



IUS ET PRAXIS

DERECHO EN LA REGIÓN

UNIVERSIDAD DE TALCA · FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AÑO 4 N° 2 ISSN 0717 - 2877

TALCA, CHILE, 1998

LOS CONTRATOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Rodrigo Barcia Lehmann (*)

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo intenta dar una visión general de los avances del análisis económico del Derecho relacionado con la teoría de los contratos. Pero además de esta visión general, el lector seguramente se sorprenderá al ver muchos de los temas de contratos estudiados desde la perspectiva del referido análisis.

El análisis económico del Derecho nace como una de las aplicaciones de la economía a otras ciencias, como la psicología o la sociología. Sin embargo, creo que en ninguno de estos campos ha tenido tanto éxito como en las Ciencias Jurídicas. En el área del Derecho la economía se ha transformado en una poderosa herramienta de trabajo, que estudia el comportamiento humano de acuerdo a nociones como el propio interés de la persona, que no siempre es meramente económico, excedente del productor o consumidor, beneficio social, máximo paretiano o teoría de los riesgos y otras elaboraciones. Pero sin lugar a dudas, el concepto fundamental, como veremos, es el principio de la eficiencia.

La estructura de este artículo se divide en tres partes, la primera trata de aspectos generales del análisis económico del Derecho en relación con los contratos; la segunda

(*) Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Diplomado en Economía por la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Chile. Master en Economía y Dirección Internacional de la Empresa por el Centro Internacional Carlos V, de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Autónoma de Madrid.

sobre aspectos generales de los contratos y la responsabilidad civil; y la última sobre la posible aplicación del análisis económico del Derecho en el Mercosur. Lamentablemente, un análisis económico de los contratos en particular me es imposible abordarlo en un artículo de la extensión de éste, por lo que lo deberé dejar pendiente para más adelante.

En esta introducción he de tratar la forma como se ha aproximado la economía al Derecho. Dicha forma ha sido de dos clases: mediante una aproximación positiva y/o una normativa.

1.1. Aproximación positiva.

Este análisis pretende explicar y predecir el comportamiento humano dadas determinadas reglas legales. Además, este análisis asume que el comportamiento humano es el de un ser racional. En este sentido el Derecho es estático, ya que sólo pretende explicar una situación dada o predecir consecuencias y efectos de la realidad.

1.2. Aproximación normativa.

Este análisis estudia el deber ser de la norma, pero conforme al principio de eficiencia. De esta manera no sólo se preocupa de las instituciones en sí mismas, sino también de la forma de mejorarlas.

PRIMERA PARTE. *Parte general*

A continuación trataré los aportes, que creo más significativos, de la economía al Derecho. El objetivo de esta sección es familiarizar al lector con la terminología económica y analizar los principales criterios o principios a aplicar en la teoría de los contratos.

1. Principio de eficiencia.

La economía estudia cómo asignar recursos escasos logrando el máximo de satisfacción. Por ello, es eficiente la asignación de recursos o responsabilidades –de acuerdo a la teoría de los contratos– que logre una mayor satisfacción individual o social. Pero, la satisfacción en la teoría de los contratos se traduce en el objetivo de éstos,

que no es otra que lograr la mejor asignación de recursos. De esta forma, en el derecho de accidentes de vehículos motorizados será responsable, la parte que pudo evitar el riesgo y si ambas partes pudieron evitarlo, la responsabilidad será compartida. En cuanto al Derecho de los contratos, su análisis es más complejo porque en muchos casos el quiebre del contrato será eficiente, pero el acreedor tendrá derecho a demandar por resolución e indemnización de perjuicios o el cumplimiento forzado, pero esta última opción será ineficiente.

Otro aspecto de importancia, es la forma de aplicar este principio. El Derecho suele aplicar las normas *ex – post*, o sea en consideración sólo al caso concreto; pero la economía resuelve los problemas de acuerdo a un criterio *ex – ante*. Dicho criterio responde a la pregunta ¿cómo hubiesen regulado las partes el contrato antes de su celebración?. Este criterio es fundamental, ya que incentiva a soluciones eficientes con relación a todos los nuevos casos que se encuentren en igual situación. Pondré un ejemplo concreto respecto de esta circunstancia. La normativa del Tratado de Roma, que regula la Unión Europea, en su artículo 85 (1) prohíbe la concentración vertical y horizontal. Y tanto la Comisión Europea, como el Tribunal Europeo han entendido que los acuerdos de distribución territorial exclusiva, por los cuales un distribuidor puede pactar un precio con su productor y a dicho territorio no puede ingresar ningún otro distribuidor, atentan contra el mercado común y el referido artículo. Pero analicemos este caso de acuerdo al principio de eficacia, aplicado *ex – ante*. Si un productor está interesado en extender sus ventas a diferentes zonas geográficas, que le son desconocidas, puede recurrir a un distribuidor. Pero dicho distribuidor deberá introducir un producto que es desconocido en dicha área y seguramente deberá asumir un fuerte riesgo financiero y/o de prestigio para lograrlo. En consecuencia, el distribuidor requerirá, en la mayoría de los casos, hacer una fuerte inversión inicial en estudios de mercado, publicidad y posiblemente muchos de estos costes serán irrecuperables - o sea, *sunk cost* -. Entonces, si cualquier otro distribuidor, después de lograr con éxito la penetración al nuevo mercado por el distribuidor original, puede introducir dicho producto, sin internalizar los costes asumidos por el primer distribuidor, y como consecuencia de ello, a precios más baratos, dejará fuera del mercado al distribuidor, que invirtió para introducir el producto. De acuerdo a un análisis *ex – ante*, si los distribuidores conocen el criterio de la Corte decidirán no arriesgar su prestigio, ni los recursos necesarios para penetrar nuevos mercados. Por ello, para introducir un producto, el fabricante deberá hacerlo el productor con sus propios recursos o recurrir a financiamiento externo, lo que aumentará los costos, pero no sólo de esta zona, sino en todo el mercado. De esta forma, de acuerdo al principio de eficiencia aplicado *ex – ante*, podemos apreciar que la Corte debería admitir estas cláusulas de zonas de distribución exclusiva, ya que en el fondo sólo se trata de una forma alternativa de financiamiento.

1.1. Contenido del principio de eficiencia.

En virtud de este principio se trata de asignar los recursos productivos o asignar responsabilidades de forma de alcanzar el máximo de productividad o satisfacción. Pero, ¿qué debemos entender por satisfacción o productividad?. Al respecto existen varias teorías que estudian esta materia, pero creo que la teoría del máximo beneficio social (*Social Welfare*) llena de contenido normativo de una mejor forma el principio de la eficiencia. De esta manera, el bienestar social comprenderá el conjunto de beneficios que logran el consumidor y el productor. La aplicación de esta teoría se estudia en el incumplimiento del contrato.

2. Algunas consideraciones respecto del utilitarismo.

Jeremy Bentham desarrolló una teoría ética normativa fundada en los principios del hedonismo, universalismo y consecuencialismo. Antes de Bentham se hablaba del principio de la felicidad fundado en Aristóteles; Bentham fue el primero en hablar del principio de la utilidad. Además, vinculó a la utilidad los conceptos de riqueza y distribución. Posteriormente, William Standley Jevons transformará dicho principio en la fórmula $u = u(x)$. En todo caso, dicho principio ha sido abordado por un gran número de economistas y filósofos, como John Stuart Mill, D. Bernoulli, Neumann, Morgenstern, Savage, Harod, Harsanyi, Rawls y tantos otros. A pesar que es imposible tratar este tema con la suficiente extensión, me referiré sucintamente a la teoría de Rawls.¹ Dicho autor señala un principio de utilitarismo restringido. Su teoría se apoya en dos principios:

- (a) El principio de la libertad.
- (b) El principio de igualdad restringido.

Esta teoría acepta el utilitarismo como principio general, y a la igualdad como un principio restrictivo de aquél. Aplicada esta noción teórica a los contratos, diríamos que en virtud del principio de la libertad, las partes buscarán alcanzar el máximo de utilidad mediante éste; pero esta libertad estará restringida por el principio de igualdad. Sin embargo, Rawls restringe la intervención del Estado, como redistribuidor de ingresos a los impuestos. De esta forma, no se admite la posibilidad de utilizar el Derecho de los contratos con fines redistributivos, así no se acepta la fijación de un precio mínimo en

¹ Rawls ha sido, sin temor a dudas, el autor más controvertido en este campo. Rawls es un filósofo que ha intentado aplicar la economía a la filosofía a través de su máxima/mínima (MAXMIN).

el contrato de arriendo para proteger a los arrendatarios de rentas más bajas o la protección de la parte más débil. Aunque podemos criticar a Rawls su falta de originalidad al señalar a la igualdad, como límite al principio de la libertad, nos parece interesante el plantear el estudio de la forma de concretizar el principio de la igualdad. Pero no podemos dejar de discrepar con el referido límite, ¿por qué sería aceptable el establecer un impuesto para subsidiar las rentas de las personas de bajo ingreso y no lo sería el fijar un precio mínimo de canon?

2.1 Máximo paretiano.

De acuerdo a Ott y Schäfer se entiende por *eficiencia de pareto* una situación social en la que sólo se consigue una mejora para alguien, si al menos otra persona sufre por tal motivo un perjuicio.² Muy vinculado a este concepto está el *máximo paretiano*, situación ideal, en virtud de la cual la asignación de recursos en la sociedad es perfecta. De tal forma que sólo es posible mejorar la situación de uno de sus integrantes perjudicando a otro. Es importante comprender que esta situación es similar al mercado perfecto, en el sentido que no es una situación real, sino por el contrario es deber ser de las normas sociales. Del principio de eficiencia paretiano se colige que nadie debe estar mejor, si a consecuencia de ello otra persona debe estar peor, ya sea la contraparte o un tercero.

2.2 Criterio corrector de Kaldor – Hicks.

El criterio de eficiencia de pareto ha sido objeto de muchas críticas. La mayor de ellas es que a pesar que el beneficio, que se obtenga de dañar a la otra parte o a un tercero, sea mayor que la pérdida que se provoca, dicho acto no deberá realizarse, con la consiguiente pérdida de bienestar social.³ Por esta razón, en el año 1939 el profesor de Oxford, Kaldor – Hicks propuso un criterio de corrección a la falla del criterio de eficiencia paretiano. Conforme a este criterio, la parte que está mejor, como consecuencia de la relación comercial, debe poder compensar a la parte o terceros perjudicados con dicho negocio jurídico para de esta forma cumplir con el criterio de eficiencia paretiano. Pero he de llamar la atención, que dicho criterio corrector sólo debe consistir en la posibilidad de compensar.⁴ Respecto del criterio corrector de Kaldor – Hicks puedo destacar dos aspectos:

² Schäfer, Hans – Bernard y Ott, Claus, **Manual de Análisis Económico del Derecho Civil**, Editorial Tecnos S.A., 1991, Madrid, España, p. 40.

³ Otra de las críticas al principio de eficiencia de pareto es que dicho criterio, no considera a la justicia distributiva, al considerar al *status quo* como una situación justa.

⁴ A este principio se le conoce también, como un juicio de valor paretiano débil.

(a) El criterio de Kaldor – Hicks es un principio de maximización de la riqueza. Por ello, el contrato sólo debe poder realizarse, si el beneficio social es mayor que los costos sociales de efectuarlo –dichos coste y beneficio social deben comprender la internalización de todos los costes–.⁵

(b) En virtud de este principio sólo debe existir la posibilidad de compensar. También esta limitación la encontramos en Rawls, respecto del principio restrictivo de igualdad, que no tiene fuerza de coercibilidad, o sea, no se puede imponer por la tutela jurisdiccional. Los fundamentos de esta restricción parecen estar en la libertad contractual, pero dicho fundamento sólo es aceptable respecto de las partes y no respecto de los terceros –de esta forma se tratan de evitar externalidades negativas que incentivan tomas de decisiones ineficientes–.

3. Los costes de transacción.

El inicio del estudio de la incidencia de los costes de transacción en el análisis económico, se asigna, con justa razón, a Coase. En el año 1959 publicó su clásico artículo sobre las ondas de radio –dicho trabajo contiene un análisis sobre el problema del coste social–.⁶ En lo que a nosotros nos interesa, Coase distingue entre dos formas de producir cualquier bien o servicio, el primero es el mercado y el segundo es la empresa. Estas formas de producción se presentan como alternativas –en el sentido que se puede optar por uno u otro sistema–. Antes del análisis de Coase se señalaba que la empresa opera en el mercado, hasta que el coste marginal del proceso es igual al beneficio marginal. Pero conforme a Coase, agregaríamos que si el coste marginal de producir en forma individual y acceder directamente al mercado es menor que el de producir a través de una empresa, se preferirá la producción individual con acceso directo al mercado. Para simplificar puedo señalar un ejemplo, si en el proceso de producción de un bien “x” existen seis etapas, en las que operan individualmente una serie de fabricantes, si ese producto se obtiene a un costo inferior al que se obtendría produciendo dicho producto a través de una empresa –que reuniría las seis etapas y seguramente obtendría economías de escala– el producto se producirá por el mercado y no por la empresa.

⁵ Por ejemplo, si una fábrica decide contaminar un río con desechos tóxicos, pero para ello sólo se considera compensar a los pescadores que perderán su fuente de trabajo, no se consideran todos los costes. Para internalizar todos los costes debe valorarse la pérdida para las generaciones futuras, respecto del goce del río o considerar el perjuicio de los propietarios ribereños, que verán devaluado el valor de sus propiedades o no podrán gozar más del referido río.

⁶ Coase, R.H., “The Federal Communications Commission”, *The Journal of Law and Economics*, octubre, 1959, pages 1-40. A este artículo se le atribuye la paternidad al famoso teorema de Coase.

De acuerdo con el teorema de Coase son relevantes en la resolución de conflictos los siguientes aspectos:

- (a) Los costes de transacción.
- (b) La correcta definición y asignación del derecho de propiedad.

En cuanto a los costes de transacción, si ellos existen será relevante la solución que dé el Derecho. En caso contrario, la solución de la norma no tiene importancia, ya que si existe algún error en la asignación de responsabilidad o de un derecho, las partes podrán resolver dicho fallo. Pero como en el mundo real, en la mayoría de los casos no sólo los costes de transacción existen, sino que son altos, la asignación de responsabilidades que efectúe el Derecho será esencial.

Los costes de transacción son los costes que genera el negocio al utilizar el mercado, como asignador de recursos. Así son costes de transacción los gastos de las negociaciones preliminares, costes de honorario, escrituras, información, etcétera.

Respecto del teorema de Coase puedo señalar, los siguientes aspectos de interés:

(a) El ordenamiento jurídico debe tender a evitar los costes de transacción; esto no quiere decir que se deban regular los honorarios, fijar salarios, etcétera. Sino todo lo contrario, las normas –tanto la ley como las sentencias de los Tribunales– no deben crear gastos innecesarios, que aumenten los referidos costes.

(b) La situación óptima es aquella en que las partes regulan los efectos del contrato. El contrato no podrá prever todos los riesgos de incumplimiento. No sólo porque ello es imposible, sino también porque ello es muy costoso.⁷ Pero, si una de las partes incumple el contrato, las posibilidades de llegar a un acuerdo eficiente, serán inversamente proporcionales a los costes de transacción que envuelva dicho proceso.

(c) Si lo anterior no es posible, porque no se da ninguno de los supuestos anteriores. Entonces, es esencial la solución de conflictos que determine el Derecho.

Un aporte del teorema de Coase, respecto del incumplimiento del contrato, es la naturaleza recíproca de la responsabilidad. Así, si la cosa perece por caso fortuito, el Derecho aplicando el aforismo que las cosas perecen para su dueño, hará recaer los

⁷ La posibilidad que el contrato contemple todas las hipótesis de incumplimiento de contrato es marginal, por cada aumento en la previsión del riesgo, la utilidad obtenida es menor a la previsión anterior, no pudiendo preverse jamás todos los riesgos.

riesgos en el contratante que sea dueño al tiempo de ocurrir el siniestro –lo que dependerá de la tradición del sistema jurídico-. La solución por ende depende de la *ocasio iuris*. Pero, también podríamos hacer recaer el riesgo en una u otra parte – vendedor o comprador no dueños-; ya que la naturaleza del problema es recíproca. Para encontrar la solución a este problema, el Derecho debe preguntarse sobre la conveniencia que los riesgos recaigan en una u otra parte, de acuerdo a un criterio ex – ante. De esta forma, convendrá en principio hacer recaer los perjuicios en la parte que pudo evitarlos a un menor costo.⁸

3.1 Clasificación de los costes de transacción.

Un aporte fundamental al análisis de los costes de transacción fue efectuado por Oliver Williamson. Dicho autor clasifica los costes de transacción, de la siguientes manera: (1) *Factores del mercado*. Son los costes de utilización del mercado y de celebrar y ejecutar los acuerdos convenidos. Dentro de los cuales distingue entre: (a) La certidumbre respecto de la realización del negocio; (b) Frecuencia con que se realiza la transacción y (c) Extensión de la inversión que requiere el negocio. (2) *Factores humanos*. Son las características y personalidad de las partes que pueden afectar al negocio. Dentro de los que se pueden distinguir los siguientes: (a) Vinculación racional (*bounded rationality*) que es la capacidad de las partes para entender y solucionar los complejos problemas que pueda dar lugar el negocio y (b) Conducta oportunística. Es la omisión del correcto desempeño en las transacciones comerciales. La conducta oportunística proviene de asimetrías de información, que pueden traducirse en ocultar información o actividades. A su vez, la conducta oportunística puede ser ex – ante o ex – post. El oportunismo ex – ante se refiere a información o hechos que afectan a las conversaciones preliminares. En cambio el oportunismo ex – post consiste en aquella información o hechos, que permiten que una parte pueda imponer a la otra una modificación de contrato a través de la suscripción de unas cláusulas nuevas, después de concluido éste. El Derecho tiene tres vías para evitar conductas oportunísticas: (a) evitar que las partes no dejen vacíos en los contratos que puedan dar lugar a estas conductas, (b) en caso que las partes no hayan previsto los vacíos de regulación, que puedan dar lugar a una conducta oportunística, debe hacerlo el Derecho y (c) el ordenamiento jurídico debe crear los incentivos para que las partes al celebrar el contrato, estén totalmente informadas. Este último aspecto lo abordaré más adelante. Pues bien, estos costes van envueltos en toda negociación. Este análisis nos permite comprender que la empresa posee algunas ventajas sobre el mercado. La empresa puede

⁸ Coase se refiere a la naturaleza recíproca del problema en su memorable ejemplo del ganadero y del agricultor. También hace referencia a este problema, Stigler respecto del derecho a contaminar un arroyo.

hacer frente, de una mejor forma que el productor individual, a la incertidumbre o a la vinculación racional. Respecto a esta última problemática, una firma cuenta con el asesoramiento adecuado de los profesionales que tiene la propia empresa. A su vez, la empresa puede reducir la incertidumbre a través de contratos estándar, contratar seguros en mejor condiciones que un particular, etcétera. Todos estos costes de transacción, se pueden apreciar perfectamente en las tratativas o negociaciones preliminares.

4. Las externalidades y los contratos.

Las externalidades son los beneficios o perjuicios que afectan a las partes que concurren a la celebración del contrato o a los terceros, sin verse reflejados en los costes de negociación o el precio final. Además, dichas externalidades pueden ser positivas o negativas. Son positivas si crean un beneficio y negativas, si crean un perjuicio. De esta manera, si los costes no se internalizan, sufriendo las partes todo el beneficio y los terceros todo el perjuicio, estaremos frente a una externalidad negativa. A su vez, la externalidad será positiva, si parte del beneficio lo obtienen los terceros, sin que las partes se vean compensadas por la creación de este beneficio. Las externalidades alteran el proceso de toma de decisiones, de tal forma que la decisión no será óptima, llevando a cabo más producción que la deseada o viceversa. Así, podemos apreciar las externalidades negativas a través del típico caso del medio ambiente, si el precio de un producto refleja los daños medioambientales que éste produce, la asignación de recursos será óptima. Pero si sólo internaliza alguno de estos costes, se producirá una cantidad de recursos y una contaminación superior al óptimo. Pero las externalidades también puede crearlas el ordenamiento jurídico, por ejemplo si una ley mercantil prohíbe las sociedades unipersonales, obligará a que los particulares inviertan recursos en crear una nueva figura o simplemente crearán un socio ficticio, poseedor de una minúscula parte del capital; en consecuencia, esta normativa sólo aumentará los costes de transacción como asesoramiento adecuado, conflictos con el socio minoritario, etcétera.

5. Property right.

No me refiero a estos Derechos como derechos de propiedad, debido a que en la terminología inglesa el concepto de *property right* equivale más bien a derechos de actuación.⁹

⁹ En este sentido dicho concepto no sólo comprende los derechos personales o reales, sino también los derechos humanos –o *rights* en la terminología inglesa–.

5.1 Generalidades.

Para que exista un objeto de derecho dentro de esta teoría, deben concurrir dos requisitos:

- (a) Transmisibilidad.
- (b) El goce del objeto debe ser exclusivo y excluyente.

La Transmisibilidad del derecho puede ser afectada por dos factores:

(i) Por una prohibición normativa que transforme el derecho en inalienable. Ello ocurre, por ejemplo, con los derechos éticamente intransferibles, como los trasplantes de órgano a título oneroso, la comercialización de droga, trata de blancas, etcétera.

(ii) Por la imposibilidad de cobrar los costes del bien. Ello ocurre cuando los costos de transferencia son tan altos, que hacen imposible la transferencia del derecho, como por ejemplo el determinar los costes de usar un encendedor para prenderle un cigarro a una persona que nos lo solicita.

Pero siguiendo a Domsetz, el derecho de propiedad consiste en dar carácter interno a los beneficios externos, siempre que los beneficios de este proceso sean superiores a su coste. De esta manera, si en un ordenamiento jurídico existe un derecho amplio a cazar sin límites. Los costos del exterminio de los animales salvajes lo sufrirían los cazadores futuros, y por ello, los actuales cazadores no tienen incentivos a disminuir la caza. En cambio, si se asignan los derechos de propiedad, de tal forma que su uso exclusivo sea posible. Por ejemplo, se otorga el derecho de caza exclusivamente a los dueños de los predios, éstos tendrán interés en cercar sus terrenos para proteger su derecho sobre los animales salvajes. Además, los costos que generen los cazadores furtivos lo sufrirán los propietarios de los predios, que tendrán el incentivo necesario para evitar esta situación. Por otro lado, dichos propietarios explotarán adecuadamente el recurso, animales salvajes, ya que de lo contrario afectarán sus futuras rentas. Como se puede apreciar, de este ejemplo, el derecho de propiedad es una forma de internalizar costes externos, que influyen en la toma de decisiones –en el caso expuesto los costos de externalizar la caza futura son internalizados y la oferta de animales y pieles salvajes, baja-.

5.2. Transferencia del derecho de propiedad.

El ordenamiento jurídico tiene por objetivo lograr una distribución eficiente de los

recursos a través de los derechos de actuación. Los derechos de actuación pueden verse afectados por los siguientes títulos:

- (a) Derecho de propiedad.
- (b) Reglas sobre responsabilidad.
- (c) Reglas sobre inalienabilidad.

Esta clasificación fue realizada por Calabresi y Melamed.¹⁰

El derecho de propiedad se define en sentido tradicional; o sea como un *property right* específico. La diferencia entre las dos primeras reglas, con relación al derecho protegido radica que en virtud del derecho de propiedad se puede impedir que se enerve el derecho y se tiene acción para recuperar la cosa. En cambio en virtud de la regla de responsabilidad el derecho puede verse afectado por un tercero y de ocurrir de esta forma, el titular sólo tiene acción de indemnización para compensar su pérdida. El ordenamiento jurídico puede amparar un derecho a través de cualquiera de estas tres formas. Pero la elección de cada una de ellas dependerá de la forma en que se internalicen los costes. A continuación, trataré de explicar la diferencia, entre estas dos primeras reglas a través del siguiente ejemplo. Si un conductor atropella culposamente a un peatón. ¿Cómo internalizar los costes de la imprudencia del conductor?. La respuesta parece ser obvia, los costes se internalizarán a través de una regla de responsabilidad. Pero también, se podrían internalizar estos costes a través de una regla de propiedad, otorgando al conductor un derecho de propiedad a no responder por su manejo imprudente, previo pago de una prima.¹¹ Desde un punto de vista económico, se debe preferir en este caso una regla de responsabilidad sobre una de propiedad, ya que aquella permite internalizar todos los costes del daño producido por el conductor, incentivándolo de esta forma a un nivel de cuidado superior que una regla sobre propiedad. Esta distinción entre reglas de propiedad y responsabilidad la utiliza constantemente el Derecho, por ejemplo en algunas legislaciones, si se adquiere un bien mueble en una feria o lugar de venta al menudeo, al verdadero dueño sólo se le protege a través de una norma de responsabilidad. De esta forma, sólo tendrá derecho a la

¹⁰ Calabresi, Guido & Melamed, A. Douglas "Property rules, liability rules and inalienability: One view of the cathedral", *Law, economics and Philosophy Review*, USA, 1983.

¹¹ Nótese que el contrato de seguros cumple esta función, pero sólo afecta a la responsabilidad civil. Pero la diferencia con este "derecho de propiedad" es que el derecho de propiedad tiene efectos "*erga omnes*", en cambio el contrato de seguro sólo afecta a las partes. De tal manera, que si el asegurador no paga, la víctima de igual forma tiene acción contra el victimario.

indemnización de perjuicios o previo al ejercicio de la acción reivindicatoria, deberá abonar el precio al comprador. En cambio, en los casos de hurto sobre inmuebles, se protegerá al verdadero dueño a través de una regla de propiedad al concederle la acción reivindicatoria contra el usurpador, aunque haya adquirido de buena fe.

En virtud de la regla de inalienabilidad impide el ejercicio de la facultad de transferir el derecho por algún motivo ético, como la prohibición de venta de órganos, de realizar actos mediante representación, etcétera.

5.3. Costes de transacción, publicidad y protección a terceros.

Uno de los principios fundamentales, tanto del derecho de propiedad, como del Derecho en general, es la certeza. El Derecho debe crear las suficientes garantías para que el comprador pueda estar seguro de adquirir el dominio del verdadero dueño. Sin embargo, el costo de esta información puede ser tan alto, que no compense el daño eventual del adquirente. Por ello, la certeza en la transferencia de títulos va desde la simple publicidad, transmisión del dominio hasta el nacimiento de la posesión que da la posibilidad de adquirir el dominio por prescripción adquisitiva. Estos sistemas dan lugar a Registros Especiales como los de bienes inmuebles, navas, derechos de autor, patentes, vehículos, etcétera. Todos aquellos bienes que tienen un valor que permita hacer frente a los costes de información, generan estos registros especiales. Pero un alto coste de información, aumentará los precios de transferencia, reduciendo la demanda del bien y aumentando el coste social. En consecuencia, el nivel óptimo de protección dependerá de los precios de transferencia y los costes de información. Y estas variables determinarán distintos sistemas de protección de la propiedad. Baird y Jackson destacan los siguientes sistemas de registros:¹²

(a) Sistema de aviso (*notice statute*): dicho sistema sólo exige que el adquirente no tenga noticia de la existencia del verdadero dueño.

(b) Sistema de aviso y preferencia (*race – notice statute*): el adquirente que inscribe primero adquiere el dominio. Pero, además el adquirente debe creer que adquiere del dueño y no tener noticias de la existencia del verdadero dueño.

(c) Sistema de preferencia puro (*race statement*) se prefiere al primero que efectúe la inscripción.

¹² Bair, Douglas & Jackson, Thomas, “Information, uncertainty and the transfer of property”, *Journal of Legal studies*, volumen XIII, 1984, pages 299 a 320.

Los dos primeros sistemas, en cuanto exigen que se crea adquirir del verdadero dueño, pueden ser objeto de las siguientes críticas:

(i) Esta regulación exigirá que el impugnador deba probar que el adquirente sabía que no adquiriría del verdadero dueño o que el adquirente deba probar que tenía antecedentes para creer que no adquiriría del verdadero dueño. En ambos casos, los costes de transacción serán excesivamente altos.

(ii) Se puede proteger de la usurpación del dominio de otra forma menos costosa. Se podría establecer un sistema de registro que exija una continuidad en la posesión o el dominio –la terminología jurídica cambia dependiendo de cada sistema legal-. Así, el comprador deberá asumir los costes de asegurarse de adquirir del precedente adquirente.¹³

Como señalé anteriormente, los casos de hurto de bienes muebles o usurpación de inmuebles pueden ser analizados aparte. Si un ladrón se apropia de un bien y lo vende, el ordenamiento jurídico debe decidir a quién protege, al adquirente o a la víctima. Ello ante la imposibilidad de hacer efectiva la responsabilidad del ladrón, ya sea porque no ha sido posible su captura o sea porque no tiene bienes con los que responder. Cotter y Ulen nos plantean la solución de este problema, aplicando el principio de hacer recaer los riesgos en la parte que pudo evitar el daño a más bajo coste.¹⁴ De esta forma, si los costes de verificar, si el bien es robado por el adquirente son menores que los costes de evitar el robo por el dueño –si ello es posible-, el comprador debe asumir los riesgos y el ordenamiento jurídico deberá proteger a la víctima del robo. Entonces, no nacerá la posesión, ni el dominio de la adquisición, y el dueño tendrá acción contra el comprador para recuperar el bien. Si la relación es inversa, el Derecho deberá optar por defender al adquirente.

Por último, la literatura sobre el análisis económico del Derecho se ha preocupado de la posesión adversa (*adverse possession*), que es una figura semejante, en los ordenamientos inspirados en Derecho continental, a nuestra usucapión. Pero que por razones de espacio no puedo extenderme en este tema.

¹³ Por lo demás, una norma de esta clase crearía los incentivos necesarios para que los adquirentes se aseguren de efectuar el pago, previa entrega de un certificado a su nombre. Esto está ocurriendo normalmente en Chile, a través de la suscripción de instrucciones privadas otorgadas ante notario, por las cuales este funcionario se obliga a entregar un documento de pago a la vista al vendedor, previa entrega de un certificado de inscripción del Registro de Propiedades a nombre del comprador. En todo caso, en este tipo de negociación será esencial el nivel de aversión al riesgo que presenten las partes y la influencia que estas garantías puedan tener en el precio de venta.

¹⁴ En la literatura económica se llama a esta parte “*cheaper avoider risk*”, Cooter, Robert & Ulen, Thomas, **Law and Economics**, seconde edition, Addison – Wesley Education Publishers Inc., USA, pages 130 y 131.

5.4. Derechos de contaminación transables y medio ambiente.

En esta parte del artículo sólo trataré los derechos de contaminación transables, pero plantearé otras formas de abordar este problema.

5.4.1 Dos formas de tratar el problema medioambiental.

Como externalidad positiva y negativa.

Uno de los problemas más estudiados desde la perspectiva del análisis económico del Derecho es el medio ambiente. Tradicionalmente este tópico sólo se trata respecto de las empresas contaminantes. Pero, tal vez una parte importante de este problema se puede intentar solucionar, mediante la creación de una “oferta y demanda de medio ambiente.” En este sentido, creo que, si el medio ambiente es un bien escaso, la pregunta que debemos hacernos es ¿Cómo transformar un medio ambiente puro en un bien económico? Y para ello, no sólo es necesario que la cosa tenga un valor, sino que debe existir la posibilidad de transar y gozar exclusivamente de dicho bien. La razón de ello, es que el medio ambiente produce externalidades positivas, de esta forma si un propietario de una parte de la selva en Brasil, no explota este recurso y lo protege, genera beneficios para todo el resto de la sociedad que opera como un *free – riders*. Una forma de internalizar estos costes es transformando estos parajes en bienes turísticos, pero en muchos casos dicho destino termina igualmente por destruir estos medio ambientes. Los costes que deben ser internalizados en la protección de estos bienes son dos:

- (a) Los costes de mantener y cuidar estos bienes y
- (b) El coste de oportunidad de la mejor explotación alternativa.

Estos últimos costes pueden equivaler al pago de una suma de dinero igual al beneficio de explotar y destruir dicho recurso. Los primeros costes se pueden internalizar a través de la exigencia a los propietarios de estos predios del pago del valor de la destrucción del beneficio ambiental que dicho bien produce. Mientras el pago sea más alto, los incentivos para cuidar el bien serán mayores.¹⁵

Pero este tratamiento del medio ambiente está bastante alejado del tratamiento tradicional, que intenta que los productores de la contaminación internalicen los costes que asume el resto de la sociedad, como efecto de dicha contaminación. Ello es consecuencia de tratar a la contaminación, como una externalidad negativa.

¹⁵ En todo caso, tampoco me puedo extender en este tema; pero el aspecto más difícil de esta teoría es el determinar quién debe pagar este precio y cómo hacerlo. Creo que el precio por mantener estas zonas protegidas deberían pagarlo los beneficiarios, o sea toda la comunidad internacional.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de este análisis tradicional, la primera pregunta que debemos formularnos es si debemos considerar al medio ambiente como un bien en sí mismo –posición de la mayoría de los “medioambientalistas”- o sólo como una cosa destinada a prestar utilidad al hombre –o sea recibe el tratamiento de un bien-. Esta discusión es previa y determina el campo de acción que seguirá el Derecho. Así, se debe determinar si el medio ambiente es una norma de primer orden en la terminología de Calabresi y Melamed. Si optamos por señalar que es una norma de segundo orden, debemos optar por algún método de internalizar los costes de contaminar, como los siguientes:

- (a) Impuestos o multas.
- (b) Subsidios a la utilización de tecnología no contaminante.
- (c) Regla de responsabilidad objetiva.
- (d) Regulación administrativa a través del establecimiento de niveles de contaminación.
- (e) Compraventa de derechos para contaminar.

5.4.2 *Derecho a contaminar transable.*

Respecto a esta forma en que operarían estos derechos puedo señalar lo siguiente:

(a) La autoridad debe ser capaz de medir el nivel máximo de contaminación aceptable. El derecho a contaminar hasta ese nivel se puede dividir en una cantidad de unidades de derecho a contaminar que representen unos porcentajes del total de contaminación aceptables para la salud humana, y dichos derechos pueden licitarse al mejor postor.

(b) La cuota asignada se podría transar en el mercado, que fijaría su precio de venta. De acuerdo a ello, las empresas más eficientes terminarían comprando más derechos que las menos eficientes. Esto se debe a que las empresas eficientes pagarán más por aumentar sus niveles de producción.

(c) Además existiría un incentivo a reducir los niveles de contaminación, ya que ello permitiría aumentar la producción a un menor coste. Adquirido un derecho de contaminación equivalente por ejemplo al 2% del total de la contaminación permitida, si se utiliza una tecnología que ayude a contaminar menos, la empresa verá aumentar sus beneficios, como consecuencia de un aumento de la producción.¹⁶

¹⁶ Pero las empresas sólo estarán dispuestas a pagar por la nueva tecnología, un valor menor al precio que deban pagar por la compra de derechos de contaminación, equivalentes al aumento de la producción en igual cantidad.

Pero este sistema de internalizar costes, puede generar los siguientes inconvenientes:

(i) No siempre se podrán medir los niveles de contaminación admisibles, ni fiscalizar el cumplimiento de las cuotas equivalente al derecho a contaminar que se posea.

(ii) A pesar que, técnicamente, lo anterior fuera posible, puede ser que ello sea tan costoso que lleve a soluciones ineficientes.

(iii) Si este sistema no se aplica internacionalmente sólo afectará la competitividad de las exportaciones. Además a consecuencia de ello, los productores locales perderán cuotas de mercado frente a los importadores que no internalicen los referidos costes.

6. Los riesgos y los contratos.

Para estudiar los riesgos dentro de la toma de decisiones que afectan a los contratos debemos hacer referencia a los contratos perfectos. Un contrato es perfecto, si prevé todos los posibles riesgos de incumplimiento que pueden afectarlo. Por ello, un contrato perfecto no requiere de normas supletorias. Pero, prever situaciones y asegurar responsabilidades –a través de garantías personales o reales– puede generar menos beneficios, que los que se obtienen no teniendo toda la información o no previendo todos los riesgos. Esto se debe a que la información sólo será beneficiosa hasta el nivel que el coste marginal de producirla, sea igual al beneficio marginal que de ella se obtiene.¹⁷

El riesgo que las partes asumen en el contrato se ve reflejado en las obligaciones que asumen. En la compraventa afectan principalmente al precio, así por ejemplo, si una persona adquiere un reloj en la calle, ante la inseguridad del origen del producto y la falta de garantía, estará dispuesta a pagar un precio que refleje estos riesgos o si una constructora que adquiere un terreno, que va a ser objeto de una recalificación de suelo, reflejará dicha inseguridad en el precio de compra. Pero tanto el precio, como los riesgos que esté dispuesto a adquirir una parte del contrato, dependerán de la propensión al riesgo que tenga cada contratante.

¹⁷ Por lo demás, prever todos los riesgos de incumplimiento, como ocurre en el contrato perfecto, es una situación ficticia que sólo sirve para explicar teóricamente el rol supletorio del Derecho de los contratos.

6.1. Clasificación del riesgo en cuanto a la propensión a éste que presenten las partes.

En cuanto a la propensión al riesgo, las partes que negocian un contrato, pueden ser propensas, neutrales o adversas al riesgo. Estas características serán esenciales para negociar un contrato. Las personas proclives al riesgo son aquellas que sienten una inclinación al riesgo y no se representan que el siniestro o riesgo puede ocurrir, de esta forma se comportan los apostadores. En cambio, las personas neutrales al riesgo son aquellas que no se inclinan, ni sienten aversión al riesgo, sino que creen que el riesgo tiene posibilidades de acaecer. Por último, las personas adversas al riesgo son aquellas personas que no están dispuestas a asumir ningún riesgo o sólo un riesgo improbable.

La utilidad de esta clasificación se obtiene gracias a la previsibilidad del daño. Si una parte es propensa al riesgo, sólo estará dispuesta a pagar una prima de seguro inferior al valor previsto del daño, ya que su probabilidad de daño será inferior al que calcule la otra parte, que no es propensa al riesgo. A su vez, la parte que sea neutral al riesgo sólo estará dispuesta a pagar, para no asumir el riesgo, el valor previsto del daño. Por último, la parte que sea adversa al riesgo, estará dispuesta a pagar un sobreprecio –con relación a la probabilidad que el riesgo ocurra– por no asumirlo.

6.2. Diferentes formas de localizar los riesgos.

La localización óptima del riesgo es la que efectúan las partes libremente. Pero si los contratantes no regulan esta materia, supletoriamente lo hará el ordenamiento jurídico.

El primer criterio para ello, es hacer recaer los riesgos en aquella parte que de forma menos costosa pudo evitar el perjuicio. Schäfer y Ott desarrollan el siguiente ejemplo, un fabricante de bloques de acero produce un 5% de dichos bloques de forma defectuosa.¹⁸ Además, tanto el fabricante, como el comprador pueden evitar el daño o descubrir el fallo a través de la adquisición de máquinas con rayos infrarrojos. Si los contratantes, no logran ponerse de acuerdo –generalmente debido a los altos costes de transacción– el comprador asumirá dichos costes, pero sólo si los costes de evitar el daño son menores que el perjuicio previsto. En este caso, los daños previstos son la posibilidad de adquirir bloques defectuosos, que es un 5% más la mano de obra desperdiciada en trabajar en dicho bloque. Pero Schäfer y Ott nos hacen ver, que a pesar que el comprador puede obtener una ventaja al evitar el daño, el beneficio social es mayor, si el fabricante asume estos costes. Ello se debe a que si ello ocurre, los costes

¹⁸ Schäfer, Hans – Bernard y Ott, Claus, **Manual de Análisis Económico...Op.cit.**, pp. 264–266.

del ahorro en mano de obra por parte del fabricante no serán considerados y dado los costes de escala, la inversión del fabricante en la máquina de rayos infrarrojos será más productiva –o explicado de otra forma- el beneficio social será superior, si el fabricante adquiere uno de estos equipos, en lugar que todos los compradores de las barras de metal deban adquirir una de estas máquinas. Además, el fabricante es la parte que está en mejores condiciones para asegurarse del siniestro – el mejor *cheapest insurer*- . En virtud de este segundo criterio, la parte que está en posición de pagar las primas más bajas deberá ser el responsable. De esta forma, generalmente el comerciante o el fabricante, por la ley de los grandes números, será neutral al riesgo y el comprador será adverso al riesgo.¹⁹

PARTE SEGUNDA. Parte general de los contratos.

1. Aspectos generales.

En esta sección me referiré a una serie de aspectos puntuales que presentan en la responsabilidad civil y en especial en el Derecho de los contratos. Lamentablemente, no me es posible referirme con profundidad a una serie de materias, como a la teoría del proceso de negociación, el caso fortuito o fuerza mayor, los efectos de los contratos, su cumplimiento y su extensión dentro del análisis económico del Derecho. Pero creo tratar una serie de aspectos teóricos y prácticos que demuestran el largo camino recorrido por el análisis económico del Derecho.

2. Vicios del consentimiento. Error y fuerza.

Tanto los vicios del consentimiento, como la incapacidad civil han sido ampliamente estudiadas por el análisis económico. A continuación sólo haré un breve esbozo de los principales tópicos de esta materia.

El análisis económico clasifica al error como unilateral, si lo sufre una sola parte, o bilateral, si lo sufren ambas. El error bilateral no presenta inconvenientes, ya que se

¹⁹ Pero esta última teoría ha sido fuertemente criticada, después de la crisis de las compañías de seguro. Esto se debe a que no corrige el riesgo moral y genera una selección adversa de siniestros. El riesgo moral o *moral hazard* consiste en el riesgo adicional, que nace después de suscrito el contrato de seguro, debido a que los asegurados –incluso las personas cuidadosas o adversas al riesgo– tienden a tener un comportamiento descuidado. Para evitar este riesgo, los aseguradores incluyen cláusulas especiales en las primas y crean incentivos por la no-ocurrencia del siniestro. Pero, como en los casos que un vendedor asegura su responsabilidad ante los fallos de los productos vendidos a sus clientes, el asegurador no puede crear los incentivos para reducir el riesgo moral. Por otro lado, tampoco es posible la toma de seguros opuestos que eviten grandes pérdidas a las compañías de seguro –selección adversa-.

acepta como un vicio del consentimiento. Pero el error unilateral es más complejo.

El error está íntimamente vinculado con la información, ya que la información es directamente proporcional a este vicio del consentimiento. A mayor información, obviamente existe una menor posibilidad que se produzca el error. Así, nos podemos preguntar, si un contratante tiene una información de la que la otra parte carece, y que con seguridad si la tuviera no contrataría o lo haría en condiciones substancialmente diferentes, en este caso ¿estamos frente a un vicio el consentimiento a título de error o dolo?. Creo que la respuesta a esta interrogante la podemos plantear de mejor forma a través del siguiente ejemplo: qué ocurre si una empresa petrolera, después de seis meses de investigación, descubre petróleo en unas tierras agrícolas y luego, contrata a un corredor para que adquiera estas propiedades al precio que tienen como tierras de cultivo – para de esta forma evitar pagar por dichas propiedades un precio exorbitante -. En este caso ¿cuál es la solución eficiente?. Cooter y Ulen distinguen entre dos formas de información diferentes, la información productiva y la redistributiva. La información productiva es aquella que genera riqueza y la redistributiva es aquella que sólo distribuye la riqueza ya existente. Además, la información productiva siempre requerirá inversión de parte del que la crea. Entonces, ¿cómo podría ayudarnos esta clasificación para solucionar el caso planteado precedentemente?. Si la información productiva es merecedora de tutela judicial, entonces debemos permitir que la empresa petrolera mantenga en secreto la información y pueda obtener beneficio de ella. Así, de acuerdo a un análisis ex – ante, se crearán los incentivos para que se descubran nuevos pozos de petróleo. En cambio, si la información es redistributiva, no produce riqueza, entonces debe ser obligatorio revelarla. De esta manera, si uno de los futuros socios de una sociedad tiene informes comerciales negativos, que en el futuro afectarán el financiamiento de la empresa, y los otros socios ignoran esta información; entonces debe otorgárseles acción a éstos para anular el contrato. Así se crearán los incentivos para revelar esta clase de información, que sólo distribuye los recursos desde los socios que tienen buenos antecedentes a los que no los tienen.²⁰

Respecto de la fuerza no existe contrato por lo que no existe diferencia entre el análisis económico y el tradicional. Pero desde el primer punto de vista, se pueden

²⁰ Posner distingue respecto de la información y la privacidad entre: (a) privacidad de los individuos, (b) privacidad de las corporaciones o la empresa y (c) privacidad de la comunicación. En realidad, Posner pone en tela de juicio la protección de la privacidad, cuando afecta a los costes de transacción de una empresa. Así, si en nuestro ejemplo de los socios, uno de ellos es una persona poco seria que tiende a no cumplir con su trabajo, ni sus obligaciones, esta información es relevante para sus futuros socios que tendrán problemas con ese socio en el porvenir. Por ello, el Derecho no debe proteger esta información, como un derecho de la esfera íntima de la persona. Otro aspecto importante es la distinción entre la información privada y socialmente valiosa. La primera de ellas afecta a la toma de decisiones, pero la segunda además produce un beneficio social.

agregar los siguientes argumentos que apoyan dicha posición: (a) Las consecuencias de un acto que adolece de fuerza son producir una redistribución desde la víctima al victimario. Pero esta redistribución no es eficiente y disminuye el bienestar social. (b) Además de aceptarse la validez de estos actos sólo se aumentarían los costes de transacción, ya que obligaría a toda la sociedad a tomar medidas de protección excesivas.

3. Cláusulas generales de garantía.

Desde hace bastante tiempo el tema de la responsabilidad de los fabricantes preocupa al Derecho y a la Economía. El análisis económico del Derecho ha querido aplicar una teoría que explique la necesidad de regular esta materia y la forma de hacerlo. Para ello, se ha formulado un gran número de teorías, pero nosotros sólo nos preocuparemos de las que estimamos como principales:

3.1 Teoría de la explotación o los contratos de adhesión.

Friedrich Kessler desarrolló esta teoría a través de la teoría de los contratos de adhesión. Conforme a Kessler el vendedor en un contrato de adhesión, es la parte dominante, ya que puede imponer las condiciones del contrato al comprador, y éste sólo podrá aceptar o repudiar. Es así como en los contratos de adhesión no existe libertad contractual. De esta forma, los productores tenderán a establecer causales de exención total de responsabilidad en los contratos y los compradores al ser la parte débil de la relación jurídica, se verán obligados a aceptar. En palabras de Dean Prosser, sin la intervención judicial o legal las garantías sobre las cualidades de los productos fabricados equivaldrán a un pesado yunque. En virtud de ello, esta teoría señala que el legislador o el juez debe regular las garantías en forma directa y no supletoria para restablecer el equilibrio que no existe entre las partes.

A pesar que esta teoría, en su tiempo, tuvo mucha importancia; en la actualidad ha sido desplazada por otras más completas. Las principales críticas que se efectúan a esta teoría son las siguientes:

(a) No parece razonable que en los contratos de adhesión exista un monopolio del fabricante o comerciante, como parte dominante; ya que si bien los compradores sólo pueden aceptar o repudiar, los productores o vendedores deben competir entre sí. De esta manera, si existe competencia, los vendedores competirán en el contenido de sus contratos estándar, y los compradores elegirán las cláusulas que sean convenientes a sus intereses.

(b) La estandarización de los contratos a través de los contratos de adhesión, reduce los costes de negociación logrando importantes rebajas en los precios. En consecuencia, lejos de atentar contra la competencia o el consumidor estos contratos tienden a beneficiarlo.

3.2 Teoría de las señales (*signal theory*).

De acuerdo a esta teoría existen tres clases de productos:

(a) Productos cuyas cualidades se aprecian sólo con la observación (*search goods*).

Respecto de estos productos los compradores pueden observar sus cualidades al momento de la compra.

(b) Productos cuyas cualidades sólo pueden ser observados por la experiencia (*experience goods*).

Los compradores sólo pueden apreciar las cualidades del producto, después de haberlo comprado, como ocurre con los productos que se encuentran en paquetes.

(c) Productos respecto de los cuales, no es posible apreciar sus cualidades, sino transcurrido un tiempo después de la compra (*credence goods*).

Éstos son generalmente productos eléctricos, maquinarias, etcétera.

La importancia de esta distinción es poder determinar qué productos no requieren que el consumidor esté informado de sus cualidades, y por ello las garantías no necesitan ser reguladas por el Derecho. En este sentido, el mercado no informa de las cualidades de los siguientes productos:

(i) Los productos cuyas cualidades, sólo pueden ser observados por la experiencia y cuya adquisición no se efectúa frecuentemente. Respecto de los bienes de esta clase, que se adquieren frecuentemente, los productores tendrán los suficientes incentivos para que sus clientes no se vean decepcionados, ya que de lo contrario no realizarán una segunda compra.

(ii) Productos respecto de los cuales, no es posible apreciar sus cualidades, sino transcurrido un tiempo después de la compra. Respecto de estos bienes, el productor puede tener incentivos a vender bienes de baja calidad y después de recuperar su inversión y obtener beneficios, retirarse del mercado.

Estos mercados se transforman en “*market for lemons*”, ya que como los compradores no pueden observar las cualidades de los productos, sólo se compite, entre los productores, en precios. Entonces, los productores que vendan más barato, pero a

menor calidad tendrán mayores beneficios y cuotas de mercado más grandes. Por ello, es necesario regular, debido a que en este caso estamos frente a una falla del mercado.²¹

Pero la teoría en estudio nos señala que los productores que tienen una calidad mejor que su competencia, en estos mercados, emitirán señales que permita que los consumidores tomen conocimiento de la calidad de sus productos. Por ejemplo, estos productores emitirán una gran publicidad que les permita ubicarse entre los productos de mayor calidad. Sin embargo, el problema al que se enfrentarán será al de la credibilidad, en caso de no superar este problema nos encontraremos frente a un nuevo mercado de limones.

3.3 Teoría de la inversión.

Esta teoría fue planteada por George Priest en 1981.²² En virtud de ella, el productor efectuará una inversión en el producto, como en la calidad de éste que recuperará en el precio. Pero las partes podrán acordar, cuál de ellas asume la responsabilidad por los daños de acuerdo a su propensión al riesgo y a los costes de evitar fallas por la calidad del producto o mal uso. En palabras de Priest: “... nosotros tendremos una expectativa de asegurar las cualidades de un producto, sólo en el caso que la expectativa de pérdida y los costes del seguro en el mercado sean menores que la suma de las pérdidas previstas y los costes de transacción de asegurarse el propio comprador.”²³ Además, la estandarización de los contratos indudablemente reduce su costo.

Lamentablemente, no me es posible ahondar en esta teoría, pero de acuerdo a un análisis ex – ante, podemos apreciar que se deben crear las condiciones para que el productor pueda diferenciar su producto entre los consumidores. Así el fabricante podrá ofrecer una garantía o relación calidad precio, acorde con lo que desea el cliente y evitará que clientes cuidadosos, puedan subsidiar a clientes poco cuidadosos o que

²¹ G. Akerloff en el año 1970, escribió sobre esta problemática en su ya famoso artículo “The market for lemons”. Mediante este título Akerloff se refiere a ciertos mercados en los cuales no se compete en una relación calidad precio, sino sólo con relación al precio. Esto se debe a que en estos mercados no es posible apreciar la calidad de los productos, que competirán en disminución de precios, pero a costa de la calidad. Esto ocurre en el mercado de vehículos usados o en el clásico ejemplo de Akerloff, respecto de los restaurantes de un pueblo al que los turistas sólo visitan una vez en su vida. Por esta razón, la única referencia que tienen los turistas será el precio, ya que la calidad de la comida no podrán apreciarla, sino justo antes de pagar la cuenta.

²² Priest, G.L., “A theory of consumer product warranty”, *The Yale Law Journal*, volume 90, number 6, may 1981, pages 1297–1352.

²³ Priest, G.L., Op. cit., page 1304.

usen intensivamente el producto. Así, nos podemos explicar que la garantía que ofrece un fabricante de lavadoras a una lavandería, no sea la misma que ofrece a una dueña de casa o a una persona soltera.²⁴

En consecuencia, podemos apreciar como el criterio de la actual normativa de consumo de señalar un plazo general de garantía de “x” años para todos los productos es errado y no puede ser el mismo para todos ellos, ya que los plazos serán diferenciados de acuerdo al rango de garantía que esté dispuesto a pagar el cliente.²⁵ Por ello, será esencial para la empresa, el adoptar criterios que permitan hacer esta diferenciación de clientes, como el criterio de intensidad en el uso, ofrecer productos de distinta relación calidad – precio, etcétera. En el ejemplo planteado la diferenciación calidad precio, se puede hacer mediante el tamaño de las lavadoras. A mayor tamaño, el productor se estará dirigiendo a un cliente de más alto riesgo, igual cosa ocurre por ejemplo respecto de los vehículos deportivos, a mayor velocidad mayor riesgo. Pero para que esta solución sea aplicable, el productor ha de ser capaz de segregar el mercado, conforme al nivel de riesgo que desean asumir los contratantes y de esta forma, evitar el mal uso de los productos.²⁶

3.4 Algunas conclusiones.

Creo que la última de estas teorías puede ser un importante medio para entender cómo debería ser el mercado de las garantías. Dicha teoría evita el riesgo moral y la selección adversa. Esto es relevante, ya que su aplicación asigna eficientemente los riesgos de fallos en los productos, disminuyendo sus costes y por ello el precio; o sea en definitiva beneficia a todos los consumidores.

Esta teoría propugna el permitir a los productores poder discriminar entre las diferentes clases de consumidores con relación a su propensión al riesgo, uso de los productos y posibilidad de evitar sus fallos. Para ello bastaría que se pudieran vender dos clases de productos, unos sin garantía o con períodos de garantías muy cortos, pero

²⁴ Pero esta teoría no está exenta de críticas, desde la perspectiva que los clientes pueden observar el precio, pero no la calidad. Incluso, como la calidad no puede ser observada, el cliente puede presumir que todas las calidades son iguales o sólo interesarle el precio.

²⁵ Siguiendo a B. Schäfer que los factores que determinarán el período de garantía serán los siguientes: (a) Ciclo de vida del producto, (b) Deterioro o depreciación del producto, (c) Cualidades técnicas de éste y (d) Sobreutilización del bien.

²⁶ El problema de esta teoría es que en la mayoría de los casos estas decisiones serán afectadas por las autoridades anti-monopolio de cada país por considerarlas como precio discriminatorio o atentar contra el mercado común en las regiones que existan estos convenios.

a precios bajos y los otros con períodos de garantía extensos, pero a mayor precio. Sin embargo, esta teoría puede llevar a la existencia de un mercado de limones, ya que los consumidores pueden fijarse sólo en el precio, ya que la calidad en algunos productos no es observable. Además, los productores pueden subir los precios de los productos que ofrecen una mejor calidad, ya que las personas que adquieren estos productos serán en su mayoría personas adversas al riesgo. Y por ello, están dispuestos a pagar un precio mayor a la probabilidad que el daño ocurra.²⁷

Pero, creo que lo importante de esta teoría es echar por tierra el razonamiento anterior –sobre todo de la teoría de la explotación–. Además de tener importancia al poner en tela de juicio el establecimiento de períodos generales de garantía. Creo que deben estudiarse estos períodos de acuerdo a los gastos de inversión que éstos generan. Para terminar, se debe tomar en consideración qué parte puede reducir las probabilidades de fallo al menor coste. O sea, en definitiva dichos períodos no pueden ser generales. Tal vez la solución es que se fije un período general y que los Tribunales o el ente administrativo competente, señale los diferentes períodos de acuerdo a las distintas variables que presente cada producto.

4. Los sistemas de responsabilidad.²⁸

El análisis económico de los sistemas de responsabilidad ha sido muy estudiado en la responsabilidad por accidentes de vehículos, responsabilidad objetiva y de responsabilidad extracontractual. Pero muchas de las consideraciones efectuadas por el análisis económico del Derecho, respecto de la responsabilidad objetiva, son aplicables en materia contractual. Ello se debe a que la responsabilidad contractual opera de forma muy similar a la responsabilidad objetiva, ya que el incumplimiento de una obligación contractual se presume culpable.

²⁷ Por otro lado, en la normativa de consumo tiene una especial relevancia el análisis de la teoría del consumidor marginal, que lamentablemente por la extensión de este trabajo no me es posible tratar aquí.

²⁸ Un antecedente jurisprudencial inevitable en la responsabilidad extracontractual subjetiva es el referirse a la Hand fórmula. Posner fue el primero en referirse a un fallo pronunciado por el juez federal norteamericano Learned Hand, que dio lugar a la celebre Hand fórmula. Esta fórmula resuelve un caso de responsabilidad por los daños provocados en virtud del desamarre de una barcaza. De acuerdo a esta resolución judicial, pronunciada en 1947, la obligación del dueño del barco para evitar los daños depende de tres variables: (a) la probabilidad que el daño se produzca, (b) la cuantía de los daños y (c) los costes de adoptar las medidas de precaución. De esta forma, si los gastos de previsión son menores que el daño previsto multiplicado por la probabilidad que éste ocurra, el dueño de la barcaza debe ser responsable.

Esta sentencia es muy importante, porque pone de relieve la importancia de los costes de evitar los daños en comparación con la probabilidad que ellos ocurran, como criterio que después desarrollaría la responsabilidad de la parte que con el menor coste, pudo evitar el daño.

4.1 La causación en la responsabilidad civil.

Es la relación de causa efecto que exige la indemnización de perjuicio entre el hecho ilícito, culposo o doloso, y el daño. La causación reviste una mayor importancia en el análisis de la responsabilidad extra – contractual y específicamente, en los accidentes de vehículos. Ello se debe a que en un análisis económico de esta responsabilidad inciden:

(a) El nivel de actividad que se realice; respecto de los vehículos es el número de horas que se manejan al día. A mayor número de horas, mayor probabilidad de tener un accidente.

(b) El nivel de cuidado que se desempeñe en la realización de una actividad. Respecto de los vehículos será relevante el cuidado que tiene el conductor.

Pues bien, si el victimario responde de todos los daños que se producen, tendrá un incentivo óptimo para ejercer un nivel óptimo de actividad y de cuidado. En cambio, si logra exonerarse de responsabilidad; entonces sus niveles de actividad y cuidado no serán óptimos. Pero justamente una de las formas de exonerarse es la falta de causalidad –tanto respecto de la responsabilidad objetiva como subjetiva-.²⁹

En cuanto al caso fortuito o la fuerza mayor, la naturaleza recíproca del asunto debe hacernos analizar, en qué parte se deben hacer recaer los riesgos.

4.2 Teoría del incumplimiento eficiente del contrato.

Uno de los aportes más importantes del análisis económico del Derecho es el

²⁹ Entender esta problemática no es fácil, pero tal vez a través de un ejemplo pueda esclarecerla. Si en el radio cercano a una central nuclear existe un 20% más de cáncer que en el resto de la ciudad y los avances técnicos permiten asegurar que ello se debe a la existencia de esta instalación. Pero, no es posible determinar qué personas de este porcentaje padecen cáncer, como consecuencia de vivir en las cercanías de la planta nuclear. Entonces, de acuerdo al requisito de la causalidad una acción de indemnización de perjuicios de los enfermos de cáncer contra la empresa contaminante no prosperará. Sin embargo, en este caso se produce una externalidad negativa y la empresa productora de esta energía, no internaliza los costes que su actividad genera en los vecinos, como compra de medicamentos, sufrimiento de los enfermos y su entorno, pérdida del trabajo, etcétera. Además, como consecuencia de ello, la empresa no tiene incentivos a cambiarse de barrio o comprar las casas de los vecinos, ubicados dentro del radio que afecta la planta para de esta forma disminuir sus costes por responsabilidad civil. Entonces, se afecta la toma de decisiones de la empresa, aumentando sus beneficios a costa de un aumento del coste social. Por esta razón estas externalidades negativas que produce la empresa, deben internalizarse y ello se puede lograr, si la empresa es obligada a pagar a prorrata a todos los enfermos de cáncer del sector una suma equivalente a las indemnizaciones correspondientes al 20% de cáncer que la empresa provoca en el sector. De esta manera, la empresa internaliza los costes que a hecho padecer a la sociedad –o sea, un 20% indefinido de enfermos de cáncer-.

estudio de la no-ejecución del contrato. En algunos casos, la no ejecución de un contrato no sólo debe ser posible, sino también eficiente. Esta materia se trata dentro del cumplimiento forzado de la obligación, pero lo que realmente se trata de conseguir es restringir los derechos del acreedor contra el deudor a una indemnización de perjuicios – evitando el cumplimiento forzado, en virtud del principio de la eficiencia-. El incumplimiento eficiente de un contrato se produce, cuando el valor obtenido por las expectativas de incumplimiento, menos los costes del incumplimiento, es mayor que los beneficios de cumplir el contrato. Si ello es de esta forma, el deudor puede compensar al acreedor, con una suma igual a lo que hubiese reportado el cumplimiento y aún así, la parte que incumple obtendría beneficios. El factor determinante de los costes del incumplimiento es los recursos que invirtieren las partes en el cumplimiento del contrato, como por ejemplo la confianza. A mayor confianza, menos garantías reales y personales que aseguren el cumplimiento del contrato; y por ello, menores son los costes de no cumplirlo. Trataré de explicar lo anterior mediante un ejemplo, si una parte vende un bien a un precio “x” y posteriormente otro comprador le ofrece “x + 10”; entonces un incumplimiento eficiente se producirá, si los costes de incumplir son inferiores a 10. Ello se produciría, si en el primer contrato se hubiere pactado una cláusula penal por el simple retardo inferior a 10. Si ello es de este modo, el vendedor podría no cumplir el primer contrato, recibiendo “x” como pago y compensando de los 10 a su acreedor. Esto aumentaría la riqueza de todas las partes involucradas tanto del primitivo comprador y del primitivo vendedor, como el nuevo comprador.³⁰

PARTE TERCERA. Conclusiones finales.

Uno de los objetivos de este trabajo es el tratar de desarrollar abreviadamente algunos aportes del análisis económico del Derecho a las Ciencias Jurídicas. Tarea nada fácil, ya que los avances del análisis económico del Derecho son muchos y abarcan casi todos los campos que estaban reservados al Derecho “tradicional”. En nuestros días nada impide que estos estudios se extiendan al Derecho Penal, Constitucional, del Medio Ambiente o muchos otros campos que hace algún tiempo estaban vetados para la economía. También cada día más países agregan dentro de sus ordenamientos

³⁰ A pesar que este razonamiento parece ser el adecuado por cumplir con la máxima paretiana ha sido objeto de críticas. Esto se debe a que existiría un coste –de naturaleza subjetiva– en la falta de certeza de cumplimiento de los acuerdos. Además, un análisis ex – ante puede llevarnos a la certeza que para asegurar el cumplimiento de los contratos a todo evento, simplemente se aumentarían los costes de transacción. Para evitar el incumplimiento, las partes contratarían los servicios profesionales que les permitan evitar ese riesgo. Pero a su vez, se puede criticar a esta posición que en ningún caso, desde un punto de vista de eficiencia, las garantías pueden ser superiores al daño real.

jurídicos los principios rectores del análisis económico del Derecho. Pero tal vez, el tema más candente dentro de nuestra cultura de Derecho continental es la aplicación de este análisis a través de la jurisprudencia. Nuestros países no han logrado liberarse de la ancestral desconfianza hacia el Poder Judicial, que ya se plasmaba en **El espíritu de las leyes** de Montesquieu. De esta forma, el Derecho sólo puede nacer a través del acto legítimo de la voluntad popular, o sea del congreso o del parlamento. Este tema merece un estudio con profundidad y creo que el señalar que la interpretación de la ley y la promulgación de leyes inspiradas en el análisis económico del Derecho no van a ser suficiente, en la medida que los jueces no tengan acceso a una formación adecuada dentro de este nuevo campo; es más, la posibilidad de formar a algunos economistas en el campo de las Ciencias Jurídicas lejos de crear suspicacias podría ser una vía de preparación a muchos abogados que desconocen estos temas.

Pero, a pesar de la importancia de los dos temas anteriores, lo que los abogados no podemos dejar de ver es el gran desarrollo que el análisis económico ha alcanzado desde la década de los años setenta y lo que se ha avanzado desde el artículo de Coase que dio lugar al memorable teorema que lleva su nombre.

