabo más acuerdos.

### 3.2. Distribución

Cuando se hace uso de una indemnización por daños y perjuicios, la elección del punto de titularidad afecta sensiblemente la distribución del ingreso entre las partes. Una parte está en mejores circunstancias a medida que su titularidad se aproxima a una titularidad absoluta, manteniendo igual todo lo demás. Lo mismo era cierto para el mandato de cesación.

Sin embargo, a diferencia del mandato de cesación, la distribución del ingreso bajo una indemnización por daños y perjuicios puede, dependiendo del nivel de responsabilidad utilizado, ser predeterminada por un tribunal sin tomar en cuenta las fuerzas relativas de negociación de las partes. Recuerde, por ejemplo, el caso de una titularidad absoluta para el residente con una responsabilidad igual a los daños realmente sufridos. Se compensó al residente por los daños que realmente sufrió, y la fábrica obtuvo todas las ganancias del intercambio. No había nada que negociar puesto que en ningún nivel de producción (hasta alcanzar el nivel eficiente) el residente podía sobornar a la fábrica para no aumentar la producción.

No obstante, bajo un nivel de responsabilidad distinto, las fuerzas negociadoras de las partes pueden aún afectar la distribución del ingreso entre ellas. Se acaba de mostrar, por ejemplo, que con una titularidad absoluta para el residente y la responsabilidad fijada en \$4,000 por unidad producida, la fábrica podría inicialmente «superar» el nivel eficiente de producción y el residente ofrecería entre \$1,000 y \$3,000 para que la fábrica produzca al nivel eficiente. El acuerdo real dentro de esa variación dependería de la negociación entre las partes.

Sin embargo, nuevamente, dado el supuesto de que el ingreso puede ser redistribuido sin costo mediante transferencias por suma abultada, el resultado distributivo de las indemnizaciones por daños y perjuicios es inconsecuente. Si en algunos casos es imposible estructurar la indemnización por daños y perjuicios de manera que ésta pueda alcanzar simultáneamente el nivel eficiente de producción y el resultado distributivamente equitativo, debería ponerse énfasis en la eficiencia (e.g. igualando la responsabilidad a los daños realmente sufridos); el objetivo distributivo puede manejarse separadamente mediante transferencias por suma abultada.

### C. Los remedios comparados

En el mejor de todos los mundos posibles, tanto un mandato de cesación como una indemnización por daños y perjuicios puede maximizar el bienestar social. En cada caso, la conducta cooperativa de las partes garantiza la eficiencia económica, y la disponibilidad de una distribución libre de costos asegura la equidad distributiva. Este resultado se obtiene sin recurrir a la información perfecta que posee el tribunal.

## IV. CONDUCTA ESTRATEGICA

A los antagonistas apenas se les puede tomar en cuenta para cooperar. Los sindicatos hacen huelga, las naciones van a la guerra, y las partes van al tribunal en vez de acordar una solución menos costosa fuera de él<sup>36</sup>. De aquí en adelante asumo, por consiguiente, que las partes en una disputa por razón de vecindad se comportan estratégicamente. A fin de adquirir más ganancias del intercambio, o para establecer sus reputaciones como negociadores difíciles, las partes adoptan tácticas

<sup>36</sup> El litigio puede explicarse por otros factores además de la conducta estratégica, tales como expectativas distintas en relación a la victoria en el caso.

«de resistencia». Si ambas partes son obstinadas, probablemente nunca lleguen a un acuerdo<sup>37</sup>. La conducta estratégica puede, por lo tanto, evitar que éstas exploten todas las ganancias del intercambio. Continúo suponiendo que el ingreso puede redistribuirse sin costo y que los tribunales tienen información perfecta.

## A. Mandatos de cesación

### 1. Eficiencia

Con la presencia de conducta estratégica, los mandatos de cesación ya no son eficientes en cada punto de titularidad. Considere, por ejemplo, una titularidad absoluta para el residente. Aunque la fábrica ganaría \$17,000 por la producción de la primera unidad y el residente sufriría sólo \$7,000 en daños, el residente podría resistirse para recibir un «soborno» inaceptablemente cuantioso por parte de la fábrica<sup>38</sup>. Si fuese así, el mandato de cesación sería ejecutado, y la fábrica sería sacada del negocio, a pesar de la ineficiencia de este resultado. Incluso si las partes pueden ponerse de acuerdo en la forma de dividir las ganancias del intercambio de \$10,000 (\$17,000-\$7,000), el problema de negociación se suscita nuevamente en la siguiente unidad producida. Las partes embarcadas en una conducta estratégica pueden lograr algún progreso en dirección al nivel eficiente de producción, pero generalmente no lo alcanzarán. Esto es cierto cada vez que el punto de titularidad difiere del nivel eficiente debido a que se presentan entonces potenciales ganancias del intercambio sobre las cuales deben negociar las partes.

Esta discusión sugiere un modo sencillo de superar la ineficiencia de la conducta estratégica bajo el mandato de cesación: comience con un punto de titularidad que coincida con el nivel eficiente de producción. Esta política funciona porque no hay ganancias del intercambio sobre las cuales las partes puedan posiblemente negociar y, por consiguiente, no hay lugar para la conducta estratégica. Las partes se mantendrán en el nivel eficiente

de producción.

## 2 Distribución

En general, la distribución del ingreso bajo el mandato de cesación es incierto porque depende de las fuerzas relativas de negociación de las partes y de la magnitud del fracaso en las negociaciones a causa de la conducta estratégica. Sin embargo, si el punto de titularidad es el nivel eficiente de producción, la distribución del ingreso no es incierta pues no hay ganancias del intercambio sobre las cuales negocien las partes y, en consecuencia, no hay lugar para el fracaso en las negociaciones. En el ejemplo numérico, la fábrica ganaría \$37,000 en utilidades en el nivel eficiente de producción, y el residente sufriría \$21,000 en daños. Aunque la distribución particular del ingreso que resulta de elegir el nivel eficiente de producción como el punto de titularidad puede no ser equitativa, puede modificarse en el camino deseado a través de una redistribución libre de costos. Así, a pesar de la conducta estratégica, el mandato de cesación puede lograr un resultado eficiente y distributivamente equitativo.

## B. Indemnizaciones por daños y perjuicios

### 1. Eficiencia

Dada la conducta estratégica, la indemnización por daños y perjuicios ya no es eficiente en todos los niveles posibles de responsabilidad. En particular, si la responsabilidad llega a exceder los daños realmente sufridos, las partes tienen un incentivo para negociar sobre (al menos parte de) las ganancias del intercambio y en consecuencia pueden embarcarse en una conducta estratégica. Considere, por ejemplo, una titularidad absoluta para el residente y un nivel de responsabilidad constante de \$9,000 por unidad producida. Si la fábrica produce una unidad ganará \$8,000 (\$17,000-\$9,000). El residente ganará también \$2,000, cantidad en la cual las indemnizaciones por daños y perjuicios exceden a los daños real-

<sup>37</sup> En lugar de fracasar constantemente para llegar a un acuerdo, las partes pueden, debido a la conducta estratégica, fracasar en alcanzar un acuerdo en la primera oportunidad posible y al menor costo. La demora y los costos adicionales ocasionan pérdidas permanentes incluso si las partes resuelven finalmente sus diferencias. En una situación de negociación entre dos partes -tal situación es enfatizada en este artículo- más probable que la conducta estratégica resulte en una demora y costos adicionales que en un fracaso permanente para lograr un acuerdo. Sin embargo yo asumo en el texto que la conducta estratégica puede conducir a un fracaso en la contratación debido a que esta ineficiencia de la conducta estratégica tiene en esencia las mismas implicaciones para la elección entre los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios que las otras ineficiencias y es más simple de discutir.

<sup>38</sup> Si la titularidad corresponde a un nivel de producción mayor al nivel eficiente de producción, es la fábrica quien podría entonces resistirse.

mente sufridos (\$9,000-\$7,000). Al no producir la primera unidad, la fábrica puede negarle esta ganancia al residente. Si la fábrica cree que ella es un mejor negociador que el residente, puede amenazarlo con dejar de producir a menos que el residente pague una cierta cantidad hasta completar su ganancia total de \$2,000. Si el residente cree que él es un mejor negociador, él puede no ceder ante esta demanda. En consecuencia, la fábrica puede llevar a cabo su amenaza, aunque sólo sea con el objetivo de dar credibilidad a las futuras amenazas. Incluso si las partes superan este primer obstáculo, ellas tendrán que hacer frente al mismo problema en la segunda unidad producida. Las negociaciones pueden frustrarse antes de alcanzar el nivel eficiente de producción.

El tipo de negociación obstinada o «extorsión» anteriormente descrito, no puede ocurrir si la responsabilidad es igual a los daños realmente sufridos. Para observar este resultado, suponga que la fábrica es responsable por los daños realmente sufridos por el residente de \$7,000 por unidad producida y que el punto de titularidad es el nivel de producción cero. Puesto que el residente no será sobrecompensado, y por lo tanto no gana nada del incremento en el nivel de producción de la fábrica, la amenaza de la fábrica de no producir la primera unidad no tiene efecto alguno. Al mismo tiempo, el residente no sobornará a la fábrica para que deje de producir la primera unidad. El tendría que pagar a la fábrica sus utilidades netas (posteriores al pago de indemnizaciones) de \$10,000 (\$17,000-\$7,000), pero él no estaría dispuesto a pagar nada puesto que él no sufre ninguna pérdida por la producción de la primera unidad. Con una compensación total, el residente sería indiferente a que se produzca la primera unidad y, le es igualmente indiferente cualquier incremento adicional en el nivel de producción. Así, la fábrica maximizará sus utilidades netas incrementando la producción hasta alcanzar el nivel eficiente de tres unidades.

La extorsión no puede ocurrir si la responsabilidad es menor o igual a los daños realmente sufridos hasta alcanzar el nivel eficiente de producción (y mayor o igual a los daños realmente sufridos más allá del nivel eficiente de producción)<sup>39</sup>. Suponga, por ejemplo, que la responsabilidad de la fábrica es de \$5,000 para la primera unidad producida, \$6,000 para la segunda unidad, y \$7,000 para cada unidad subsiguiente. Si la fábrica produce la

primera unidad, gana \$12,000 (\$17,000-\$5,000) y el residente pierde \$2,000 (\$7,000-\$5,000). Puesto que el residente sólo estaría dispuesto a pagar hasta \$2,000 para evitar que la fábrica produzca la primera unidad, el residente no podría sobornar a la fábrica para que ésta no la produzca. El mismo análisis se aplica a todas las unidades subsiguientes. Así, la fábrica maximizaría de nuevo sus utilidades netas produciendo en el nivel eficiente.

## 2 Distribución

Si, como en los dos ejemplos precedentes, la responsabilidad es menor o igual a los daños realmente sufridos hasta alcanzar el nivel eficiente de producción (y mayor o igual a los daños realmente sufridos más allá de ese punto), la distribución del ingreso no depende de la negociación entre las partes, sino que es fijada por el nivel de responsabilidad y el punto de titularidad. En ambos casos el residente asume los daños realmente sufridos menos los pagos por concepto de indemnización, y la fábrica obtiene sus utilidades totales menos los pagos por concepto de indemnización. No hay lugar para negociación en ninguno de los casos. Nótese que en ambos casos la fábrica obtiene todas las ganancias del intercambio. Al escoger un punto de titularidad y un nivel de responsabilidad específico de modo tal que la responsabilidad es menor o igual a los daños realmente sufridos hasta alcanzar el nivel eficiente de producción (y mayor o igual a los daños realmente sufridos más allá de ese nivel), es posible lograr una amplia variedad de resultados distributivos bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios. Sin embargo, por razones que serán discutidas en la siguiente parte de este artículo, las distribuciones de ingreso que favorecen decididamente a una parte no pueden lograrse de esta manera. Pero puesto que yo asumo todavía que la redistribución libre de costos es posible, esta limitación de las indemnizaciones por daños y perjuicios carece de importancia en este momento. Si la distribución deseada del ingreso no puede lograrse directamente mediante las indemnizaciones por daños y perjuicios, pueden utilizarse en su lugar las transferencias por suma abultada. Así, a pesar de la conducta estratégica, si el nivel de responsabilidad es elegido apropiadamente, las indemnizaciones por daños y perjuicios pueden ser utilizadas para alcanzar un resultado eficiente y distributivamente equitativo.

<sup>39</sup> Si la responsabilidad fuese menor que los daños realmente sufridos *más allá* del nivel eficiente de producción, la fábrica tendría un incentivo para amenazar con producir por encima del nivel que maximiza sus utilidades netas (que a su vez estaría por encima del nivel eficiente de producción).

## C. Los remedios comparados.

A pesar de la presencia de la conducta estratégica, ambos remedios pueden ser utilizados para maximizar el bienestar social, siempre y cuando la redistribución sea libre de costos y el tribunal cuente con información perfecta. La conducta estratégica puede ser superada bajo el mandato de cesación escogiendo el punto de titularidad que coincida con el nivel eficiente de producción. Y la conducta estratégica puede ser superada bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios al escoger un nivel de responsabilidad apropiado: uno que, por ejemplo, coincida con el nivel de daños realmente sufridos por la víctima. Existiendo información perfecta, estas elecciones son factibles, y conducen al nivel eficiente de producción en cada caso. La disponibilidad de la redistribución libre de costos asegura nuevamente que la equidad distributiva no será sacrificada por la búsqueda de eficiencia.

## V. REDISTRIBUCION COSTOSA

El supuesto mantenido hasta aquí de que el ingreso podría redistribuirse sin costo mediante transferencias por suma abultada ha sido una ficción conveniente. En general, la redistribución del ingreso es costosa en el sentido que los métodos de redistribución distorsionan invariablemente la conducta individual, generando ineficiencia económica<sup>40</sup>. Por ejemplo, el principal efecto distorsionante de un impuesto al ingreso es que lleva a que los individuos trabajen menos, con todas las demás condiciones iguales. Para enfatizar las implicancias de la redistribución costosa, asumiré que la redistribución por medios distintos al uso de los mandatos de cesación y de las indemnizaciones por daños y perjuicios, es imposible. Se mantendrá el supuesto de la conducta estratégica introducido en la parte anterior, así como el supuesto de que los tribunales cuentan con información perfecta<sup>41</sup>.

### A. Mandatos de cesación

Bajo estas presunciones, ya no es posible que los mandatos de cesación en general alcancen simultáneamente las soluciones eficientes y distributi-

vamente equitativas. La parte anterior demostró que, dada la conducta estratégica, el nivel eficiente de producción debe ser escogido como el punto de titularidad a fin de alcanzar el resultado eficiente. Esta elección implicaba una particular distribución del ingreso, la cual sólo por coincidencia sería también equitativa. Ahora bien, no pudiendo disponer de las transferencias por suma abultada, la única manera de cambiar la distribución del ingreso es cambiando el punto de titularidad. Pero cualquier otro punto de titularidad permitiría que la conducta estratégica interfiriese con la eficiencia. Así, bajo el mandato de cesación se hace necesaria una elección entre los objetivos de eficiencia y de equidad distributiva.

Considere, sin embargo, cuán bien se desenvuelve el mandato de cesación cuando la equidad distributiva es preferida a la eficiencia y el objetivo distributivo favorece decididamente al residente. El residente está mejor cuando se le asigna una titularidad absoluta: El no tiene porque sufrir ningún daño a menos que la fábrica le ofrezca una compensación satisfactoria. Además, si las partes llegan realmente a un acuerdo, el residente se asegura de conseguir una participación en las ganancias del intercambio. Suponga, por ejemplo, que puesto que las partes negocian estratégicamente, sólo logran acordar cómo compartir las ganancias del intercambio respecto de las dos primeras unidades producidas, no alcanzando el nivel eficiente de producción. Las ganancias del intercambio, al incrementar la producción de cero a dos unidades, llegan a \$16,000. El residente terminará con alguna participación de este monto dependiendo de las fuerzas relativas de negociación de las partes.

### B. Indemnizaciones por daños y perjuicios

No siendo posible redistribuir por otros medios, la indemnización por daños y perjuicios puede garantizar aún un resultado eficiente; sin embargo, no puede promover simultáneamente el resultado distributivo más equitativo cuando el objetivo distributivo favorece decididamente al residente. Para ver por qué esto es así, es necesario examinar aún más las consecuencias de establecer la responsabilidad de la fábrica por encima o por de-

<sup>40</sup> Véase, e.g., R. Musgrave & P. Musgrave, *supra* nota 12, 461-71, 473-76, 477-78.

<sup>41</sup> Puesto que con información perfecta un tribunal puede basar sus transferencias en criterios sobre los cuales las partes no tienen ningún control, puede parecer extraño asumir que el tribunal no pueda utilizar transferencias por suma abultada. Pero el conjunto de suposiciones empleados en esta parte es pedagógicamente útil porque permite que los efectos de la redistribución costosa se entiendan más fácilmente. Además, como asunto institucional, los tribunales no están autorizados para comprometerse explícitamente en la redistribución general.

bajo de los daños realmente sufridos por el residente.

La parte anterior demostró que para que la indemnización por daños y perjuicios logre la eficiencia a pesar de la conducta estratégica, la responsabilidad debe ser menor o igual a los daños realmente sufridos por el residente hasta alcanzar el nivel eficiente de producción (y mayor o igual a los daños realmente sufridos más allá de ese nivel). Sin embargo, establecer una responsabilidad menor a los daños realmente sufridos no proporciona una mayor flexibilidad distributiva que establecer una responsabilidad igual a los daños realmente sufridos: Cualquier resultado distributivo asequible al escoger algún punto de titularidad con una responsabilidad menor a los daños realmente sufridos puede duplicarse partiendo desde un punto de titularidad diferente más favorable a la fábrica con una responsabilidad igual a los daños realmente sufridos<sup>42</sup>. Esto sugiere que el nivel de responsabilidad bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios debe coincidir con el nivel de daños realmente sufridos, puesto que los niveles de responsabilidad que sobrecompensan producen conducta estratégica, y los niveles que subcompensan no ofrecen ninguna ventaja particular. Aunque pueda existir un argumento, discutido más adelante, para fijar la responsabilidad en exceso de los daños realmente sufridos a pesar del riesgo de la conducta estratégica<sup>43</sup>, asuma por ahora que la responsabilidad se fija igual a los daños realmente sufridos.

Dicho nivel de responsabilidad lleva al nivel eficiente de producción sin importar el punto de titularidad escogido, por lo que la elección del punto de titularidad puede basarse exclusivamente en el objetivo distributivo. Cada titularidad corresponde a una distribución específica del ingreso. Por ejemplo, fijar la titularidad en dos unidades producidas implica que las utilidades de la fábrica serán de \$32,000 (\$17,000+\$13,000+\$2,000) y las pérdidas del residente de \$14,000 (una pérdida de \$7,000 por cada una de las dos primeras unidades producidas). Si se desea este resultado distributivo, éste puede alcanzarse bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios sin tener que sacrificar la eficiencia.

Suponga, sin embargo, que el objetivo distributivo favorece decididamente al residente. El residente está en mejores circunstancias con una titularidad absoluta. Con esa titularidad y una responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, el residente no sufrirá ningún daño, y la fábrica obtendrá utilidades totales por \$18,000 (\$10,000+ \$6,000+ \$2,000). *Todas* las ganancias del intercambio, ascendientes a \$18,000, van a la fábrica. Así, la indemnización por daños y perjuicios, si diseñada para alcanzar la eficiencia, no puede hacer más distributivamente que asegurar que el residente sufra daños que no sean compensados.

### C. Los remedios comparados

La discusión precedente indica una posible ventaja del mandato de cesación sobre la indemniza-

<sup>42</sup> Para entender esto, considere una titularidad absoluta para el residente, con una responsabilidad de la fábrica de \$2,500 para la primera unidad producida, \$4,500 para la segunda unidad, y \$7,000 para cada unidad subsiguiente. La responsabilidad es menor que los daños y perjuicios actuales para las primeras dos unidades. Debido a que el residente no puede sobornar a la fábrica para que reduzca el nivel de producción, la fábrica producirá en el nivel de producción que maximiza sus utilidades netas: en un nivel de producción de tres unidades. El residente sufre una pérdida marginal (luego de recibir el pago por concepto de indemnización) de \$4,500 por la primera unidad (\$7,000-\$2,500), \$2,500 por la segunda unidad, y cero por todas las unidades subsiguientes. Así, en el nivel eficiente de producción el residente sufre pérdidas totales de \$7,000 (\$4,500 + \$2,500). De manera semejante, las utilidades marginales de la fábrica (después de realizar los pagos por concepto de indemnización) son de \$14,500 por la primera unidad (\$17,000-\$2,500), \$6,500 por la segunda unidad, y \$2,000 por la tercera unidad. Así, las utilidades netas de la fábrica son \$25,000.

Suponga ahora que se cambia la titularidad de una titularidad absoluta para el residente a una titularidad correspondiente a una unidad producida y que, al mismo tiempo, la responsabilidad (por encima del punto de titularidad) se fija igual a los daños realmente sufridos. Nuevamente, la fábrica terminará produciendo en el nivel eficiente de producción de tres unidades. Debido a que los daños marginales del residente (luego de recibir el pago por concepto de indemnización) son ahora \$7,000 para la primera unidad y cero para todas las unidades siguientes, los daños totales del residente son de \$7,000, lo mismos que anteriormente. Debido a que las utilidades marginales de la fábrica son ahora \$17,000 para la primera unidad (puesto que no hay responsabilidad), \$6,000 para la segunda unidad (\$13,000-\$7,000), y \$2,000 para la tercera unidad, las utilidades totales de la fábrica son de \$25,000, las mismas que anteriormente. Con relación a la eficiencia y a la equidad distributiva, el resultado permanece sin ningún cambio.

La proposición general ilustrada mediante este ejemplo -de que cualquier resultado distributivo factible al elegir algún punto de titularidad con responsabilidad menor a los daños realmente sufridos puede ser duplicado comenzando desde un punto de titularidad diferente más favorable a la fábrica con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos- es demostrada formalmente en Polinsky, *On the Choice*, *supra* nota 2, 238-41.

<sup>43</sup> Véase el texto que acompaña a la nota 45 infra.

ción por daños y perjuicios en el escenario actual. Aunque la indemnización por daños y perjuicios con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos puede lograr el resultado eficiente, generalmente, es distributivamente inferior al mandato de cesación cuando el objetivo distributivo favorece decididamente al residente<sup>44</sup>. Bajo la indemnización por daños y perjuicios con una titularidad absoluta para el residente, el residente no sufre daños, pero todas las ganancias del intercambio van a la fábrica. Bajo el mandato de cesación con la misma titularidad, el residente no sufre tampoco ningún perjuicio, y además, obtiene por lo general alguna participación en las ganancias del intercambio, aun cuando la conducta estratégica evite que las partes alcancen el nivel eficiente de producción. Así, en general, el residente está en mejores circunstancias bajo el mandato de cesación. Si el bienestar social depende principalmente de la equidad distributiva antes que de la eficiencia y si el objetivo distributivo favorece decididamente al residente, entonces el mandato de cesación puede ser preferido. Sin embargo, si el objetivo distributivo no favorece decididamente al residente, entonces las indemnizaciones por daños y perjuicios con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos es la elección socialmente preferible puesto que ésta alcanza el resultado eficiente y, con un punto de titularidad adecuado, el resultado distributivamente equitativo.

Considere una última posibilidad. Hasta aquí, he asumido que la responsabilidad de las indemnizaciones por daños y perjuicios debía establecerse igual a los daños realmente sufridos para evitar las ineficiencias creadas por la conducta estratégica. Como se acaba de mostrar, puede preferirse el mandato de cesación en vez de esta versión de la indemnización por daños y perjuicios en base a fundamentos distributivos. Pero debido a que la equidad distributiva es la base para preferir el mandato de cesación, tiene sentido considerar la indemnización por daños y perjuicios con una responsabilidad *mayor a* los daños realmente sufridos. Aunque esta versión de las indemnizaciones por daños y perjuicios, al igual que el mandato de cesación, es generalmente ineficiente, sus efectos distributivos pueden hacerla preferible al mandato de cesación.

La parte anterior mostró que si el residente es sobrecompensado bajo la indemnización por daños y perjuicios, la diferencia entre los pagos por concepto de indemnización y los daños realmente sufridos del residente, está sujeta a negociación puesto que la fábrica puede negarle estas ganancias al residente produciendo menos unidades. En el mejor de los casos, el residente retiene toda compensación en exceso. En el peor, no mantiene nada de aquella y se le indemniza sólo por los daños realmente sufridos. Bajo el mandato de cesación el residente puede, en el mejor de los casos, obtener todas las ganancias del intercambio. En el peor, se le compensa plenamente por los daños realmente sufridos. Si el residente es el negociador superior y se aproxima a su mejor resultado, entonces él estaría en mejores condiciones bajo el mandato de cesación. Una excepción a esta regla ocurre en caso de que el nivel de responsabilidad bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios coincida con el nivel de utilidades marginales de la fábrica. En este caso (que se asemeja a un remedio de restitución), todas las ganancias del intercambio están sujetas a negociación bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios, de manera que el residente pueda obtener aún todas las ganancias del intercambio si es un negociador lo suficientemente bueno<sup>45</sup>. Podría parecer, por lo tanto, que el mandato de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios con responsabilidad igual a las utilidades de la fábrica son equivalentes puesto que ambos conducen a las partes a negociar en todas las ganancias del intercambio. Sin embargo, aún queda una diferencia potencialmente importante. Bajo el mandato de cesación, el residente cumple el rol «de resistencia», amenazando con negarle a ambas partes las ganancias a menos que él obtenga una participación lo suficientemente grande de las ganancias del intercambio. Bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios con sobrecompensación, la fábrica adopta este rol. Así, si una parte es la más obstinada, un remedio puede ser más deseable que el otro.

Cuando las partes negocian estratégicamente y la redistribución es costosa, en consecuencia, ningún remedio es generalmente preferible. Sin embargo, si el objetivo distributivo no favorece decididamente a una parte, entonces la indemniza-

<sup>44</sup> Una versión análoga de esta afirmación se aplicaría si el objetivo distributivo favoreciese decididamente a la fábrica. La comparación se haría entonces entre el mandato de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios inversa con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos por la fábrica (utilidades anticipadas).

<sup>45</sup> Lo mismo sería cierto si la responsabilidad tuviese que exceder a las utilidades de la fábrica.

ción por daños y perjuicios es superior y puede maximizar el bienestar social. En este caso, la responsabilidad puede igualarse a los daños realmente sufridos por el residente, asegurando de ese modo el nivel eficiente de producción, y el punto de titularidad puede ser elegido para alcanzar el objetivo distributivo. Si el objetivo distributivo es sopesado decididamente a favor de una parte, el mandato de cesación puede ser preferible. Por ejemplo, si lo más importante es el bienestar del residente, una titularidad absoluta para el residente, protegida con un mandato de cesación, le permite participar en las ganancias del intercambio, a diferencia de la indemnización por daños y perjuicios con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos. Aun cuando fijar la responsabilidad por encima de los daños realmente sufridos también sujeta al menos parte de las ganancias del intercambio a negociación, el mandato de cesación puede aún ser preferible si se piensa que la fábrica es el «resistente» más obstinado.

## VI. INFORMACION IMPERFECTA: INFORMACION ASIMETRICA

La suposición mantenida hasta aquí de que los tribunales tienen información perfecta puede ser una útil aproximación en algunas circunstancias pero, en términos generales, probablemente no es muy realista. Asuma ahora, por lo tanto, que los tribunales tienen información imperfecta de la siguiente clase: Conocen el nivel de daños del residente pero no conocen el nivel de utilidades de la fábrica. Por ejemplo, un tribunal puede tener también información relativamente buena acerca de los daños de la contaminación pero no acerca del costo que implica para el contaminador suprimir la contaminación<sup>46</sup>. El caso alternativo en el que el tribunal conoce el nivel de utilidades de la fábrica pero no el nivel de daños del residente no se discute aquí debido a que es análogo al presente<sup>47</sup>. Se mantienen los supuestos de conducta estratégica y de redistribución costosa de las primeras partes.

### A. Mandatos de cesación

Cuando el tribunal desconoce el nivel de utilidades de la fábrica, el mandato de cesación no puede alcanzar el resultado eficiente. Para alcanzar ese resultado bajo el mandato de cesación, la conducta estratégica debe ser evitada, lo que requiere que el punto de titularidad coincida con el nivel

eficiente de producción. Pero para determinar el nivel eficiente de producción, el tribunal debe saber cuándo las utilidades marginales de la fábrica, al incrementar su producción, caen por debajo de los daños marginales del residente. El conocimiento del nivel de los daños por sí solo es insuficiente para determinar este nivel de producción. Aunque el tribunal podría «adivinar» el nivel eficiente de producción, si el tribunal comete un error, como generalmente sucederá, la conducta estratégica puede también evitar que las partes negocien en dirección al nivel eficiente de producción.

No obstante, el mandato de cesación se desenvuelve bien cuando el bienestar social depende primordialmente de la equidad distributiva antes que de la eficiencia y el objetivo distributivo favorece decididamente al residente. La discusión de la parte anterior se aplica con igual fuerza cuando el tribunal desconoce el nivel de utilidades de la fábrica. Todavía es mejor asignar una titularidad absoluta al residente. El residente aún obtendrá normalmente una participación de las ganancias del intercambio: cuánto dependerá de las fuerzas relativas de negociación de las partes y de cuán lejos se queden del nivel eficiente de producción debido a la conducta estratégica.

### B. Indemnizaciones por daños y perjuicios

Bajo los presentes supuestos, la indemnización por daños y perjuicios puede alcanzar el resultado eficiente a pesar de la información imperfecta del tribunal. Este resultado puede ser garantizado, sin embargo, sólo si el tribunal asigna una titularidad absoluta al residente y fija la responsabilidad igual a los daños realmente sufridos. Cualquier otro punto de titularidad podría conducir al resultado eficiente, pero no necesariamente. Por ejemplo, suponga que el tribunal escoge un punto de titularidad correspondiente a cuatro unidades producidas. Debido a que la responsabilidad de la fábrica para producir la quinta unidad es de \$7,000 (los daños del residente) y sus utilidades marginales llegan sólo a \$1,000, la fábrica no escogerá producir la unidad adicional. El residente tiene entonces un incentivo para «sobornar» a la fábrica a fin de que reduzca el nivel de producción de cuatro a tres unidades, pero debido a la conducta estratégica las partes no alcanzarán probablemente ese resultado. Por otro lado, si el tribunal escoge un punto de titularidad correspon-

<sup>46</sup> Véase Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1119-21.

<sup>47</sup> Véase R. Stewart & J.Krier, *supra* nota 11, 252; Calabresi & Melamed, *supra* nota 5, 1120-21.

diente a una, dos o tres unidades producidas y fija la responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, las indemnizaciones por daños y perjuicios llevará a la fábrica a producir en el nivel eficiente de producción. Así, con la responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, la indemnización por daños y perjuicios conduce al resultado eficiente, si y sólo si, el punto de titularidad se encuentra en o por debajo del nivel eficiente de producción. Sin embargo, debido a que se supone que el tribunal no puede determinar el nivel eficiente de producción con su limitada información, la única forma de que pueda garantizar el resultado eficiente es escogiendo el punto de titularidad correspondiente a la producción más baja posible: una titularidad absoluta para el residente.

Si el nivel de responsabilidad no coincide con el nivel de daños, las partes no alcanzarán necesariamente el nivel eficiente de producción sin importar el punto de titularidad escogido. Por las razones discutidas en las dos partes precedentes, el evitar la conducta estratégica requiere que la responsabilidad sea menor o igual a los daños realmente sufridos hasta alcanzar el nivel eficiente de producción (y mayor o igual a los daños realmente sufridos de allí en adelante). Pero puesto que el tribunal carece de la información para determinar el nivel eficiente de producción, el único nivel de responsabilidad que satisfará definitivamente este requerimiento será aquel que coincida con el nivel de los daños realmente sufridos.

Asumiendo que la responsabilidad es igual a los daños realmente sufridos, el tribunal puede perseguir el objetivo distributivo escogiendo un punto de titularidad apropiado. Sin embargo, como se vio anteriormente, si el punto de titularidad escogido corresponde a un nivel de producción mayor al eficiente, entonces el resultado será ineficiente por razón de la conducta estratégica. Debido a que se supone que el tribunal no puede conocer el nivel eficiente de producción, éste será frecuentemente el caso. Así, con información asimétrica el tribunal puede promover ciertos objetivos distributivos sólo sacrificando la eficiencia.

### C. Los remedios comparados

Suponga nuevamente que el objetivo distributivo favorece decididamente al residente en relación a la fábrica. La discusión de la parte anterior, comparando los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios cuando la equi-

dad favorecería al residente, se aplica al escenario actual esencialmente sin ningún cambio. Bajo la indemnización por daños y perjuicios, si al residente le es otorgada una titularidad absoluta con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, él no sufrirá daño alguno. Pero todas las ganancias del intercambio irán a la fábrica. Bajo el mandato de cesación, al menos una parte de las ganancias del intercambio, y posiblemente la mayor parte de ellas, irán al residente. Así, si el bienestar social depende principalmente de la equidad distributiva y si el residente es favorecido decididamente, entonces el mandato de cesación sería socialmente preferible. Sin embargo, si se cree que la fábrica será el negociador menos obstinado, entonces puede tener algún sentido usar la indemnización por daños y perjuicios con la responsabilidad fijada en exceso a los daños realmente sufridos a fin de evitar que el residente asuma el rol del «resistente».

Aunque la comparación entre los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios es muy similar a la discusión de la parte anterior, la indemnización por daños y perjuicios es relativamente menos atractiva si el tribunal posee información asimétrica. Cuando el tribunal tiene información perfecta, la indemnización por daños y perjuicios podría alcanzar tanto el nivel eficiente de producción como el resultado distributivamente equitativo si es que el objetivo distributivo no favoreciese decididamente a una parte. Sin embargo, con la información asimétrica, lograr la equidad distributiva bajo la indemnización por daños y perjuicios llevará frecuentemente a sacrificar la eficiencia aun cuando una parte no se vea decididamente favorecida. Cualquier elección de titularidad distinta a una titularidad absoluta para el residente, puede llevar a un resultado ineficiente.

### VII. INFORMACION IMPERFECTA: DAÑOS Y PERJUICIOS SUBESTIMADOS

El supuesto de la parte anterior de que el tribunal conoce los daños y perjuicios del residente puede ser irrealista en muchos contextos. Suponga ahora que el tribunal subestima sistemáticamente los daños y perjuicios del residente (y que aún no conoce las utilidades de la fábrica). Esta presunción es plausible porque en la práctica una compensación para la víctima está limitada a los daños y perjuicios «objetivos»; excluye cualquier elemento «subjetivo» o «idiosincrásico»<sup>48</sup>. En particular, su-

<sup>48</sup> Véase, e.g., J. Bonbright, *The Valuation of Property* 14-16, 40-97, 269-97 (1937); R. Stewart & J. Krier, *supra* nota 11, 201, 243, 283; Ellickson, *supra* nota 7, 735-37, 739-40, 751-57. Por supuesto, es posible que la estimación del tribunal de los daños y perjuicios «objetivos» podría resultar demasiado elevada, produciéndose una sobrecompensación.

ponga en el ejemplo numérico que el tribunal estima los daños y perjuicios del residente en \$4,000 por unidad producida a pesar de que los daños realmente sufridos del residente son de \$7,000. Los supuestos de conducta estratégica y de redistribución costosa se mantienen de las partes anteriores.

### A. Mandatos de cesación

La discusión del mandato de cesación en la parte anterior se aplica también al escenario actual. El tribunal no puede lograr el resultado eficiente porque carece de la información suficiente para determinar el nivel eficiente de producción. Sin embargo, cuando el bienestar social depende principalmente del bienestar del residente, el mandato de cesación ofrece una importante ventaja. Una titularidad absoluta al residente no sólo garantiza que él no sufrirá daños y perjuicios no compensados, sino también que él obtendrá alguna participación en las ganancias del intercambio.

### B. Indemnizaciones por daños y perjuicios

Cuando los daños y perjuicios son subestimados, la indemnización por daños y perjuicios ya no puede asegurar el resultado eficiente. Considere, por ejemplo, lo que sucede cuando el tribunal otorga una titularidad absoluta al residente. La parte anterior demostró que las indemnizaciones por daños y perjuicios con esta titularidad llevaría al nivel eficiente de producción si la responsabilidad se fijaba igual a los daños realmente sufridos. Ahora, sin embargo, si la responsabilidad se fija en la estimación de los daños hecha por el tribunal, la indemnización por daños y perjuicios llevará a que la fábrica inicialmente «supere» el nivel eficiente de producción debido a que la responsabilidad es demasiado baja. En el ejemplo numérico, la fábrica producirá cuatro unidades puesto que sus utilidades marginales exceden a sus pagos marginales por concepto de indemnización de \$4,000 hasta la cuarta unidad. Así, la fábrica producirá una unidad de más. Sin embargo, este no es necesariamente el resultado final por las dos razones siguientes.

Puesto que el nivel de producción inicial de la fábrica es ineficiente, hay ganancias potenciales del intercambio. Comenzando en un nivel de producción de cuatro unidades, el residente estaría mejor en \$3,000 si el nivel de producción fuese reducido en una unidad; el perdería un pago por concepto de indemnización de \$4,000, pero sus daños realmente sufridos se reducirían en \$7,000. La fábrica perdería sólo \$1,000 con este intercam-

bio; sus utilidades disminuirían en \$5,000, pero evitaría también el pago por concepto de indemnización de \$4,000. Así, el residente tendría un incentivo para pagar a la fábrica alguna suma entre \$1,000 y \$3,000 para que la fábrica reduzca su producción en una unidad. Sin embargo, asumiendo la conducta estratégica, dicho acuerdo no necesariamente ocurrirá.

Además, la conducta estratégica llevaría a un nivel de producción aún más insatisfactorio. Suponga que la fábrica incrementa su producción a cinco unidades. El residente sufre daños adicionales de \$7,000 y recibe solamente \$4,000 en pagos por concepto de indemnización, de manera tal que está peor en \$3,000. La fábrica produce utilidades adicionales de \$1,000 pero no tiene que realizar un pago por concepto de indemnización de \$4,000, de manera que también está peor en \$3,000. Así, la fábrica puede *amenazar* con incrementar el nivel de producción a cinco unidades, a menos que el residente pague cierto monto hasta llegar a los \$3,000.

Pero si el residente se considera un mejor negociador, él podría negarse a pagar lo que le exige la fábrica. En consecuencia, la fábrica podría llevar a cabo su amenaza a fin de establecer su credibilidad en la siguiente rueda de negociaciones. Si lleva a cabo la amenaza e incrementa el nivel de producción a cinco unidades, surge la misma situación en cinco unidades. En el peor de los casos, este proceso podría llevar a la fábrica a producir siete unidades.

### C. Los remedios comparados

Suponga que el tribunal asigna una titularidad absoluta al residente por razones distributivas y que la conducta estratégica conduce al peor resultado posible bajo cada tipo de remedio.

Bajo el mandato de cesación, el resultado menos eficiente es para las partes permanecer en el punto de titularidad. En este resultado, la fábrica no obtiene utilidades y el residente no sufre daños, mientras que en el nivel eficiente de producción, las utilidades totales exceden a los daños totales en \$18,000. Así, hay \$18,000 que las partes podrían dividirse entre ellas si se ponen de acuerdo en cómo compartirlo. Nos referiremos a esta cantidad como la «pérdida de eficiencia».

Bajo la indemnización por daños y perjuicios, el resultado menos eficiente para las partes consiste en acabar con un nivel de producción de siete unidades como consecuencia de que la fábrica ha-

ya llevado a cabo sus amenazas<sup>49</sup>. En este nivel de producción, las utilidades totales de la fábrica son de \$35,000 y sus pagos totales por concepto de indemnización de \$28,000 (\$4,000 por unidad producida), de manera que sus utilidades netas son de \$7,000. Los daños totales del residente son de \$49,000, pero él recibe \$28,000 en pagos por concepto de indemnización, de manera que sus daños después de la compensación son de \$21,000. Así, las partes en conjunto sufren una pérdida neta de \$14,000 (\$21,000 por daños no compensados menos \$7,000 por utilidades netas)<sup>50</sup>. En el nivel eficiente de producción de tres unidades las partes obtienen una ganancia neta de \$18,000. Así, el resultado menos eficiente deja a las partes peor en \$32,000 (\$14,000 + \$18,000) de lo que estarían en comparación al nivel eficiente de producción. Esta cantidad es la pérdida de eficiencia bajo la indemnización por daños y perjuicios.

En términos de eficiencia, la discusión anterior muestra que cuando las partes negocian estratégicamente y el tribunal subestima los daños y perjuicios del residente, se puede preferir el mandato de cesación a la indemnización por daños y perjuicios. En el ejemplo, la pérdida de eficiencia bajo la indemnización por daños y perjuicios es de \$32,000, mientras que es sólo de \$18,000 bajo el mandato de cesación. En general, cualquier remedio produciría un resultado más eficiente, dependiendo del grado de la conducta estratégica y en la magnitud con que el tribunal subestime los daños y perjuicios.

En ciertas circunstancias, el mandato de cesación puede también preferirse a la indemnización por daños y perjuicios en términos de equidad distributiva. Suponga que el objetivo distributivo favorece al residente lo suficiente como para que se le otorgue una titularidad absoluta (sin tomar en consideración el remedio utilizado). Como se acaba de demostrar, cuando ocurre el peor de los resultados el residente no sufre daños bajo el mandato de cesación y sufre daños no compensados de \$21,000 bajo la indemnización por daños y perjuicios. De manera similar, la fábrica no obtiene ninguna utilidad bajo el mandato de cesación y

obtiene utilidades netas de \$7,000 bajo la indemnización por daños y perjuicios. Así, el residente se encuentra mucho mejor, y la fábrica sólo se perjudica un poco bajo el mandato de cesación. Debido a que se supone que el objetivo distributivo favorece decididamente al residente, el mandato de cesación sería probablemente el preferido. Sin embargo, en general, cualquier remedio podría producir un resultado más equitativo, dependiendo de los resultados específicos bajo los dos remedios, y de la parte a la que favorece el objetivo distributivo.

Así, cuando las partes negocian estratégicamente, siendo costosa la redistribución del ingreso, y cuando los tribunales subestiman los daños de la víctima, generalmente, no se prefiere ninguno de los dos remedios. Esta conclusión se mantiene vigente ya sea que el objetivo distributivo favorezca decididamente o no a una de las partes<sup>51</sup>. Puesto que el tribunal fija el monto de la responsabilidad por debajo de los daños realmente sufridos por la víctima, la indemnización por daños y perjuicios está sujeta a los mismos tipos de problemas de conducta estratégica que el mandato de cesación.

## VIII. PLURALIDAD DE VICTIMAS

Aunque hasta ahora he asumido que están involucrados sólo un ofensor y una víctima, las disputas por razón de vecindad frecuentemente involucran a más de una víctima, y es a menudo poco práctico para un grupo de víctimas estar representadas por una sola parte. Por lo tanto, compararé ahora el análisis anterior, que suponía a un sólo residente perjudicado, con la situación en la cual son perjudicados muchos residentes. Específicamente, suponga que existen 1,000 residentes, cada uno sufriendo \$7 en daños por cada unidad producida por la fábrica. Los datos en la Tabla 1 se aplican todavía, pero en el caso de los residentes, estos se refieren ahora a los daños agregados de 1,000 individuos. Una gran parte, pero no todo el análisis anterior de los mandatos de cesación e indemnización por daños y perjuicios, es llevada al escenario actual.

<sup>49</sup> Si, como se supone, la fábrica no puede producir más de siete unidades, entonces probablemente no llevaría a cabo la última amenaza de producir la séptima unidad puesto que pierde al hacerlo y no gana ninguna credibilidad con respecto a las amenazas para producir las unidades adicionales. Sin embargo, imagine que las partes terminan produciendo siete.

<sup>50</sup> Esta pérdida neta puede determinarse restando las ganancias anteriores de la fábrica (\$35,000) de la compensación anterior por los daños y perjuicios del residente (\$49,000). Los pagos por concepto de indemnización no afectan a la pérdida neta, porque lo que una parte gana la otra lo pierde.

<sup>51</sup> Recuerde que cuando se asumía que el tribunal contaba con información perfecta, se prefería las indemnizaciones por daños y perjuicios si el objetivo distributivo no favorecía demasiado a una sola parte. Véase la Parte V *supra*.

En el mejor de todos los mundos posibles -conducta cooperativa, redistribución libre de costos, e información perfecta- los mandatos de cesación y las indemnizaciones por daños y perjuicios son igualmente preferibles por las razones discutidas en la Parte III<sup>52</sup>. El resultado eficiente puede ser alcanzado fijando el punto de titularidad igual al nivel eficiente de producción bajo el mandato de cesación y fijando la responsabilidad igual a los daños realmente sufridos bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios. La distribución equitativa del ingreso puede lograrse en ambos casos mediante transferencias por suma abultada.

Al igual que antes, la presencia de la conducta estratégica no cambia el asunto por sí misma, aunque la conducta estratégica opera ahora de manera diferente debido al gran número de víctimas involucradas. Bajo el mandato de cesación, si el punto de titularidad corresponde a un nivel de producción menor al nivel eficiente de producción de tres unidades, cada uno de los 1,000 residentes puede bloquear el deseo de la fábrica de incrementar su producción. A fin de obtener tanto de las ganancias del intercambio como sea posible, cada residente intentaría ser el «resistente»: el último residente cuyo consentimiento debe obtenerse. El resultado probable es que las demandas agregadas de los residentes excedan a la máxima disposición de pago de la fábrica, de manera que las partes permanezcan en la titularidad inicial. Si el punto de titularidad excede al nivel eficiente de producción, los residentes deben pagar a la fábrica para reducir el nivel de producción. Pero entonces cada residente intentará «viajar de polizonte» en la contribución de los demás. Como resultado, las partes permanecerán en el punto de titularidad. Sin embargo, la eficiencia puede ser asegurada todavía, al escoger un punto de titularidad que coincida con el resultado eficiente. La equidad distributiva puede lograrse mediante transferencia por suma abultada. Bajo la indemnización por daños y perjuicios, el resultado eficiente puede alcanzarse si el punto de titularidad co-

rresponde a un nivel de producción inferior al nivel eficiente de producción, y la responsabilidad es igual a los daños realmente sufridos. Entonces se compensa a cada residente por los daños que realmente sufrieron, y no hay lugar para la conducta estratégica. El resultado distributivamente equitativo puede lograrse a través de transferencias por suma abultada.

Si la redistribución es costosa, luego, a diferencia del caso con una sola víctima, la indemnización por daños y perjuicios es superior al mandato de cesación<sup>53</sup>. Bajo el mandato de cesación, las partes permanecen en el punto de titularidad ya sea debido a la conducta de «resistir» o «viajar de polizonte». Así, escoger un punto de titularidad involucra generalmente un sacrificio entre la eficiencia y la equidad distributiva. A pesar del punto de titularidad escogido, la indemnización por daños y perjuicios puede alcanzar un mejor resultado. Por ejemplo, suponga que el bienestar social depende primordialmente de la equidad distributiva y que el objetivo distributivo favorece decididamente a los residentes. Bajo el mandato de cesación, una titularidad absoluta garantiza a los residentes que no sufrirán daños no compensados, pero el problema de «resistencia» evita que éstos y la fábrica obtengan cualquier ganancia del intercambio. Bajo la indemnización por daños y perjuicios, con el mismo punto de titularidad y la responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, se compensa nuevamente de manera completa a los residentes, pero adicionalmente la fábrica produce en el nivel eficiente de producción y es favorecida por las ganancias del intercambio<sup>54</sup>. Así, se mejora el bienestar social<sup>55</sup>. El mismo argumento a favor de la indemnización por daños y perjuicios se aplica cuando el tribunal posee también información imperfecta de tipo asimétrico: conocimiento completo de los niveles de daños de los residentes pero ningún conocimiento del nivel de utilidades de la fábrica. Bajo el mandato de cesación, las partes permanecen en el punto de titularidad, mientras que con la indemnización por daños y perjuicios

<sup>52</sup> Sin embargo, la presunción de la conducta cooperativa es especialmente ilusoria cuando existen muchas víctimas a causa de la dificultad de su unión para negociar con el ofensor.

<sup>53</sup> Recuerde que en el caso de un ofensor y una víctima el mandato de cesación podría haber sido superior si el bienestar social dependía en medida suficiente del bienestar de una de las partes. Véase la Parte V *supra*.

<sup>54</sup> Ahora puede ser incluso posible compartir las ganancias del intercambio bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios sobrecompensando a los residentes sin tener que llegar al problema de extorsión discutido en la Parte IV. Este argumento es desarrollado en Polinsky, *On the Choice*, *supra* nota 2, 244-46.

<sup>55</sup> Esta afirmación supone un función «individualista» de bienestar social, es decir, una en la cual el bienestar social aumenta si se mejora cualquier bienestar individual y ningún otro empeora. J. de V. Graff, *Theoretical Welfare Economics* 8-11 (1957); Y.-K. Ng, *Welfare Economics* 2-4, 69 (1980).

la fábrica puede ser inducida a producir en el nivel eficiente de producción mientras se compensa plenamente a los residentes por los daños realmente sufridos.

Finalmente, si el tribunal tiene información imperfecta que lo lleva a subestimar los daños de los residentes, entonces, al igual que en el caso de un solo residente, ningún remedio es claramente preferible. La razón para esta conclusión es similar a la discusión anterior y puede ilustrarse mediante un ejemplo sencillo. Suponga que el tribunal escoge sobre bases distributivas, una titularidad correspondiente a dos unidades producidas. Bajo el mandato de cesación, este resultado será final debido a la conducta «de resistencia». La pérdida de eficiencia es de \$2,000 (las ganancias del intercambio de incrementar el nivel de producción de dos unidades al nivel eficiente de producción de tres unidades). Bajo la indemnización por daños y perjuicios, el resultado depende del nivel de responsabilidad impuesta por el tribunal. Suponga que la estimación de los daños hecha por la corte es de \$4 por unidad producida para cada uno de los 1,000 residentes. Dada una responsabilidad de \$4,000 por unidad comenzando desde la tercera unidad, la fábrica maximizará sus utilidades produciendo en cuatro unidades, superando así al nivel eficiente de producción. Debido a la conducta de «polizonte», los residentes no sobornarán a la fábrica para reducir su producción. De manera similar, cualquier amenaza de extorsión de la fábrica de incrementar el nivel de producción se encontrará con inacción; cada residente confiará que los otros pagarán. Así, a diferencia del caso de una sola víctima, la utilidad inicial que maximiza el nivel de producción de la fábrica será el nivel de producción final. En este nivel de producción (cuatro unidades), hay una pérdida de eficiencia de \$2,000, la misma que para el mandato de cesación en este ejemplo. Pero el resultado distributivo puede ser peor bajo la indemnización por daños y perjuicios ya que los residentes están en peores circunstancias de lo que

estarían si estuviesen en el punto de titularidad (puesto que son subcompensados por la tercera y cuarta unidad producidas). Además, si los daños del residente son subestimados en un grado aún mayor, la pérdida de eficiencia bajo la indemnización por daños y perjuicios excedería a aquella del mandato de cesación.

Así, si hay pluralidad de víctimas, la misma conclusión básica se aplica bajo el más realista conjunto de supuestos: Ningún remedio es generalmente preferible cuando las partes negocian estratégicamente, cuando la redistribución del ingreso es costosa, y cuando los tribunales subestiman los daños de las víctimas.

Sin embargo, debería señalarse que el análisis de los mandatos de cesación y de las indemnizaciones por daños y perjuicios, pueden ser de limitada relevancia cuando existe pluralidad de víctimas, por dos razones. Primero, los intereses de las partes pueden acumularse de varias maneras, la mayoría de las veces en una acción de clase. Una vez que tiene lugar dicha acumulación, la situación es similar al caso de una víctima<sup>56</sup>. Segundo, si los intereses de las víctimas no pueden ser acumulados, los remedios de ejecución pública, tales como los reglamentos o las multas, son probablemente preferibles a cualquiera de los remedios privados que discutimos aquí<sup>57</sup>. Por estas razones, el presente artículo ha puesto énfasis en la situación de una sola víctima.

## IX. EL CASO A FAVOR DE LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS RECONSIDERADO

Ahora será útil reconsiderar los tres argumentos principales para preferir las indemnizaciones por daños y perjuicios a los mandatos de cesación discutidos al comienzo de este artículo. La presente discusión trata sólo de la situación de un ofensor y una víctima y se concentra en el conjunto de supuestos que parecen más realistas: conducta es-

<sup>56</sup> El caso de un ofensor y una víctima puede también ser relevante si los intereses de las víctimas se acumulan a través de un funcionario público, como en un procedimiento *parens patriae*. El funcionario, al igual que un representante privado, encara luego una situación de negociación con un ofensor (o el representante del ofensor). Los términos de una solución extrajudicial corresponderían al resultado de contratación privada discutida en este artículo.

<sup>57</sup> Véase, e.g., R. Stewart & J. Krier, *supra* nota 11, 255-89, 214-24; Ellickson, *supra* nota 7, 761-79; Michelman, *supra* nota 7, 674-80. Pero véase el Comentario, *Equity and the EcoSystem: Can Injunctions Clear the Air?*, *supra* nota 7, 1259-62 («Las agencias de ejecución gubernamental no han tenido especial éxito en el pasado al intentar reducir la contaminación y es improbable que éstas puedan mejorar su desempeño significativamente en un futuro próximo»). Cuando los intereses de la víctima no pueden ser acumulados, el análisis de una víctima y de un ofensor puede aún ser relevante en cierta medida. Por ejemplo, aun cuando un funcionario público presenta una demanda por perjuicio público, un individuo privado que sufre daños de un tipo distinto puede presentar una demanda privada. Véase el *Restatement (Second) of Torts* § 821C (1965).

tratégica, redistribución costosa y daños subestimados.

El primer argumento contra los mandatos de cesación era que éstos permitían al demandante «extorsionar» al demandado, es decir, obtener una compensación posiblemente muy en exceso de los daños realmente sufridos por el demandante. Pero en el marco de trabajo de este artículo, compensación «en exceso» simplemente significa que el demandante comparte las ganancias del intercambio con el demandado. Ninguna parte tiene la «titularidad» a estas ganancias en primer lugar; por el contrario, la deseabilidad de estas transferencias depende del objetivo distributivo que la sociedad desee promover. Si el objetivo distributivo favorece decididamente al demandante y si la redistribución por otros medios resulta costosa, entonces la compensación en exceso puede ser deseable.

Incluso si los efectos distributivos de la extorsión no son deseados, pasar de los mandatos de cesación a las indemnizaciones por daños y perjuicios no necesariamente los evita. Si el tribunal tiene información imperfecta y es probable que subestime los daños del demandante, entonces el demandado puede «extorsionar» al demandante de dos maneras. Primero, puesto que el nivel de producción del demandado excederá inicialmente al nivel eficiente de producción cuando los daños son subestimados, el demandante tendrá un incentivo para sobornar al demandado para que éste reduzca su producción. Pero el demandado puede resistirse para obtener cantidades mayores a sus utilidades perdidas, extorsionando de ese modo al demandante. Además, el demandado puede amenazar con incrementar el nivel de producción más allá del nivel que maximiza sus utilidades, extorsionando de ese modo al demandante de una manera distinta. Así, el argumento de extorsión contra el mandato de cesación puede ser mal dirigido, incluso en sus propios términos, si uno acepta el supuesto realista de que el tribunal subestima los daños del demandante.

El segundo argumento a favor de las indemnizaciones por daños y perjuicios tiene que ver con las consecuencias de eficiencia de la extorsión infructuosa. De acuerdo con este argumento, la conducta estratégica bajo el mandato de cesación podría llevar a la ejecución del mandato cuando la ejecución fue ineficiente. Dada la conducta estratégica, esta crítica es válida siempre que el punto de titularidad no coincida con el resultado eficiente. Sin embargo, la misma crítica se aplica del mismo modo a la indemnización por daños y perjuicios cuando, como suele suceder, los tribunales

subestiman los daños del demandante. Como se señaló en el párrafo anterior, cuando se subestiman los daños, el demandado puede emplear conducta estratégica para extorsionar al demandante de dos maneras: Puede rechazar el «soborno» del demandante para reducir el nivel de producción, o puede llevar a cabo amenazas de incrementar el nivel de producción. De cualquier manera, la pérdida de eficiencia de la conducta estratégica bajo la indemnización por daños y perjuicios podría ser mayor que la pérdida de eficiencia bajo el mandato de cesación.

El tercer argumento a favor de las indemnizaciones por daños y perjuicios era que éstas son distributivamente más flexibles: el nivel de responsabilidad aparentemente puede ser ajustado con precisión para permitir sobrecompensación («pagos en exceso») o la subcompensación para lograr los resultados distributivos deseados. En contraste, se notó que el resultado distributivo bajo el mandato de cesación es incierto debido a la conducta estratégica.

Sin embargo, las indemnizaciones por daños y perjuicios son potencialmente superiores en la búsqueda de los objetivos distributivos sólo cuando los tribunales tienen información perfecta acerca de los daños realmente sufridos por el demandante. Inclusive entonces, la flexibilidad distributiva de las indemnizaciones por daños y perjuicios es bastante limitada. Se mostró que niveles de responsabilidad que sobrecompensan al demandante están sujetos a los mismos tipos de problemas de conducta estratégica que surgen bajo el mandato de cesación. Además, ninguna ventaja adicional resulta de utilizar un nivel de responsabilidad que subcompense al demandante. Cuando, como realísticamente puede suponerse, los tribunales subestiman los daños, las ventajas distributivas de las indemnizaciones por daños y perjuicios pueden desaparecer por completo.

## X. CONCLUSION

No debe considerarse que este artículo construye un caso a favor del uso de los mandatos de cesación. Por el contrario, su objetivo ha consistido en examinar sistemáticamente si es que los argumentos que favorecen las indemnizaciones por daños y perjuicios son lógicamente coherentes. No lo son. Bajo ninguno de los supuestos examinados se favorece a las indemnizaciones por daños y perjuicios inequívocamente, excepto, posiblemente, cuando existe una pluralidad de víctimas. Bajo el conjunto de supuestos más realista - conducta estratégica, redistribución costosa, y daños subestimados - el argumento podría dirigir-

se fácilmente en cualquier dirección<sup>58</sup>. Aun cuando ningún remedio pueda ser establecido definitivamente como superior en abstracto, el mejor remedio en la práctica puede hacerse manifiesto dependiendo de las circunstancias. Suponga, por ejemplo, que la eficiencia nos resulta de fundamental interés. Si parece que las partes se comportarían estratégicamente, y el tribunal conoce los daños y perjuicios de la víctima pero no los beneficios del ofensor, la indemnización por daños y perjuicios es manifiestamente superior. Información inadecuada acerca de los beneficios del ofensor evitaría que el tribunal fijase con exactitud la titularidad en el punto eficiente, de modo tal que el mandato de cesación fracasaría debido a la conducta estratégica. Sin embargo, al asignar una titularidad absoluta a la víctima y haciendo uso de una indemnización por daños y perjuicios con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos, el resultado eficiente quedaría garantizado.

Por otro lado, si el tribunal carece de la información acerca de los daños y los beneficios, entonces puede construirse un argumento a favor del mandato de cesación. El argumento es especialmente fuerte si la pérdida de eficiencia por la pequeñísima actividad del ofensor es pequeña en relación con la pérdida de una actividad excesiva. Bajo el mandato de cesación, el tribunal podría otorgar una titularidad absoluta a la víctima y saber que, en el peor de los casos, las partes permanecerán en el punto de titularidad debido al fracaso en la

negociación. Sin embargo, bajo las indemnizaciones por daños y perjuicios, la falta de información del tribunal puede resultar también en un nivel de responsabilidad que lleve al ofensor a iniciar en una mayor actividad, especialmente si el ofensor lleva a cabo sus amenazas de extorsión. Esto podría resultar con facilidad en una pérdida de eficiencia mucho más grande.

Tomar nuevamente en cuenta las consecuencias distributivas, puede simplificar la elección del remedio. Por ejemplo, si el objetivo distributivo no favorece decididamente a una de las partes y si el tribunal conoce los daños de la víctima y los beneficios del ofensor, entonces las indemnizaciones por daños y perjuicios con responsabilidad igual a los daños realmente sufridos es preferible. Esta puede alcanzar el resultado eficiente y redistribuir simultáneamente los ingresos en la proporción deseada. Sin embargo, si el objetivo distributivo favorece decididamente a una de las partes y si la eficiencia es menos importante, un mandato de cesación puede ser mejor.

Si bien los argumentos desarrollados en este artículo no proporcionan una respuesta única -efectivamente, esa es la razón del artículo- estos pueden ayudar a esclarecer los objetivos en la resolución de disputas por razón de vecindad y, dados los objetivos, los principios que permitan escoger el mejor remedio.

<sup>58</sup> A pesar del número de víctimas, esta conclusión general sería verdadera incluso si la eficiencia fuese el único objetivo. Véase las Partes VII-VII *supra*.