

“Anàlisis económico del derecho” : valoración, crítica.-
Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional.-

Ricardo Luis LORENZETTI

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Premio "Accesit" de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, por su obra "Las Normas Fundamentales del Derecho Privado", otorgado en el mes de octubre de 1996. Premio a la producción jurídica de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, año 1993. Profesor Titular por concurso de la materia "Contratos Civiles y Comerciales" de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho de Consumidor en la Universidad de Belgrano. Director y Profesor del Post Grado en las Universidades de Buenos Aires, el Litoral de Santa Fe, Belgrano. Profesor de Post Grado invitado en las Universidades de Palermo y Austral (Buenos Aires), Pontificia Universidad Católica de Rosario, Universidad Nacional de Rosario, Universidad Católica de Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba. Conferencista en Universidades e Instituciones Privadas de Porto Alegre, Curitiba, Maringá y San Pablo, de Brasil; Salamanca, España. Autor de varios libros: Tratado de Contratos (3 tomos), Derecho de Daños, Derecho Contractual - Nuevas Formas Contractuales (Perú), Derecho del Consumidor, Comercio Electrónico, entre otros temas.

I)- Introducción :

1)- Entendiendo el “anàlisis” econòmico del derecho :

II)- Las deformaciones

1)- La interpretaciòn liberal

2)- La interpretaciòn absurda

3)- La interpretacion interesada y la propagandistica

4)- La interpretaciòn mesiànica

5)- Las relaciones entre Derecho y Economia :

III)- Caracterizaciòn del anàlisis econòmico del derecho

1)-Delimitacion del campo-Derecho privado y microeconomia:

2)- La corriente positiva:

3)- La corriente normativa

4)- El mètodo del constructivismo jurídico

IV)- Presupuestos teòricos del anàlisis econòmico del Derecho

1)- El individualismo metodològico

2)- La utilizaciòn de modelos analiticos

3)- El modelo del hombre racional y el hombre razonable

4)- Niveles de optimalidad:

5)- Teorema de Coase

6)- Costo de transacciòn

7)- Costo de oportunidad.-

V)- Elaboraciones teòricas del anàlisis econòmico del Derecho

1) Inversa relación entre el precio y la cantidad de demanda :

2) La ley de la utilidad marginal decreciente:

3) Los recursos tienden a gravitar desde su menor valor a su mas alto valor si el intercambio voluntario es permitido:

4)- Teoria de la elecciòn y de los juegos en los contratos.-

5)- La teoria de la empresa.-

6)- La teoria de la agencia.-

VI)- La teoria de la accion individual y colectiva en el contexto institucional

1)- Los límites del anàlisis econòmico

2)- La acciòn colectiva

3)- El anàlisis neoinstitucional

“Anàlisis económico del derecho”: valoración, crítica.- Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional.-

1)- Introducció:

El propòsit de este ensayo es presentar algunos aspectos esenciales del anàlisis econòmic del derecho, mostrar el grado de incomprensió teòrica al que ha sido sometido en nuestras tierras, y señalar lo que, en nuestra perspectiva, debiera ser su superació: un abordaje màs sofisticado que aproveche las poderosas herramientas analíticas de la acción humana individual y colectiva en un contexto institucional, que es de gran utilidad para el Derecho.-

Todo ello dentro de los estrechos màrgenes que impone el ensayo.-

1)- Entendiendo el “anàlisis” econòmic del derecho :

En primer lugar corresponde señalar que el “anàlisis econòmic del derecho” no surgió o una dogmàtica, sino como una perspectiva analítica¹.- Para cumplir con esa tarea, se partió de la ciencia econòmica, porque es la que màs rigurosamente habia estudiado la conducta humana y extraido reglas que la hacian predecible, otorgàndole un estatus científico nada despreciable.-

¿Què es lo que se aprovechó de la ciencia econòmica?.- En palabras de Coase² : si la definició màs aceptada de la economía la concibe como una ciencia que “estudia el comportamiento humano como una relación entre fines y medios escasos con usos alternativos” (Robbins), no debería ocultarsenos su carácter esencial : es un anàlisis de las elecciones”.-

El estatus científico del anàlisis econòmic parte del individualismo metodològic, es decir, de las elecciones que haria el individuo a fin de maximizar su utilidad ; se vale de las reglas de la economía para predecir esa conducta ; construye un modelo sobre esas premisas y a partir de ello obtiene un poderoso instrumento de anàlisis modèlico para el estudio de

¹ El enfoque analítico es profundamente diferente del dogmàtic que se utiliza habitualmente en el derecho.- Por ejemplo, en se ha estudiado el problema de los montos indemnizatorios fijados por los jueces en distintas jurisdicciones de Estados Unidos, con una base empírica logràndose extraer un paràmetro de conducta : aquellos jueces que son elegidos por votació, estàn màs inclinados a fijar montos indemnizatorios màs altos cuando los demandados son empresas de otros Estados, que cuando pertenecen al mismo Estado, ya que estos jueces dependen de los votantes de sus jurisdicciones.- TABARROK, Alexander-HELLAND, Eric- “Court Politics : The political economy of Tort Awards”, The Journal of Law and Economics, Vol XLII. April, 1999, pag 157, Univ of Chicago Press.-

² COASE, Ronald, “La empresa, el mercado y la ley”, Alianza economía 1994.-

situaciones empíricas.- Esta metodología ha sido tan exitosa que ha sido utilizada en numerosos campos: contratos, responsabilidad civil, derecho de familia, derecho constitucional, filosofía política, derecho penal.-

La primera cuestión que nos interesa examinar, se relaciona con las distorsiones hermenéuticas con que ha sido presentada esta escuela.- La segunda hipótesis de trabajo, es señalar que hay muchos abordajes similares sobre la conducta humana que han permitido comprenderla mejor, de un modo más complejo, dejando atrás ciertas simplificaciones a las que llevó el análisis económico del derecho.-

II)- Las deformaciones

La metodología que estudiamos ha sido distorsionada por presentaciones anómalas, que mencionaremos seguidamente.-

1)-La interpretación liberal: se suele identificar al análisis económico con la interpretación liberal de la economía, que sostiene que el Derecho tiene una importancia menor, facilitativa y no regulatoria; que la desregulación es necesaria a fin de superar rigideces y que sólo el mercado tiene aptitud para asignar bienes y derechos.- La circunstancia de que esta corriente haya nacido en ambientes inspirados en el liberalismo económico ha dado un fundamento suficiente para estas afirmaciones.-

En muchos casos pareciera que el liberalismo, la desregulación y el análisis económico son inescindibles.- Este es un aspecto de la cuestión: el valorativo, y se vincula con una corriente específica dentro de la escuela del análisis económico: la ortodoxa.- Pero es necesario señalar que no es representativo de las múltiples derivaciones que hoy presenta esta corriente, ni tampoco de sus efectos.-

Por otra parte, y particularmente en la Argentina, los enfoques “liberales” suelen ser intervencionistas: un ejemplo es el plan económico establecido por la ley 23928 (“Plan de convertibilidad”) que se declara profundamente liberal, se sustenta en una rígida regulación del mercado cambiario, al establecer la paridad peso-dolar.-

Tampoco es posible limitar el análisis a la “desregulación”³, ya que la relación entre regulación y desregulación del mercado, no es unívoca, sino variable y se ajusta a parámetros que es necesario estudiar⁴ detenidamente.-

Este enfoque nos parece una simplificación apriorística injustificada, que nos priva de la apreciación del rico debate interno que se da en esta escuela, y de los aportes que esta corriente ha dado a la metodología.-

El debate valorativo es importante, e involucra los aspectos ideológicos externos al Derecho, como así también la jerarquía de valores interna del ordenamiento: Justicia vs. Eficiencia.- Sin embargo, es un campo específico de indagación que puede ser separado de la cuestión metodológica, ya que aún postulándose la primacía de la Justicia sobre la Eficiencia, es necesario especificar cómo lograrla.-

2)- La interpretación absurda:

³ Conf BUSTAMANTE, Jorge, “Desregulación-Entre el derecho y la economía”, Abeledo Perrot, Bs.As., 1993

⁴ La competencia suele ser regulada: La competencia deportiva de automóviles de Fórmula uno o la del rugby, que son difíciles, son las más reguladas entre los deportes; se trata de que todos compitan con motores y diseños similares para que el espectáculo no se malogre.- En los grados más altos y sofisticados de competencia económica, se utilizan regulaciones complejas, como la de la bolsa de valores o la de un mercado regional a fin de evitar distorsiones.-

Muchos tienen la idea de que el análisis económico es sinónimo de bajar costos, lo cual, sin ninguna otra consideración, puede llevar a una interpretación absurda⁵.- Gran parte de estos equívocos son provocados porque el análisis económico del derecho presenta una lógica casi irrefutable en el plazo inmediato.- Sin embargo, las teorías causales más sofisticadas y el enfoque institucional han demostrado que una baja de costos puede tener efectos inmediatos benéficos, pero desastrosos en el mediano plazo.- Toda medida tiene un contexto relacional con el que se vincula y que es necesario tener en cuenta.-

Algunos sostienen que el costo de manutención de un preso justifica la pena de muerte porque esta es más barata; o que buscar a un ladrón que robó mil pesos no se justifica si el costo de hacerlo es de diez mil.- El hecho de que muchos autores emplean ejemplos simples para mostrar paradojas o absurdos, no significa que deba aplicárselos literalmente o utilizar una lógica simplista.-

3)- La interpretación interesada y la propagandística

En Argentina, el análisis económico no ha surgido en los foros universitarios sino en los medios de comunicación, como argumento en favor de alguna posición.-

De este modo, cuando se habla de "disminución de costos", se refiere a los costos de alguien y no a los de la sociedad, que son los que ha estudiado el análisis económico.- Bajar los costos para un sector importa trasladarlos y que otro los soporte; ello puede realizarse porque el Derecho lo considera justo, pero para tomar esa decisión se necesita del Derecho y no de la Economía.- En cambio, la Economía persigue la eficiencia que es la búsqueda de un óptimo, y no el traslado de la ineficiencia.-

Otra presentación anómala es la "propagandística", impulsada por aquellos que tuvieron algún contacto con el tema y se han transformado en sus divulgadores, ostentando el mérito de ser los "primeros traductores" con el propósito subalterno de lograr algún reconocimiento académico de una universidad extranjera.- Las simplificaciones dogmáticas no son buenas ni serias, y descuidan la complejidad que plantea la aplicación de modelos en realidades distintas.-

Este tipo de enfoques interesados, que se proponen beneficiar a algún sector, desjerarquizan y desprestigian a esta metodología.-

4)- La interpretación "mesiánica":

Muchos se han lanzado a una crítica frontal del "economicismo" y del "mercado", lo que los lleva a rechazar "in totum" la investigación metodológica aportada por el análisis económico del derecho.-

Un análisis serio de la cuestión no debiera prescindir de las necesarias distinciones.- El debate valorativo nos plantea la búsqueda del punto de ponderación entre la Eficiencia y la Justicia, para lo cual hay estudios de gran profundidad en el campo de la filosofía.- Otro problema distinto es el análisis de las metodologías y técnicas para estudiar el funcionamiento de los individuos actuando en sociedad, lo que es de primordial importancia como presupuesto de funcionamiento del sistema jurídico; este es el campo de la metodología analítica.-

Ambas esferas de investigación son válidas e igualmente arduas.- Lo que no resulta justificable, es la postura cómoda que muchos adoptan, de postular objetivos mesiánicos: debe lograrse la Justicia y combatir el Mercado, sin decir cómo se lograría ese propósito.-

⁵ Así sucedió a un gerente de Banco que recibió órdenes de disminuir sus costos y despidió al policía que custodiaba el tesoro; la consecuencia fue que al poco tiempo robaron el Banco.-

La afirmación de objetivos con despreocupación del estudio de los medios para alcanzarlos, ha llevado a un Derecho declarativo, sin aplicación real, con grandes perjuicios para los "débiles" del mundo social.-

5)- Las relaciones entre Derecho y Economía :

Siguiendo con la tarea de despejar campos ajenos a nuestro propósito, debemos señalar la necesidad de distinguir los diversos tipos de relaciones entre "Derecho" y "Economía".-

Entre ambas disciplinas hay todo tipo de vínculos :

a)- Vínculos valorativos: es el diálogo entre "Justicia" y "Eficiencia", al que hemos hecho referencia, en el campo de la filosofía de los valores ;

b)- Vínculos sociológicos: se han establecido relaciones metajurídicas; por ejemplo el marxismo sostiene que la economía es la infraestructura que determina una superestructura, dentro de la cual se encuentra el Derecho ;

c)- Sociología jurídica : la sociología jurídica se preocupó desde antiguo por los problemas de interferencia recíproca entre las disciplinas jurídica y económica: quien influye a quien⁶ ;

d)- La economía como supuesto de hecho de la norma jurídica: en este enfoque, no se trata ya de una relación interdisciplinaria, puesto que lo económico integra el supuesto de hecho de la norma jurídica.- Por ello y desde siempre, los datos jurídicos se refirieron a lo económico y lo regularon.- Lo característico es un papel ciertamente pasivo de la economía en éste tipo de análisis, ya que se limita a integrar el concepto de "supuesto de hecho" o *fattispecie*.- Esa función se advierte cuando el legislador se refiere al objeto susceptible de "apreciación pecuniaria"; o al "ánimo de lucro" en la compraventa comercial, o a la fijación del precio según la costumbre del lugar.- Los supuestos de hecho son generalizables y justifican regulaciones distintas.- Así sucedió con la separación del derecho comercial, como estatuto del comerciante; o con el estatuto laboral, que visualizó al hombre en cuanto trabaja, o con el denominado "derecho económico"⁷.-

Desde este punto de vista, el Derecho permanece neutral frente a las asignaciones que opera el Mercado, antes y después de que la norma iusprivatista lo regule.- Se desentiende de los esquemas distributivos existentes con anterioridad y que definen el supuesto de hecho a tratar, como así también de los que la propia normatividad genera con posterioridad en virtud de su actuación.-

El cambio actual es, justamente, la pérdida de neutralidad del derecho privado frente a la economía.-

e)- Derecho público y macroeconomía: A mediados de siglo, imperando el modelo keynesiano, surge un Estado intervencionista y, coetáneamente, un Derecho de la planificación, que se ocupa directamente de las variables macroeconómicas.- El modelo intervencionista de la economía hizo necesario un derecho de la intervención que debía estar modulado sobre la base del análisis macroeconómico.- ¿Como planificar?, ¿como intervenir?, ¿hasta donde hacerlo?, eran sus preguntas.- Es importante la pretensión jurídica de modificar el mercado, de regularlo, de adaptarlo a las necesidades de la planificación centralizada e

⁶ En el derecho privado patrimonial los vínculos son fácilmente detectables y de mutua afectación.- El fenómeno económico de la inflación impactó en el derecho dando lugar a institutos como la indexación o la excesiva onerosidad sobreviniente.- Inversamente, una norma jurídica como la ley 23928 que instrumentó el denominado "plan Cavallo" en el aspecto monetario, tiene efectos ordenatorios en el plano económico.-

⁷ AGUINIS, Ana M. "El derecho económico; una disciplina sin dogmatismos", Rev. D. Industrial, año 11, 1989, pag. 282.-

intervencionista.- Este modo de vinculación es del orden del derecho público y se vincula con la macroeconomía.- En una segunda etapa podría señalarse que como el Estado se ha vuelto menos intervencionista, surgen los modos de control del mercado denominados indirectos.- Se vincula entonces el derecho económico con las normas sobre competencia y monopolio.-

No es este nuestro campo de estudio, porque el derecho privado se relaciona con el análisis microeconómico y con la conducta de cuya interacción surge un orden caótico, antes que con la planificación centralizada⁸.-

III)- Caracterización del análisis económico del derecho

1)-Delimitación del campo-Derecho privado y microeconomía:

La depuración conceptual parte del despejamiento de los malos entendidos y del acotamiento del campo de estudio.- De esas operaciones de limpieza queda el método de análisis, del que suprimiríamos la característica de "económico", ya que es la que provoca prevenciones entre los juristas, por lo menos en nuestro ámbito ; veamos primero los presupuestos.-

La macroeconomía estudia la economía en su conjunto; la producción total de bienes y servicios, variaciones en el nivel medio de precios, producto bruto y otros conceptos de dimensión macrosocial.- La microeconomía estudia la conducta de los agentes económicos individuales y de mercados e industrias específicos; su centro de atención son los precios y las cantidades producidas de bienes y servicios específicos y la manera en que los mercados determinan conjuntamente la distribución de los recursos escasos entre los millones de usos posibles⁹.-

Si se tiene en cuenta que el interés de la microeconomía es la conducta humana, los precios, y la asignación de recursos escasos, se comprende bien por qué el Derecho Privado se relaciona con ella.- Nuestra disciplina se ha interesado progresivamente en temas tales como la conducta de los consumidores, la publicidad, la oferta de bienes y de servicios, la accesibilidad a ellos, la organización de las empresas, la competencia, la propiedad sobre determinados bienes¹⁰ -

¿De qué se ocupa el análisis económico del derecho?¹¹:

⁸ Uno de los grandes debates iniciales que dió la escuela del análisis económico fue la crítica a la planificación centralizada : el "planificador" carece de información suficiente para ordenar un mundo complejo y diverso, y produce altos costos.- Se propone en cambio que el ordenamiento socioeconómico sea el resultado del consenso que se logra a la través de la múltiple interacción de acciones individuales.- Esta modalidad tiene su explicación a través de la teoría del caos, que permite comprender la variabilidad, flexibilidad y multiplicidad de esos resultados.-

⁹ FISCHER, Stanley, DORNSBUCH, Rudiger, SCHMALENSEE, Richard, "Economía", trad. Luis Toharia y Esther Rabasco, ed Mac Graw-Hill, SA, seg. ed. 1990, pag.17

¹⁰ sobre este tema ver: REICH, Norbert, "Mercado y Derecho", SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho económico y derecho civil", REv. Der. Priv. pag. 42.y ss; HOLTZ, Eva, "Mercado y Derecho", Fundación de cultura Universitaria, Montevideo, 1993).

¹¹ En castellano ya hay una importante bibliografía: POLINSKY, Mitchel, "Introducción al análisis económico del derecho", Ariel, Barcelona, 1985; TORRES LOPEZ, Juan, "Análisis económico del derecho", Tecnos, Madrid, 1987; SCHAFER, Hans, OTT, Claus, "Manual del análisis económico del derecho civil", Tecnos, 1986; ARROW, J.K, Elección social y valores individuales", Inst. de Est. Fiscales, Madrid, 1974, PALOMA DURAN Y LALAGUNA, "Una aproximación al análisis económico del derecho", Comares, Granada, 1992; ; SMITH, Juan Carlos, "Sobre el derecho y la economía".ED.115-877.- CALABRESSI, Guido, "El coste de los accidentes".- Un estudio específico en relación a la responsabilidad del fabricante puede leerse en KELLY, Julio, "Responsabilidad del Fabricante", ed Heliasta.- También nuestro trabajo en colaboración con MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Derecho Monetario", Rubinzal y Culzoni, 1989.-

El anàlisis econòmic se ha aplicat en molts camps: en la política, en l'ètica, en el dret públic, en el privat, en l'àrea penal, en el dret processal, en el dret de contractes, de la responsabilitat, de la família; pareciera no haver límits.-

Esta circumstància revela que se tracta, abans que tot, d'un mètode d'anàlisis que se pretén aplicar a camps diversos.-

No discutirem aquí la seva compatibilitat en tots ells, i nos limitarem a mostrar algunes qüestions referides al dret privat patrimonial.-

Ante tot, és necessari senyalar que el debat dins de l'escola d'anàlisis econòmic és riquíssim i que hi ha moltes variants, sent les principals, les que mencionem a continuació.-

2)- La corrent positiva:

La economia positiva pretén descriure la realitat econòmica a fi de construir un cos conceptual predictiu.- No se planteja lo que ha de ser, sinó lo que és i lo que sucederà¹².- En esta concepció, la economia positiva és una ciència empírica cuya meta final "és el desenvolupament d'una "teoria" o "hipòtesis" que generi pronòstics vàlids acerca de fenòmens no observats encara".-

Assumint esta idea, un grup d'autors ha senyalar que la funció del anàlisis econòmic és descriure el procés d'adjudicació de béns escassos i elaborar prediccions.-

Dice Richard Posner¹³ que "la economia és una poderosa eina d'anàlisi d'un ampli camp de qüestions d'interpretació de la llei"; "és la ciència de la elecció humana" i ell implica la definició del home com un racional maximitador de seua pròpia interès, que la gent responde a interessos, i que canviant els incentius se poden canviar les conductes.- Els economistes no nos diuen com la Societat pot ser manejada, ells no nos diuen si la distribució de ingressos i riquesa és justa, però seran capaços de dirnos algo acerca de els costos d'alterar un estat de coses i acerca de les conseqüències de les diverses polítiques.-

El objectiu és l'eficiència, i la funció del Dret és fer que el Mercat funcione per aconseguir-la.-

En este pla les regulacions són, com norma general, rebutjades¹⁴.- El Mercat com tal és un model teòric, en el que existien lleis que expliquen relacions causals quasi necessàries, que el Dret ha de seguir.-

El Dret se transforma en una estructura redundante, que sol adopta i repete les regles econòmiques a fi de facilitar l'activitat de les particulars.-

Se ha criticat a esta posició per ser paneconomicista, per allanar-se excessivament a les demandes del Mercat, per despreocupar-se del Dret, per ser incompatible amb la tradició del dret civil continental de base romanista.-

3)- La corrent normativa:

¹² La obra més citada en el tema és la de Friedman "Essays in Positive Economics" University of Chicago Press, Chicago 1953.- Tambien veure: Hahn, F-Hollis, M, "Filosofia y Teoria económica", F.C.E. México 1986.-

¹³ POSNER, "Economic Analysis of law", Little Brown Co, Boston, 1972, pag.1,2,3,4.- En seua última obra, Posner realitza una crítica de les qüestions ètiques i constitucionals, caracteritzant-les com a mistificacions, i postulando el estudi empíric de els problemes legals.- Conf: POSNER, Richard, "The problematics of moral and legal theory", Harvard Univ Press, 1999.-

¹⁴ STIGLER, G.J, "The theory of economic regulation", Bell Journal of economics, 1971, 2.-

En una posició distinta, se ha señalado que es posible establecer modelos que permitan situaciones económicas alternativas a las que produce el Mercado; en base a ello establecer escalas comparativas entre los efectos y un deber ser.-

La conclusión es, a diferencia de la escuela positiva, que el Derecho no sólo adopta, sino que regula el Mercado corrigiendo sus imperfecciones.-

Calabressi¹⁵ ha puesto de manifiesto este tema en relación a los costes de los accidentes.-

4)- El método del constructivismo jurídico:

Ackermann¹⁶ dice que el mundo ha cambiado; frente a ello los juristas partidarios del realismo han adoptado una posición intermedia.- No rechazaron las doctrinas legales, sino que se manifestaron escépticos respecto de su abstracción y pretendieron adaptarlas intuitivamente a la realidad; de este modo se perdieron en un casuismo que puede conducir a enormes injusticias.-

Los constructivistas se valen de modelos que permitan presentar las deficiencias del sistema intervencionista.- Hay que ampliar el supuesto de hecho¹⁷; ya no se puede depender de los protagonistas de disputas particulares para que presenten todos los hechos significativos y articulen todos los valores relevantes; su controversia puede ser atípica.- La disputa se vuelve policéntrica, y es necesaria la coordinación.- El problema bilateral es síntoma de un problema de desorganización social.-

Todo ello no se puede hacer sin manejar información y sin someterla al uso de los ordenadores.- Afirma Ackerman que es la continuada hostilidad hacia el formalismo lo que condenará a los juristas a la impotencia de la investigación en la era moderna y que permitir que los alumnos se reciban sin un mínimo conocimiento de razonamiento estadístico y económico constituye un escándalo¹⁸.-

IV)- Presupuestos teóricos del análisis económico del Derecho

1)- El individualismo metodológico

El presupuesto teórico básico de la escuela de análisis económico es el individualismo metodológico.- Como lo hemos señalado, rechaza toda idea de planificación centralizada, para basarse en el análisis de la acción humana individual.- Los individuos son los que mejor conocen el valor que tienen los bienes y debe respetarse esta "soberanía del consumidor.-

Las conductas individuales están orientadas a fines, y dentro de ellos, el análisis económico toma en cuenta un aspecto: "Los individuos tratan racionalmente de maximizar su bienestar".- Al perseguir este propósito, cada sujeto ordena sus preferencias, deja algunas de lado porque compara los costos de elegir una u otra acción (coste de oportunidad), considera los costos de la decisión tomada (costos de transacción) y actúa.- Cada individuo está condenado a elegir, porque los bienes son escasos, y no hay posibilidad de satisfacer

¹⁵ CALABRESSI, Guido, "El coste de los accidentes", Ariel Barcelona, 1970; CALABRESSI-BOBBIT, "Tragic choices", Norton Co. N. York, 1978.-

¹⁶ ACKERMAN, Bruce, "Del realismo al constructivismo jurídico" Ariel, Barcelona, 1988 .-

¹⁷ Hemos sostenido esa tesis en nuestra obra "Las normas fundamentales del Derecho Privado", Rubinzal y Culzoni, 1995.-

¹⁸ También critica al jurista economicista por ser incompleto.- Satiriza Ackerman la justificación de Posner acerca de la esclavitud: mientras el valor en dólares de nuestro trabajo como personas libres fuera mayor que nuestro valor en dólares como esclavos, nada tendríamos que temer al gran dios Eficiencia.-

todas las preferencias.- Cada decisión puede ser o no conciente, pero el análisis económico construye un modelo sobre esta premisa.-

Las preferencias son estables, en el sentido de que, examinadas probabilísticamente, son suficientemente predecibles, aunque en algún caso existan excepciones.- Ello ocurre porque la estructura de costos de oportunidad y de transacción orientan las conductas en sentidos estables.-

2)- La utilización de modelos analíticos

El análisis económico utiliza un modelo: el mercado como método de asignación de recursos.- Este concepto no es utilizado en su función real, sino como un modelo teórico hipotético¹⁹.- Von Neumann señala que "los modelos son construcciones teóricas que suponen una definición precisa, exhaustiva y no demasiado complicada; deben ser también parecidos a la realidad en todos aquellos aspectos que tienen importancia para la investigación en curso.- ..Se requiere la semejanza con la realidad para que el funcionamiento del modelo sea significativo..."²⁰.-

No es la primera vez que el derecho adopta modelos, ya que lo ha hecho con el de la sociedad originaria de Hobbes, o el contractualista de Rousseau, o los más modernos de Rawls.- Sin embargo, en la dimensión analítica se procede con modelos formales.- Su aparición es consecuencia de los estudios en el campo del comportamiento²¹ y de la aplicación de la matemática a la lógica²².-Probablemente este diálogo entre la matemática y las ciencias sociales haya alcanzado su más importante formulación en la antropología estructural, que es una buena base para ensayar las comparaciones que ahora estudiamos²³, pero en el Derecho los desarrollos recién comienzan.-

La utilidad del modelo reside en su maleabilidad y su capacidad de predicción.- Su carácter sistemático exhibe una interrelación, de modo que la modificación de uno de sus elementos permite observar de qué modo se transforma el conjunto.-

El modelo es abstracto, por lo que se aplica con independencia de las condiciones económico-sociales en deba operar, que constituyen por sí mismas un tema ajeno.- Sin embargo, éstas son relevantes a la hora de definir las premisas modelicas.-

El modelo es formal, porque del mismo se extraen leyes, sin contemplación de los contenidos de justicia o injusticia de las mismas, ya que este es otro tema distinto.-

La investigación en las ciencias sociales es posible porque sus leyes son traducibles a modelos cuyas propiedades formales son comparables, con independencia de los elementos que las componen²⁴.-

El Mercado, en un sentido amplio, es "cualquier conjunto de mecanismos mediante los cuales los compradores y vendedores de un bien entran en contacto para comerciarlo"²⁵ .- Mas específicamente, es un modo de asignación de recursos escasos, que se basa en el intercambio voluntario de los mismos, producido por los agentes económicos a través de

¹⁹ Téngase en cuenta que la noción de modelo deviene luego de un proceso de formalización matemática muy utilizado en la ciencia actual.-

²⁰ VON NEUMANN, J y MORGENSTERN, O, "Theory of games and economic behavior", Princeton, 1944.--

²¹ VON NEUMANN Y MORGESTERN, en el campo de la teoría de los juegos.-

²² Conf. BOOLE, George, "El análisis matemático de la lógica", Madrid, 1979, ed Catedra.-

²³ LEVI STRAUSS, Claude, "Antropología estructural", EUDEBA, Bs.As. 1977, pag.249)

²⁴ Conf. ELSTER, Jon, "Lógica y sociedad-Contradicciones y mundos posibles", Gedisa, Barcelona, 1994.-

²⁵ Conf FISCHER, Stanley; DORNBUSCH, Rudier, SCHMALENSEE, Richard, "Economía", Mac Graw-Hill, segunda edición, 1989, pag.53.-

oferta y demanda.- La circunstancia de que sea un modo o un método, lo distingue de su antigua concepción que asimilaba el mercado con el lugar donde se efectuaban los intercambios, para comprenderlo abstractamente como un mecanismo.- Dentro de la categoría de los métodos de asignación, lo podemos distinguir claramente de la planificación estatal o sectorial, en virtud de que las decisiones se toman de un modo descentralizado; son los operadores económicos los que, a través de múltiples encuentros comerciales contribuyen al resultado final.-

El Mercado se presenta entonces, como un instrumento de planificación económica descentralizada.-El esquema distributivo final no es previsto ex ante, como en la planificación, sino que surge ex post, como derivado de la interacción compleja de conductas económicas.- En virtud de ello, tiene como característica metodológica, su flexibilidad a los cambios ya que es hipersensible a las influencias internas o externas, y además, que la distribución final está sometida a riesgo, siendo impredecible.-

3)- El modelo del hombre racional y el hombre razonable

El Derecho toma en cuenta los hechos una vez que estos suceden; de este modo el proceso judicial se basa en la reconstrucción de lo sucedido algunos años atrás; un pronóstico póstumo.- Una vez efectuada esta reconstrucción, la compara con lo que hubiera un hecho un "hombre razonable", definiendo la razonabilidad conforme a estándares y principios jurídicos.- Afirma Rawls²⁶ que lo razonable es la capacidad de comprender la justicia, y se ve representada por las distintas restricciones a las que se someten los sujetos de la situación original, y las condiciones impuestas a su acuerdo.-

En cambio, la economía prefiere análisis ex ante, ya que toma en cuenta las consecuencias que tales o cuales elecciones en el mercado tienen para el conjunto escaso de bienes disponibles; se basa en el modelo de un hombre muy cuidadoso y previsor: es el modelo del hombre racional.-

El análisis económico comienza a mirar el problema mucho antes de que este se plantee: en el momento en que las partes podían haber reorganizado sus actividades de modo que evitaran el conflicto.- Cada uno es un planificador potencial de sus actividades, y debe negociar "contratos de contingencia", y por ello las partes no pueden ser eximidas cuando se produce un accidente por un riesgo que han asumido ex ante y que se materializa ex post.- Los actores racionales utilizan técnicas probabilísticas elaborando esquemas de previsión y para ello necesitan disponer de datos que permitan establecerlas.- Estos datos son las regularidades que presentan las conductas, y de tal estabilidad es posible deducir reglas.-

Si es cierto que el hombre es un ser racional maximizador de su propio interés y que la gente responde a ellos, se pueden deducir predicciones sobre lo que harán los hombres; esto es leyes.- Además, se puede establecer que cambiando los incentivos se pueden cambiar las conductas.-

4)- Niveles de optimalidad:

Este tema ha sido muy discutido en la ciencia económica y en la ciencia política, y sin embargo es de una gran utilidad en el Derecho.- Se relaciona con los esquemas distributivos de la riqueza y el punto en que ello es eficiente.-

²⁶ RAWLS, John, "Las libertades fundamentales y su prioridad", public en "Libertad, Igualdad y Derecho", Ariel, 1988, Barcelona, pag 25.-

El óptimo presentado por Pareto señala que el nivel de eficiencia se alcanza en una situación en la que sólo se consigue una mejora para alguien, si al menos otra persona sufre por tal motivo un perjuicio.- Es un esquema de distribución de bienes escasos en un punto de tensión, que se asemeja mucho a lo que puede hacerse en materia de derechos competitivos.-

La regla de Kaldor-Hicks establece que una decisión en virtud de la cual al menos un miembro de la sociedad resulta favorecido y como mínimo, otro resulta perjudicado, sólo debe tomarse si resulta posible indemnizar al perjudicado en beneficio del favorecido.- Este principio puede ser aplicado para resolver muchos problemas indemnizatorios.-

5)- El teorema de Coase

En un trabajo clásico²⁷, Ronald Coase realizó una serie de proposiciones analíticas que luego fueron llamadas “El teorema de Coase” y que pueden resumirse de la siguiente manera : a)- en un mercado en equilibrio, donde existen condiciones de competencia perfecta, y en ausencia de costes de transacción, las partes arribarán a una solución eficiente.- De ello se deduce que el Derecho está enfocado a garantizar que funcione el modelo de competencia perfecta : debe reducir la existencia de fallas del mercado, como las externalidades, monopolios, garantizar condiciones de libertad y seguridad ; en definitiva, reducir los costos de transacción.- Cuando ello no es posible y los costos de transacción son tan altos que dificultan la solución del mercado, el Derecho debe proveer una solución, pero ésta debe ser módicamente fundada en la lógica de lo que harían dos sujetos negociando libremente.-

6)- Costo de transacción

En la búsqueda de la eficiencia mediante acuerdos privados, las partes pueden encontrar una serie de obstáculos que pueden ser denominados costos de transacción.- Para Matthews “son los costes derivados de la suscripción *ex ante* de un contrato y de su control y cumplimiento *ex post*, al contrario de los que los costes de producción que son los costes de la ejecución de un contrato”²⁸.- Pueden considerarse tales : el costo de tomar la iniciativa de negociar con otro, el de identificar a todas las partes involucradas en el conflicto, el de comunicarse con ellos, el de convencerlos de realizar ofertas, el de alcanzar un acuerdo, el que resulte de la negociación, el de la obtención de información sobre precios y calidad ; la información legal ; el control del comportamiento de los contratantes.-

Las partes pueden encontrar dificultades para resolver estos problemas o podrán hacerlo a muy alto costo.-

El derecho privado tiene una relación muy estrecha con este concepto, y se relaciona con el nivel de intervención admisible en el funcionamiento del mercado a fin de despejar o no esos costos de transacción.-

7)- Costo de oportunidad :

El costo de oportunidad es muy utilizado en toda la teoría de la acción.- Cuando un individuo elige utilizar un recurso para un objetivo determinado, asume un costo, que es igual al valor de ese recurso si se le da un uso alternativo ; es el sacrificio de las demás cosas que habríamos podido obtener si no hubiéramos realizado la opción.- Expresado de otra manera son los costos a los que se tiene que renunciar para conseguir algo; una suerte de lucro cesante que se produce al no haber podido utilizar el bien de otra manera más eficiente.-

²⁷ COASE, Ronald, “The problem of social cost”, Journal of law and economics, I-44, octubre de 1960, Univ of Chicago Press.-

²⁸ Matthews, “The Economics of Institutions and the Sources of Growth”. *Economic Journal* 96 (diciembre) : 903-910.

Cada persona asigna tiempo y renta a diferentes actividades, y recibe renta a cambio del tiempo dedicado a trabajar en el mercado, y percibe utilidad del tiempo que dedica a comer, dormir, ver television, trabajar en el jardin y participar en muchas otras actividades²⁹.- Este criterio puede ser utilizado para mensurar los daños resarcibles cuando se refieren a actividades por las que no se percibe un ingreso salarial.-

Muchas actividades no pueden adquirirse en el mercado, pero se producen y consumen utilizando bienes por los que se ha pagado un precio.- De este modo, tienen un precio sombra, que surge de valorar su costo de produccion.- Ello puede ser aplicado para medir "tanto los hijos como el prestigio y estimas sociales, la salud, el altruismo, la envidia.." ³⁰.-

En el plano jurìdico tiene gran relevancia : cumplir un contrato o no cumplirlo pagando una indemnizaciòn, es una decisiòn que involucra costes de oportunidad.- La funciòn es importante toda vez que introduce una suerte de valoraciòn del "costo-beneficio" de cada acciòn, siempre qe se trate de elementos cuantificables.-

V)- Elaboraciones teòricas del anàlisis econòmico del Derecho

Es imposible presentar el riquisimo campo de estudios que permite en anàlisis econòmico del derecho, por lo que debemos limitarnos a unos breves ejemplos significativos.- La simplicidad de la presentacion al sòlo efecto de mostrar vinculaciones, no debe hacer creer al lector que son problemas simples, ya que muchas variables no seràn tenidas en cuenta, remitièndonos a la bibliografia existente.-

1) Inversa relación entre el precio y la cantidad de demanda :

En general, si el precio de un producto aumenta y todos los otros precios permanecen sin cambiar, la cantidad del producto demandado por los compradores declinará.- En condiciones de equilibrio, la cantidad demandada de cualquier bien està relacionada negativamente con su precio; es la ley de la pendiente negativa de la curva de la demanda, que es una de las pocas leyes universales con que cuentan las ciencias sociales³¹.-

Ello ha sido aplicado con frecuencia al Derecho: si aumenta la punición disminuirán los delitos; el aumento de las indemnizaciones previene los daños; el incremento de los costos disminuye la actividad económica.-

2)- La ley de la utilidad marginal decreciente:

Si se parte del supuesto que los individuos maximizan su conducta en funciòn de la utilidad, es importante examinar el concepto de utilidad marginal.- Para determinarla corresponde evaluar previamente la restricciòn presupuestaria que tiene el individuo, que resulta de su renta y las combinaciones de bienes que puede adquirir.- Deberà hacer una elecciòn entre todos ellos adecuàndolos a su renta.-

Uno de los criterios està dado por la utilidad marginal.- Esta puede ser considerada como el aumento de la utilidad total que reporta el consumo de una unidad adicional del bien en cuestion.- De este modo, el individuo obtiene una utilidad marginal decreciente de un bien si cada unidad adicional que consume eleva la utilidad total menos que la unidad anterior.- El primer bien que uno compra da màs satisfacciòn que el dècimo bien de la misma clase que adquiere, porque puede estar satisfecho.-

²⁹ BECKER, Gary, "Tratado sobre la familia", ed Alianza, Madrid, 1987, pag. 19

³⁰ BECKER, Gary, "Tratado sobre la familia", ed Alianza, Madrid, 1987, pag. 23

³¹ BECKER, Gary, "Tratado sobre la familia", ed Alianza, Madrid, 1987, pag 18.-

La ley de la utilidad marginal decreciente ha sido utilizada ampliamente en el derecho privado.-

En la rescisión de los contratos de larga duración, por ejemplo en la concesión, se advierte que el concedente gana más al principio mientras que el concesionario obtiene sus ganancias a medida que transcurre el tiempo, de modo tal que la curva de utilidad marginal de las partes siguen líneas diferentes y hay un punto de fricción.- En esa intersección se produce el conflicto y por ello la jurisprudencia va tomando en cuenta aspectos como el otorgamiento de un preaviso que permita la amortización del capital, que son típicamente económicos.-

También se la ha invocado para el fraccionamiento de la responsabilidad civil y a fin de imponer la carga indemnizatoria en aquellos que, por tener un ingreso mayor o una mejor posibilidad de difundirla, tienen menor incidencia.-

3)- Los recursos tienden a gravitar desde su menor valor a su más alto valor si el intercambio voluntario es permitido:

Esta regla dispone que, si no hay obstáculos similares a los costos de transacción y si es permitida su circulación, los bienes tienden a evolucionar hacia su más alto valor.-

Ha sido muy usada para invocar la libertad contractual, que concomitantemente, es un método para evolucionar los recursos desde su menor a su mayor valor de uso.- En los casos en que esa reubicación en usos más valiosos demanda tiempo o complicadas promesas, es necesario el contrato.-

En el caso de incumplimientos en el proceso de intercambio está el derecho de los contratos.- Aunque tiene un rol en ese sentido, sería un error pensar que es imprescindible, puesto que un individuo que regularmente incumpliera sería excluido naturalmente por el mercado.- Sin embargo, sin esa protección, el intercambio sería más riesgoso y más costoso; la provisión de remedios para la mala fe reduce los costos de transacción.-

El derecho de los contratos debe reducir la complejidad y consecuentemente el costo de las transacciones proveyendo "terminos normales" que las partes, en su ausencia, deberían discutir en cada caso.- El derecho debe asistir a las partes en la planificación del contrato, previniendo contingencias futuras³².-

4)- Teoría de la elección y de los juegos en los contratos:

Ya hemos citado la obra de Von Neumann y Morgenstern, sobre la teoría de los juegos³³.- El juego general de "n" personas se basa en la voluntad libre y autónoma de un grupo de actores que resulta indeterminada, y el papel de la teoría de los juegos es examinar cómo se conforma esta toma de decisiones multilateral.- Para ello los actores son tomadores de decisiones, que tienen en cuenta aspectos tácticos y estratégicos, manejan información más o menos completa, pueden formar coaliciones, todo lo cual es formalizable en modelos.-

³² Hemos resumido en extremo las proposiciones.- La bibliografía sobre este tema es muy abundante, y pueden consultarse buenas exposiciones en : conf:POSNER, Richard,KRONMAN, Anthony, "The economics of contract law", Little Brown co. Boston, 1979 ;

³³ VON NEUMANN, J y MORGENSTERN, O, "Theory of games and economic behavior", Princeton, 1944)

Naturalmente, en las ciencias sociales ello presenta no pocos problemas, pero la teoría de los juegos tiene un papel relevante como un nuevo sistema de pruebas, para exponer insuficiencias de puntos de vista anteriores³⁴, y es èse el rol que debería adjudicàrsele.-

Uno de los modelos utilizados es el denominado dilema del prisionero.- Brevemente expuesto, se trata de dos individuos que han sido detenidos, acusados de un robo y a los que la policia coloca en celdas separadas.- Aunque la autoridad sabe que los dos han robado, no tiene evidencia, y quiere que confiesen.- Entonces hace una proposición en forma individual en el sentido de que si uno de ellos confiesa y el otro permanece en silencio, el que confesò saldrà libre y el otro tendrà diez años de carcel.- Si ambos confiesan, cada uno recibirà seis años.- Ambos detenidos tienen entonces que optar y debe asumirse que lo haràn segùn el principio de utilidad.- Estas alternativas son traducidas en un pequeño modelo en una escala ordinal (en el primer utilitarismo la escala de preferencias era cardinal, mientras que posteriormente se utilizaron escalas ordinales que permiten establecer un orden pero sin ninguna distancia numeral entre las opciones).- No desarrollaremos el modelo, que por otra parte es bastante sencillo y elemental, ya que es suficiente con señalar que, actuando individualmente cada uno de los presos confesarà.- Ello es así porque desarrollará una conducta estratètica evaluando lo que hará el otro, pensando que permanecerà en silencio y èl saldrà libre.-

Individualmente considerada es la opción màs racional ; pero como ambos confiesan porque actúan racionalmente, el resultado es que ambos seràn condenados a seis años.- Si ambos permanecido en silencio, hubieran obtenido una condena menor.-

De modo que la acción racional individual provoca un resultado inferior a la que produce la acción colectiva irracional.- Muchos acuerdos colectivos no pueden celebrarse por la actitud estratètica de quienes optan por no colaborar, esperanzados en que los demás haràn el esfuerzo, comportàndose como pasajeros polizontes en un tren.-

Se ha intentado aplicar este instrumental analitico a los contratos³⁵, para ilustrar la opción entre aceptar o rechazar el cumplimiento de una obligación legal.-

En este sentido tiene mucha importancia el tipo de daños que se aplica.- Si se reconoce un daño al interès negativo o de confianza, o cualquier forma que ponga al contratante cumpliente en la situación anterior al contrato, la situación serà distinta que si se obliga al incumpliente a pagar daños positivos, que ubiquen al contratante cumpliente en una situación similar a la que tendrìa si el contrato se hubiera cumplido.- Cada una de estas opciones juega el papel de la oferta de confesión y disminución de la pena en el dilema del prisionero, es decir, un incentivo.- La ineffectividad de la sanción legal es mucho mayor si sòlo se resguarda el interès de confianza, y que el incumplimiento tiene una relación directa con la extensión de las indemnizaciones.-

Tambièn se ha utilizado este enfoque en la elección social para examinar còmo actúan los sujetos frente a regulaciones contractuales³⁶.-En la elección entre dos tipos contractuales,

³⁴ SHUBICK, Martin, "Game Theory in the social sciences. Concepts and Solutions", Massachusetts Inst. of Technology, Cambrig.Mass, 1982, pag. 15 y ss.-

³⁵ BIRMINGHAM, Robert, "Legal and Mora Duty in Game Theory: common law contract an chinese analogies", Buffalo law rev.1969, 99-103, publ en POSNER, Richard,KRONMAN, Anthony, "The economics of contract law", Little Brown co. Boston, 1979, pas 10 y 16)

³⁶ UMBECK, John, "A Theory of contract choyce and the California Gold Rusch", public en POSNER, Richard,KRONMAN, Anthony, "The economics of contract law", Little Brown co. Boston, 1979, pas 10 y 16

se optará tratando de minimizar la variación del ingreso relacionado con el costo del contrato.- Las formas de explotación compartidas son más costosas ya que cuando más crecen las asociaciones en volumen, más costoso es contratar, porque hay que formar asociaciones protectivas, sectoriales.-

5)- La teoría de la empresa

La temporalidad impacta en la empresa, obligándola a una reformulación permanente, lo que para algunos teóricos ha significado la necesidad de abandonar la concepción “orgánica”, o “institucional”, que es demasiado estática, para pasar a concebirla como una serie de acuerdos contractuales de larga duración entre los propietarios de los factores de producción³⁷.- La empresa va sustituyendo los precios por los salarios, el intercambio de mercado por relaciones jerárquicas, los acuerdos instantáneos en los que hay que establecer precios, por vínculos de larga duración en los que el recurso no se compra, sino que se gestiona ; cuando logra la situación óptima, cambian las condiciones del mercado, porque se alteran los precios relativos, surge la necesidad de nuevos productos, y entonces se terciariza lo que se había internalizado, y se hacen nuevas alianzas.-

Desde el punto de vista del consumidor, los acuerdos de larga duración disminuyen sus costes de información, porque sería muy caro el tener que contratar con muchas empresas individuales para comprar un producto compuesto.- Todas las transacciones que tendrían que realizarse en este caso requerirían que un gran número de individuos tuvieran un gran conocimiento de los distintos componentes del producto y que se realizaran muchas medidas y valoraciones de la producción. Por tanto, el coste que supondría para un consumidor el determinar el precio de los distintos componentes es probable que fuera alto si la producción del mencionado producto se realizara dentro del sistema de precios. Como alternativa, la producción se puede organizar dentro de una empresa donde existe un agente central que establece contratos bilaterales de larga duración con cada uno de los propietarios de los factores de producción y que vende el producto final a los compradores.-

La elección de la forma contractual depende del coste relativo de contratación de cada uno de los distintos acuerdos contractuales.-

Formalmente, podemos decir que una empresa que ha podido comenzar siendo una empresa individual, crecerá hasta que los beneficios marginales derivados de la internalización de una actividad adicional (la reducción del coste de realizar transacciones en muchos mercados) sean iguales a los costes marginales de la internalización de una actividad adicional (el aumento de los costes de agencia internos).- De allí la permanente oscilación entre internalización y terciarización de actividades, las que tienen una relación directa con los costos de los acuerdos contractuales y con los nuevos productos complejos que requieren acuerdos estratégicos de empresas muy diferentes.-

6)- La teoría de la agencia.-

³⁷ Véase, por ejemplo, Alchian, Armen A. (1965). “The Basis Of Some Recent Advances in the Theory of Management of the Firm”. *Journal of Industrial Economics* 14 : 30-41 ; ídem (1984). “Specificity, Specialization, and Coalitions”. *Journal of Law and Theoretical Economics* 140. (núm. 1) : 34-39 ; Klein, Benjamin ; Crawford, Robert G. ; and Alchian, Armen A. (1978). “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process”. *Journal of Law and Economics* 21 (núm. 2) : 297-326.- Alchian, Armen A., and Demsetz, Harold (1972). “Production, Information Costs, and Economic Organization”. *American Economic Review* 62 (diciembre, núm. 5) : 777-795 .- Williamson, Oliver E. (1975). *Markets and Hierarchies : Analysis and Antritrust Implications*. Nueva York : Free Press ; ídem (1985). *The Economic Institutions of Capitalism : Firms, Markets, Relational Contracting*. Nueva York : Free Press.-

En el Derecho conocemos la delegación gestoria que da origen al mandato como negocio de colaboración, y la delegación dependiente, que produce el contrato de trabajo.-

En la teoría económica se ha estudiado con profundidad esta relación “de agencia”³⁸, porque en toda actividad de cierto volumen es necesario delegar en otro la ejecución.- El problema surge porque el agente-mandatario, por lo general tiene más información que el principal, sobre temas específicos de su gestión, porque está en contacto directo y le cuesta más barato conseguirla.- Se produce entonces una distribución asimétrica de información, que es la causa de los conflictos en las relaciones de agencia : el agente tiende a aprovecharse de la información y el principal tiene altos costos de transacción para controlarlo.- De allí surge la tendencia al comportamiento oportunista y al aprovechamiento propio de la información del principal.-

El problema de gran importancia para todos los emprendimientos organizacionales de cierta envergadura.- En general se ha estudiado la estructura de las preferencias de las partes, la estructura de la información ; la naturaleza de la incertidumbre.- Las conclusiones son curiosas : por ejemplo, se ha probado modelicamente que el control del agente se puede realizar hasta cierto punto en que es demasiado costoso hacerlo, y por ello se “tolera” el comportamiento oportunista.-

La constatación del límite que presenta el control directo del agente, ha hecho que se busquen medios alternativos.- De allí surgieron modelos que incorporan presiones competitivas al agente, de modo que no dependa del control, sino de su competencia con otros agentes, surgiendo así la utilidad de las “redes” contractuales, que en este sentido son muy superiores a la relación mandante-mandatario.-

VI)- La teoría de la acción individual y colectiva en el contexto institucional

1)- Los límites del análisis económico

Habiendo presentado algunas nociones del “análisis económico del derecho”, estamos en condiciones de mostrar algunos de sus límites.-

En primer lugar, la teoría de la elección racional presenta algunas fallas, puesto que es indeterminada y necesita ser suplementada.- La acción racional implica tres operaciones de optimización: hallar la mejor acción para creencias y deseos dados; formar la creencia mejor fundada para una prueba dada y acumular la cantidad atinada de pruebas para deseos dados y creencias previas.- La acción puede fracasar por acumulación de pruebas escasas como por pruebas excesivas.- En otros casos puede haber óptimos múltiples, que se dan cuando el agente siente indiferencia ante una o más posibilidades, cada una de las cuales se juzga superior a todas las demás; en este caso hay que suplementar la elección con otros enfoques para predecir cuál de las posibilidades equioptimas se escogerá.-

Las normas sociales pueden suplementar o reemplazar la racionalidad en la explicación de la acción y de ese modo establecer un vínculo.-

La meta de las ciencias sociales debe consistir en elaborar una teoría general de la acción que comprenda las motivaciones orientadas hacia los resultados y las motivaciones no consecuencialistas³⁹.

³⁸ JENSEN, Michael-MECKLING, William, “Theory of the firm : managerial behavior, Agency Costs and ownership structure”, Journal of financial economics, num 3, octubre de 1976, pag 305 y ss.-

³⁹ ELSTER, Jon, "Juicios Salomonicos-La limitaciones de la racionalidad como principio de decisión", Gedisa, Barcelona, 1989)

En segundo lugar, es necesario señalar que el análisis económico es válido en cuanto importa tomar leyes de la ciencia económica aplicables al derecho.- Pero no es el único caso.- Es posible establecer leyes homólogas, puesto que hay descripciones de regularidades que han hecho otras ciencias y que son isomórficas⁴⁰.- Entre la economía y el arte de la guerra se han encontrado analogías.- Hay una evidente relación entre el principio de "justo a tiempo" que inspira la nueva organización industrial y el principio de economía de fuerzas del arte de la guerra.- En la economía de la empresa se dice : es preciso colocar el producto adecuado, en el momento oportuno y en la calidad establecida al mínimo costo; para ello se recurre a la noción de logística, fundamental en la batalla.- El mercado es una batalla civilizada, el proceso judicial también.-

El análisis económico presenta al derecho como un sistema de incentivos a un hombre que responde según la prosecución de su propio interés.- Esto tiene una base en el conductismo psicológico que ha estudiado profundamente este aspecto de la personalidad, pero hay muchas otras motivaciones distintas del egoísmo, como el altruismo, la solidaridad, que escapan a este esquema.-

El diálogo y el intercambio entre las ciencias es fecundo; es penoso que el Derecho pretenda la autosuficiencia ante un mundo tan complejo.-

Se advierte en muchos autores la intención de ignorar las leyes de otras ciencias, como si el Derecho pudiera funcionar de un modo autónomo.- Esta es una pretensión vana: escapa a nuestro poder el ordenar que el oleaje del mar se detenga; tampoco podemos derogar las leyes científicas.-

Las regularidades que la ciencia ha logrado describir en la naturaleza no pueden ser ignoradas por el Derecho.- Por el contrario, debe contar con ellas y si entiende que conducen a un orden injusto debe estudiar de qué modo puede intervenir.-

No postulamos una homologación de las leyes económicas por parte del Derecho.- El hombre no tiene sólo una dimensión de anchura, que es cuantificable; también hay una dimensión de profundidad, que es irreductible a fijaciones exactas; el campo de lo normativo es especialmente este último aspecto.- El Derecho tiene aspiraciones, postula un deber ser, y por ello se vale de la lógica deontica que no es común en otras ciencias descriptivas.-

Por esta razón interactúan el modelo del hombre racional y del hombre razonable, corrigiéndose mutuamente y expresando los ámbitos de las leyes basadas en lo cuantitativo y el Derecho.-

No ignoramos también que los hombres pueden actuar con menos previsión que la que tiene en cuenta el modelo del hombre racional.- Justamente es eso lo que muestra el modelo coseano: el vacío de racionalidad del mundo jurídico real; se pone en evidencia que hay problemas que no se solucionan con "contratos de contingencia", sino que muestran obstáculos estructurales.-

Además, muchos autores descreen de la racionalidad de la acción humana, tanto individual como colectiva⁴¹, de modo que no es un axioma incuestionable.-

Sin embargo, no parece desdeñable el valor indicativo de tales leyes, y menos aún su utilidad para fines específicos.-

2)- La acción colectiva :

⁴⁰ BERTALANFFY, Ludwig, "Teoría general de los sistemas", Fondo de cultura ec. 1976, pag. 82).-

⁴¹ ELSTER, Jon, "Juicios Salómicos-Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión", Gedisa, Barcelona, 1991.-

Otra falencia, a nuestro juicio grave, del análisis económico, es la despreocupación por la acción colectiva.- Al respecto, es necesario señalar que el problema de escala no es indiferente y que las reglas de la acción individual, no son asimilables en el nivel colectivo.-

Una prueba de ello es la noción de "contrafinalidad", que puede ser concebida como las consecuencias no intencionadas que surgen cuando cada individuo en un grupo actúa sobre una presunción acerca de las relaciones con otros que, cuando se generaliza, produce la contradicción ⁴².-

Se trata de efectos no esperados de una acción colectiva; por ejemplo si en una sala de conferencias uno se pone de pie para ver mejor, logrará un buen resultado, pero si todos se ponen de pie, nadie logra ver mejor al orador.- Cuando un individuo tiene temor y retira su dinero del Banco, obtiene un resultado eficiente para él; pero si todos tienen el mismo sentimiento y obran de igual modo, se producirá una "corrida" y nadie podrá retirar su dinero porque probablemente pongan al Banco en problemas.- Si un campesino aumenta su riqueza talando árboles para obtener más tierra para sembrar, y todos hacen lo mismo, se producirá una deforestación que hará que el campesino tenga, finalmente, menos tierra.-

Muchas veces estos fenómenos se confunden con un error metodológico, que surge de aplicar una lógica pertinente para un caso individual, a uno colectivo (que Elster llama falacia de composición).-

Esta noción es de gran utilidad para el tratamiento de redes causales complejas, que están muy presentes en el derecho privado.-

3)- El análisis neoinstitucional

La teoría de la elección racional ha suministrado buenas herramientas para la comprensión modélica de la conducta humana, en especial, luego de las complementaciones que le suministró la teoría de los juegos.- Desde esta perspectiva⁴³, y una vez admitida la regla de la propiedad, el contrato sirve para adjudicar esa propiedad a quien la considera más valiosa, en el contexto de un mundo caracterizado por la escasez y conductas orientadas hacia el máximo beneficio individual.- Modélicamente⁴⁴, puede ser considerado un juego voluntario cooperativo de ganancia mutua, que admite regulaciones institucionales a los fines de garantizar la libre entrada al mercado y la libertad de decisiones; por ello la doctrina liberal admite reglas limitativas del error, violencia, fraude, y más actualmente, las referidas a la presión económica y las basadas en la asimetría de informaciones.-

Sin embargo, se ha observado una falta de coincidencia entre la conducta maximizadora de la riqueza y los resultados socialmente cooperadores que se esperaban de

⁴² ELSTER, Jon, "Lógica y Sociedad- Contradicciones y mundos posibles", Gedisa, Barcelona, 1994, pag 144)

⁴³ La literatura sobre la teoría liberal del contrato es muy numerosa, puesto que, explícita o implícitamente ha fundado el desarrollo de esta institución durante gran parte de la historia de la humanidad.- En Argentina no es muy frecuente dado que, o se lo da por presupuesto o se pretende ocultar el esquema económico y de principios que sustenta esta posición.- En la doctrina internacional hay muy buenas obras que trabajan sobre la estructura de principios del contrato.- Entre las mejores obras que desarrollan la teoría liberal ver : EPSTEIN, Richard, "Simple rules for a complex world", Harvard Univ Press, 1995 ; FRIED, Charles, "The contract as a promise", con traducción al castellano).- En las jornadas nacionales de derecho civil realizadas en la Universidad Católica de Bs.As., hemos procurado desarrollar el tema en base a principios de libertad e igualdad, lo que fue receptado en el despacho.-

⁴⁴ La construcción de un modelo permite el análisis de las conductas en el contexto de la teoría de los juegos, lo cual es posible en tanto, más allá de las características individuales de color, raza, sexo, todos los individuos tienen una característica : quieren más, buscan la maximización del beneficio.- De ello se puede extraer una regla abstracta para la construcción del modelo.-

ella⁴⁵.- De ello surgieron nuevos enfoques y aportes, que no pretendemos desarrollar aquí, por su extensión y complejidad, pero que señalan la importancia del marco institucional como contexto de la acción humana.- Es bueno señalar también que la teoría de la elección y de los juegos han demostrado dificultades al incorporar el elemento temporal, lo cual es una dificultad teórica de importancia, toda vez que el resultado cambia cuando el juego es sometido a una repetición temporalmente dilatada⁴⁶.-

Las instituciones tienen una importancia relevante en el desarrollo de los pueblos y en la contratación: el modo en que distribuyen la información, incrementan o disminuyen los costos de negociación es decisivo en los contratos⁴⁷.-

En el derecho privado, las herramientas jurídicas son concebidas como elaboración del sujeto: el testamento y el contrato son expresión de la voluntad, la responsabilidad civil es una sanción ante un acto voluntario ilícito; se concede poca atención a los bienes colectivos.-

El derecho privado actual debe admitir una interrelación entre el marco institucional y los comportamientos individuales, superar la noción de "sujeto aislado" para arribar a una idea de "sujeto situado".- Situar al sujeto importa establecer un modo de relación con los demás individuos y con los bienes públicos, lo cual nos lleva a las reglas institucionales que fijan los parámetros mínimos de esa organización.-

La "progresiva referenciabilidad pública" del derecho privado es una verdadera necesidad⁴⁸.-

En el campo contractual hay numerosos avances en este enfoque.- Por ejemplo, se ha señalado que si en la época de la codificación el derecho mercantil era un derecho de contratos, ahora lo es de instituciones ⁴⁹, en el sentido en que las regulaciones exceden en mucho el mero intercambio interpartes, para aprehender el fenómeno sistemático típico de cada sector, incluyendo aspectos relativos al control público, a la defensa del consumidor, a la previsibilidad económica, a la organización de la competencia, y lógicamente, a los contratos.- En muchos casos esta institucionalización abarca cuestiones tan poco tradicionales como el impacto ambiental, social, y urbanístico, que es cada vez más característico, sobre todo en el caso de los grandes hipermercados de consumo.-

⁴⁵ El supuesto es que una multiplicidad de acciones racionalmente maximizadoras de la riqueza conduce a un resultado social también maximizador, ha sido fuente de muchos debates en los últimos años.-

⁴⁶ Conf AXELROD, Robert, "The Evolucion of cooperation", N.York, Basic Books, 1984.- Por ejemplo, cuando el "dilema del prisionero" (que es un "clásico de la teoría de los juegos, muy utilizado en los contratos), se juega en forma repetida, los jugadores cambian su estrategia con resultados cooperativos, para el autor.-

⁴⁷ En este sentido, la comunidad académica ha rendido tributo a North, Douglas, concediéndole el premio Nobel, fundamentalmente por sus aportes en este campo.- North ("Instituciones, Institucional Change and Economic Performance", 1990, Cambridge Univ Press), señala que los costos de la información son la clave de los costos de la negociación, que se componen de los costos de medir los atributos valiosos de lo que está intercambiando y los costos de proteger y de hacer cumplir compulsivamente los acuerdos. Estas mediciones y esta compulsión tiene costos que son fuentes de instituciones sociales, políticas y económicas.- Como curiosidad citamos una expresión del autor: "Wallis y North (1986), al medir el volumen de los costos de negociación que privan en el mercado (como son los costos relacionados con la banca, los seguros, las fianzas, las ventas al mayoreo y el comercio al menudeo) o , en términos de ocupaciones (Con abogados, contadores, etc.) en la economía de los Estados Unidos hallaron que más de el 45% de ingreso nacional se dedicó a las negociaciones y, además, que este porcentaje se había incrementado en un 25% desde hace un siglo. Así, pues, los recursos de la economía consumidos en negociaciones son crecientes y de gran magnitud.".-

⁴⁸ Ampliamos este tema en "las normas fundamentales", cit.-

⁴⁹ ECHEBARRIA SAENZ, Joseba, "El contrato de franquicia-Definición y conflictos en las relaciones internas", Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, pag.xxxvii.-

Es necesario ampliar el campo de aplicación de la dogmática civilista tradicional, trascender la bilateralidad, para ensayar una dogmática sistemática, que tenga por objeto de análisis el sistema de normas fundamentales, dando cabida así a la contemplación del supuesto de hecho bilateral y estructural.-