

# **APUNTES PARA EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PRIVADO ARGENTINO**

por Germán Coloma (Universidad del CEMA)

## **Prólogo**

El objetivo de estos apuntes es doble. Por un lado buscan resumir los principales aportes que la teoría económica ha hecho al campo del análisis del derecho, siguiendo los lineamientos de la literatura que empezó a desarrollarse a partir de los trabajos liminares de Coase (1960) y Calabresi (1961). Por otro lado, tienen también el objetivo de avanzar de manera preliminar sobre el territorio (hasta el momento prácticamente inexplorado por el análisis económico) del derecho vigente en la Argentina. Los destinatarios directos de este trabajo son los alumnos del curso de “Análisis económico de la ley”, de la maestría en finanzas de la Universidad del CEMA. Los destinatarios indirectos incluyen a alumnos de las carreras de derecho y economía que cursen asignaturas vinculadas con el derecho civil y comercial y con la política económica, a abogados que trabajan en temas de derecho empresario, y a economistas que por su tarea deban interactuar con las normas del derecho privado y con las regulaciones que las acotan y las exceptúan.

A pesar de que en el nombre con el que hemos titulado estos apuntes se hace referencia exclusiva al derecho privado, nuestro comentario excluirá buena parte del campo jurídico que involucra esta denominación e incluirá también algunas normas ajenas al ordenamiento puramente civil y comercial. Por empezar, no haremos aquí ninguna referencia a las ramas del derecho privado manifiestamente alejadas de lo que se entiende tradicionalmente en economía como “mercado” (tales como el derecho de familia, el derecho sucesorio y el derecho referido a los atributos de las personas físicas), si bien estas áreas también son susceptibles de análisis económico. Por el contrario, algunas partes del derecho administrativo y del derecho laboral sí serán objeto de comentario, en virtud de su capacidad de modificar los criterios que el derecho privado establece para el funcionamiento de los mercados. Dicha extensión, sin embargo, no llegará hasta el derecho público que regula el funcionamiento de las instituciones estatales (derecho constitucional orgánico, derecho procesal, derecho administrativo de los organismos públicos), en virtud de que el mismo se refiere a situaciones en las cuales el mecanismo utilizado para asignar recursos es básicamente diferente del mercado. Tampoco haremos referencia a normas estrictamente penales, salvo en lo que se refiere a algunos tipos muy particulares de regulación económica en los cuales el instrumento de intervención estatal es básicamente la sanción de contravenciones.

*Clasificación del JEL: K1, K2, K3.*

## **1. Introducción**

### **1.1. Economía, derecho económico y análisis económico del derecho**

La definición más habitual de la economía como ciencia es aquella que le asigna como objeto de estudio la forma en la cual las sociedades asignan los recursos escasos a la satisfacción de necesidades o fines múltiples. Esta idea ha sido expresada también diciendo que el objeto de la economía es estudiar el modo en el cual las sociedades deciden qué bienes y servicios producir, cómo producirlos y para quién producirlos, utilizando los recursos limitados que poseen.

El objeto de estudio de la economía puede ser encarado a través de dos enfoques básicos. Uno de ellos es el enfoque de la economía positiva, que busca estudiar las economías explicando su funcionamiento tal cual es en la realidad. El otro enfoque es el de la economía normativa, que elabora prescripciones basadas en la economía positiva y en juicios de valor, ocupándose por lo tanto del “deber ser” de la actividad económica. De este modo, mientras la economía positiva elabora teorías que intentan explicar por qué se producen ciertos fenómenos en la vida económica, la economía normativa brinda pautas para juzgar la conveniencia e inconveniencia de medidas de política destinadas a modificar el funcionamiento de la economía. Así, un artículo en el cual se estudia por qué se incrementaron los precios de un determinado bien a consecuencia de la aplicación de un impuesto es un ejemplo de la clase de análisis que efectúa la economía positiva; por el contrario, un artículo en el cual se evaluarán las ventajas y desventajas para la sociedad de aplicar dicho impuesto sería un ejemplo de economía normativa.

Otra subdivisión común dentro del campo de la ciencia económica tiene que ver con las unidades básicas de estudio que se utilizan. La microeconomía se ocupa de la conducta de los agentes económicos individuales (consumidores, empresas), de cómo dicha conducta determina los precios y las cantidades de los distintos bienes y servicios comerciados en el mercado, y de las medidas de política que influyen sobre dichos precios y cantidades. La macroeconomía, en cambio, estudia el comportamiento de los grandes agregados económicos (consumo, ahorro, inversión), la determinación de los niveles agregados de precios (inflación, salario real, tipo de cambio), la determinación de los niveles agregados de actividad (producto, nivel de empleo y desempleo, tasa de crecimiento) y las medidas de política que influyen sobre dichos agregados (política monetaria, fiscal, cambiaria).

El análisis económico del derecho es una rama de la ciencia económica casi completamente incluida dentro del campo de la microeconomía. Su objetivo es analizar y evaluar el papel de las normas jurídicas dentro del funcionamiento de los mercados, a través del estudio de su impacto sobre el comportamiento de los agentes económicos y su repercusión en las cantidades y los precios. Al igual que la economía como un todo, el análisis económico del derecho tiene un enfoque positivo y un enfoque normativo. El análisis positivo busca explicar el efecto de las normas jurídicas sobre los distintos mercados y en ciertas circunstancias produce además teorías que pretenden encontrar causas económicas en la adopción de ciertas normas por parte de las distintas sociedades. El análisis normativo, en cambio, sirve para brindar prescripciones respecto de cuáles normas jurídicas son más adecuadas en una situación o en otra, según cuál sea el objetivo buscado por el legislador.

El análisis económico de las normas jurídicas tiene una tradición relativamente larga en lo que se refiere a disposiciones relacionadas con impuestos y otras actividades directamente encaradas por el estado, tales como políticas de gasto social y regulación de servicios públicos. Esta parte de la disciplina forma el área de las finanzas públicas o

de la economía del sector público. Más recientemente, la economía ha extendido su campo al análisis de las normas que conforman el derecho privado de los países, así como también al estudio del derecho constitucional y de las normas penales no relacionadas con delitos impositivos. Esta última extensión es lo que hoy en día se conoce como análisis económico del derecho (*economic analysis of law*) y conforma el objeto del presente trabajo.

La abrumadora mayoría de la literatura sobre análisis económico del derecho ha sido escrita para explicar y analizar el derecho vigente en los países anglosajones (y, en especial, el de Estados Unidos) y parte por lo tanto del estudio de la principal fuente de ese derecho que es el derecho consuetudinario (*common law*), formado por la jurisprudencia y la costumbre. Para analizar el derecho de un país como la Argentina, en cambio, resulta conveniente tomar como punto de partida las leyes escritas y, en particular, aquéllas que forman parte de códigos o son complementarias de éstos (derecho codificado). Esto no sólo no es incompatible con el enfoque económico del derecho sino que hasta puede ser una importante ventaja para el análisis, ya que las normas codificadas son por su mismo origen más amplias y están pensadas para ser aplicadas con un criterio general, que está en principio más cerca del pensamiento abstracto que se utiliza en economía de lo que pueden estar las conclusiones puramente casuísticas habituales en el derecho consuetudinario.

El análisis económico del derecho no tiene necesariamente que limitarse a estudiar normas de derecho económico. Tradicionalmente, se incluye bajo la denominación de “derecho económico” a aquellas normas que se refieren a las actividades de las empresas comerciales e industriales, con lo cual muchas veces dicha expresión aparece utilizada como un sinónimo de “derecho comercial”. Una noción más precisa es la que emplea Olivera (1980), que define al derecho económico como un “... sistema de normas jurídicas que, en un régimen de economía dirigida, regulan las actividades de mercado de las empresas y otros agentes económicos para realizar metas y objetivos de política económica”. En dicha concepción, por lo tanto, entrarían dentro del derecho económico todas aquellas normas que implican una intervención del estado en el funcionamiento de los mercados, con el objetivo de influir sobre el comportamiento que tales mercados tendrían de no existir dichas regulaciones.

Como opuestas a las normas de derecho económico en el sentido propuesto por Olivera, las sociedades suelen tener una serie de normas cuyo objetivo es brindar un marco general dentro del cual surgen y operan, de manera desregulada, los distintos mercados. Así, por ejemplo, las normas que establecen derechos de propiedad sirven para fijar pautas que hacen a la organización de los mercados, definiendo quiénes serán los oferentes (propietarios actuales) y los demandantes (aspirantes a propietarios futuros). De igual manera, las normas que establecen las obligaciones contractuales y extracontractuales de las personas suelen ser los ingredientes básicos sobre los cuales descansa el propio concepto de “mercado”, y sin las cuales no existiría buena parte de lo que estudia la economía. Todas estas normas son por lo tanto parte del campo de estudio del análisis económico del derecho. Adicionalmente, el aporte de esta rama de la economía ha sido también encontrar un sentido económico en normas que aparentemente no tienen nada que ver con operaciones entre agentes del mercado, y que sin embargo tienen influencia sobre la forma en la cual las sociedades asignan sus recursos escasos a la satisfacción de sus múltiples necesidades. De este modo, cualquier norma que afecte de algún modo los costos o beneficios (objetivos o subjetivos, ciertos o contingentes) de un grupo importante de personas es susceptible de ser analizada

desde un punto de vista económico –tanto positivo como normativo–, y puede ser parte del objeto de estudio del análisis económico del derecho.

## **1.2. Sistemas económicos y normas jurídicas**

Desde el punto de vista del análisis económico, el papel principal de las normas jurídicas en una sociedad es probablemente el de definir el sistema económico que dicha sociedad va a adoptar. Los sistemas económicos son los distintos modos en los cuales se organiza una economía, en especial en lo que se refiere a papel del estado y al papel de los agentes privados en las distintas actividades y decisiones económicas.

Siguiendo a Fischer, Dornbusch y Schmalensee (1989), clasificaremos a los sistemas económicos de acuerdo a dos criterios: la propiedad de los medios de producción y el criterio para asignar los recursos. En el primero de tales puntos, las alternativas son básicamente dos: la propiedad privada y la propiedad estatal. Respecto del segundo, las posibilidades principales son la utilización de mercados y la utilización de un mecanismo de planificación centralizada. En general, la opción por una u otra de tales alternativas en uno de los criterios mencionados tiene una contrapartida natural en el otro criterio. Así, el sistema capitalista puro implica que la propiedad de los medios de producción es privada y el mecanismo para asignar los recursos es el mercado. Por el contrario, el socialismo puro es un sistema en el cual la propiedad de los medios de producción es estatal y los recursos se asignan a través de una planificación centralizada. Las otras dos combinaciones posibles serían el socialismo de mercado y el capitalismo planificado. En la primera de ellas, los medios de producción son estatales pero el criterio para asignar los recursos es el mercado; en la segunda, los medios de producción son privados pero los recursos se asignan de manera centralmente planificada.

El socialismo puro y el capitalismo puro son en cierto sentido formas extremas de organización económica en lo que a participación del estado y de los agentes privados se refiere. Sin embargo, sería posible concebir formas teóricamente más extremas todavía en las cuales el estado tuviera a su cargo todas las decisiones económicas de la sociedad o, alternativamente, no tuviera a su cargo ninguna decisión. El primero de tales casos sería un sistema económico completamente autoritario, en el cual no sólo los bienes de producción sino también los de consumo serían de propiedad estatal, y no sólo las decisiones de producción sino también las de intercambio y consumo serían tomadas centralizadamente. El otro extremo sería un sistema económico absolutamente anárquico, en el cual el estado no existiera y por ende el funcionamiento de los mercados fuera también completamente autónomo. Esto último implicaría una situación cercana a la de autosuficiencia, en la cual los distintos agentes económicos sólo se relacionarían entre sí de manera incidental.

La gran mayoría de los sistemas económicos que funcionan en la realidad son mezclas más o menos heterogéneas que combinan elementos de los distintos casos teóricos mencionados, y en los cuales coexisten la propiedad privada, la propiedad estatal, el mercado y la planificación centralizada. El papel que cada uno de estos elementos juega dentro de la organización económica está dado básicamente por las normas jurídicas que rigen en el país de que se trate. En general, las economías mixtas más cercanas al sistema capitalista tienen un sistema jurídico que presupone que la mayor parte de las actividades económicas son llevadas a cabo por entidades privadas y canalizadas a través de mercados. Para asegurar el funcionamiento de esos mercados y resolver posibles conflictos que se producen en los mismos, el estado provee de normas

y de instituciones jurídicas que fijan una serie de criterios generales de aplicación y de interpretación, que constituyen el derecho privado del país en cuestión. Para ciertas actividades en particular (salud, educación, seguros, bancos, etc), el estado participa también de manera directa, a través de dependencias propias que actúan en el mercado de distinta forma y cuya organización y funcionamiento también es objeto de normas jurídicas específicas, que constituyen buena parte de lo que sería el derecho administrativo. Por último, existe también un conjunto importante de normas jurídicas destinadas a regular y planificar la prestación de algunas actividades, reemplazando al mercado o interviniendo en el funcionamiento de éste. Estas últimas normas serían lo que en el apartado anterior identificamos como “derecho económico”.

Además de las ramas del derecho mencionadas en el párrafo precedente, buena parte de las normas encuadradas dentro de otras áreas del conocimiento jurídico sirven para ayudar a delinear el sistema económico dentro del cual se mueve una sociedad. Así, las normas de derecho penal complementan a las de derecho privado protegiendo a los mercados de una serie de situaciones que atentan contra su funcionamiento (por ejemplo, del robo), y las de derecho procesal son también un complemento indispensable de las normas privadas, penales y regulatorias. El derecho laboral, por su parte, es en buena medida parte del derecho privado en el sentido de que sirve para asegurar el funcionamiento descentralizado de los mercados de trabajo, pero incluye también una serie de normas de tipo regulatorio que tienen por objeto intervenir en esos mercados.

### **1.3. El mercado como institución jurídica**

De lo expresado en los apartados anteriores, surge que en rigor el mecanismo de asignación de recursos conocido como “mercado” es fundamentalmente una creación jurídica que consiste en una serie de normas más o menos generales que permiten que los potenciales compradores y vendedores de un bien o servicio se pongan en contacto entre sí para comerciarlo. En su acepción más general, tales normas son esencialmente las que definen los derechos de propiedad de las personas sobre los activos tangibles e intangibles (derechos reales y derechos de propiedad intelectual), las que establecen el modo de celebrar contratos y las obligaciones que los mismos acarrearán, y las normas de responsabilidad civil extracontractual que complementan a estas últimas en los casos en los cuales se producen relaciones entre agentes económicos que no nacen de un contrato.

El trío “propiedad-contratos-responsabilidad civil” representa por lo tanto el núcleo en el cual se basa el funcionamiento de cualquier mercado desregulado. A través de los derechos de propiedad se sabe, por ejemplo, quién está capacitado para disponer y usar los diferentes bienes y servicios. Las normas del derecho contractual, por su parte, sirven para posibilitar el intercambio de tales derechos de propiedad y para permitir que otras personas puedan utilizar los bienes y servicios disponibles y los recursos existentes para producir tales bienes y servicios. Las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, por último, establecen criterios por los cuales los agentes económicos pueden evaluar los riesgos de participar en las distintas actividades económicas que no provienen directamente de la celebración de contratos.

En ciertos mercados en particular existen además normas especiales que complementan las disposiciones generales sobre derechos de propiedad, contratos y obligaciones extracontractuales. Buena parte de las mismas se enmarcan dentro del concepto de regulación económica, que implica la existencia de una actividad de

intervención estatal que reemplaza o modifica el funcionamiento espontáneo del mecanismo de mercado. Las normas de regulación económica implican por lo tanto limitaciones a las normas generales que constituyen la institución jurídica del mercado, y aportan elementos que en mayor o menor medida introducen elementos del otro criterio de asignación de recursos mencionado anteriormente, o sea, la planificación centralizada.

La estructura de estos apuntes para el análisis del derecho privado argentino sigue en esencia la distinción efectuada en los dos últimos párrafos. El objeto de los mismos será así analizar desde el punto de vista económico las principales normas que rigen en la Argentina respecto de la organización de los mercados, estudiando por separado las que se refieren a derechos de propiedad, contratos y responsabilidad civil extracontractual. Antes de abocarnos a dicho análisis, introduciremos como requisito un capítulo referido a los conceptos económicos básicos a ser utilizados en el análisis. Luego de estudiar las normas fundamentales del derecho privado que hacen al funcionamiento global de los mercados, incluiremos además un capítulo referido a las principales normas de regulación económica que afectan a los mismos. El estudio finalizará con un breve capítulo destinado a las conclusiones de todo el trabajo, en el que volveremos a puntualizar algunas de las relaciones existentes entre unas normas y otras.

## **2. Conceptos económicos básicos**

A efectos de encarar el análisis económico del derecho vigente en un determinado país, resulta necesario utilizar una serie de conceptos que sirven para interpretar los efectos de las normas jurídicas sobre el funcionamiento de la economía y para poder emitir juicios acerca de dichos efectos. El objetivo de este capítulo es presentar los principales conceptos económicos aplicables al análisis del derecho, que son en esencia los que se refieren al comportamiento de los mercados y a su evaluación en términos de eficiencia y distribución del ingreso. Los apartados que siguen, por lo tanto, resumirán la teoría económica referida a los mercados competitivos, a la relación entre competencia y eficiencia, y a las situaciones en las que existe poder de mercado o interacción estratégica entre los agentes económicos. En los últimos apartados del capítulo se analizarán en cambio los fracasos de los mercados competitivos, debidos a la existencia de externalidades reales, bienes públicos, incertidumbre y asimetrías informativas entre los distintos agentes económicos.

### **2.1. Mercados competitivos**

Tal como hemos visto en el apartado 1.3, un mercado puede definirse como un conjunto de normas que establecen la manera en la cual se producen las transacciones entre los oferentes y demandantes de un bien o servicio. La manera en la cual la economía conceptúa el funcionamiento de un mercado tiene que ver con una serie de factores que explican el comportamiento de los demandantes, con otros factores que explican el comportamiento de los oferentes, y con ciertos supuestos respecto de cómo se produce la interacción entre ellos.

Una de las claves que hacen a la forma en la cual la teoría económica visualiza a los mercados es el modo en el cual se forman los precios en los mismos. Según cómo sea el mecanismo implícito en la formación de dichos precios, los mercados se clasifican en competitivos, monopólicos, monopsónicos, etc. En particular, los mercados competitivos se caracterizan por el supuesto de que tanto los oferentes como los demandantes son tomadores de precios, y de que dichos precios se determinan como los valores a los cuales la suma de las cantidades demandadas por los demandantes se iguala con la suma de las cantidades ofrecidas por los oferentes.

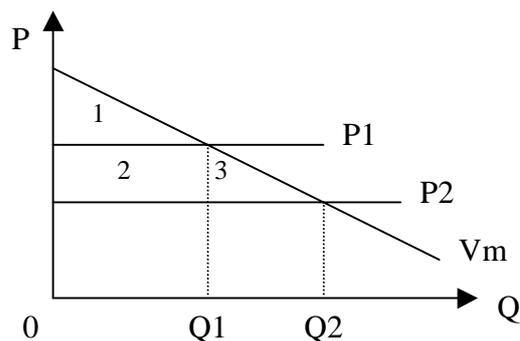
Para que pueda hablarse de un mercado competitivo en el sentido expresado en el párrafo anterior, entonces, es necesario que los bienes o servicios que los demandantes demandan y que los oferentes ofrecen sean homogéneos, de modo que tenga sentido sumar las cantidades demandadas y ofrecidas para posteriormente igualarlas. También resulta necesario suponer que dichas cantidades demandadas y ofrecidas varían ante los distintos precios, y que lo hacen de manera diferente. En particular, la economía ha elaborado teorías que buscan explicar tanto el comportamiento de los demandantes como el de los oferentes de los distintos mercados, que en la generalidad de los casos son los consumidores (que demandan bienes de consumo y ofrecen servicios tales como trabajo) y las empresas (que ofrecen bienes de consumo y, en ciertos casos, bienes intermedios de producción, y demandan bienes intermedios, trabajo y otros factores productivos).

Aplicada a la determinación de la demanda de un bien de consumo, la teoría del consumidor supone que, al decidir la cantidad que van a comprar de un bien, los individuos buscan hacer máxima la diferencia entre el beneficio que pueden obtener de él y el costo que tienen que erogar para comprarlo. Dicho beneficio puede suponerse mayor cuanto mayor es la cantidad comprada del bien en cuestión, pero la idea implícita

detrás de la teoría del consumidor es que la tasa a la cual ese beneficio aumenta es decreciente. Esto implica que cada unidad adicional consumida tiene un valor positivo para el comprador de la misma, pero que dicho valor es menor al de la unidad inmediatamente anterior. Este principio se conoce comúnmente bajo el nombre de “ley de la utilidad marginal decreciente”.

La ley de la utilidad marginal decreciente es una de las bases más importantes por la cual la teoría económica supone que la demanda de los bienes de consumo disminuye ante aumentos en los precios de dichos bienes. La razón de esto es que, si cada consumidor busca hacer máxima la diferencia entre el valor que para él tiene la cantidad que consume y el costo de adquirir dicha cantidad, entonces elegirá comprar todas aquéllas unidades que tengan un “valor marginal” mayor que el precio que paga. Como ese valor subjetivo es más grande para las primeras unidades y decrece conforme aumenta la cantidad consumida, entonces habrá una cantidad para la cual el mismo se igualará con el precio del bien en cuestión. Ante esto, el consumidor optará por comprar como máximo esa cantidad, ya que las unidades posteriores que pueda adquirir tendrán para él un valor inferior a su costo (es decir, inferior al precio de compra) y no servirán para incrementar el beneficio neto obtenido.

**Gráfico 2.1**



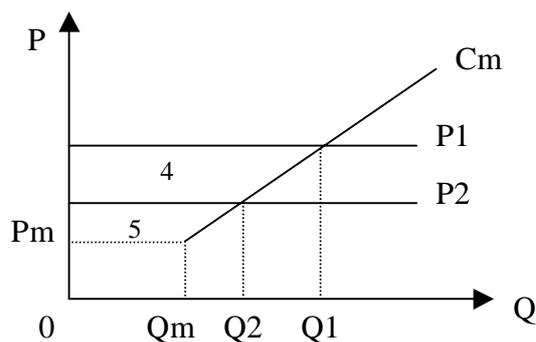
Lo expuesto puede verse en el gráfico 2.1, en el cual hemos representado el valor marginal “Vm” que un consumidor le asigna a cada nueva unidad del bien “Q” y cómo dicho valor determina la cantidad que el mismo adquiere cuando el precio es alternativamente “P1” y “P2”. En el primero de tales casos, sólo tienen un valor mayor que “P1” las cantidades inferiores a “Q1”, lo cual hace que sea precisamente esta cantidad la que el consumidor está dispuesto a comprar. Cuando el precio baja a “P2”, en cambio, el consumidor encuentra beneficioso comprar también las unidades que están entre “Q1” y “Q2”, por lo cual la cantidad que demanda se incrementa hasta este último valor. En cuanto al beneficio neto (llamado también “excedente del consumidor”) obtenido en una y otra circunstancias, el mismo puede medirse como igual al área “1” cuando el precio es “P1” y como igual al área “1+2+3” cuando el precio es “P2”.

Así como la teoría del consumidor sirve para explicar la demanda de los bienes de consumo, la teoría de la empresa se utiliza para explicar la oferta de dichos bienes. El supuesto implícito en esta porción de la teoría microeconómica es que las empresas tienen por objetivo hacer máximo su beneficio, es decir, la resta entre sus ingresos y sus costos totales. Cuando la empresa tiene que decidir cuánto va a producir y vender de un

determinado bien, por lo tanto, debe comparar lo que ese bien le genera como ingreso con lo que el mismo le representa como costo, a los efectos de elegir la cantidad que más le convenga. La teoría económica supone en general que las empresas tienen dos tipos de costos, fijos y variables, y que estos últimos son crecientes con el nivel de producción y ventas. A partir de una cierta cantidad, además, es dable esperar que el costo de producir y vender cada unidad adicional (que en economía se denomina “costo marginal”) se vuelva creciente. Esto hace que la empresa esté dispuesta a ofrecer cantidades diferentes según sea el precio de venta que enfrenta, y que dicha relación entre cantidad y precio sea normalmente positiva.

En el gráfico 2.2 puede apreciarse el esquema general que subyace detrás de la teoría de la empresa como modo de explicar el comportamiento de la oferta de un bien. La idea es que existe un cierto precio mínimo “ $P_m$ ” por debajo del cual la empresa no ofrecerá ninguna unidad, ya que no tiene manera de cubrir sus costos. Este precio se identifica con el mínimo costo unitario promedio de la empresa, el cual tiene lugar para un cierto nivel de producción “ $Q_m$ ”. Cuando el precio de venta del bien es superior a “ $P_m$ ”, la empresa encuentra beneficioso producir más que “ $Q_m$ ”, en tanto el precio no sea inferior al costo marginal de aumentar la producción ( $C_m$ ). Si este costo es creciente, esto implica que la empresa estará dispuesta a ofrecer cantidades mayores cuando el precio sube, y que en cambio ofrecerá menos cuando el precio se reduce. Así, para los precios “ $P_1$ ” y “ $P_2$ ” representados en el gráfico, las cantidades óptimas a producir son respectivamente “ $Q_1$ ” y “ $Q_2$ ”. Las mismas han sido determinadas como aquellas cantidades para las cuales todas las unidades producidas tienen una contribución positiva sobre el beneficio y, en cambio, producir una unidad más tiene un costo incremental que no alcanza a ser cubierto por el ingreso que dicha unidad genera. El gráfico 2.2 sirve también para visualizar el beneficio neto (o “excedente del productor”) que la empresa obtiene en cada situación. Cuando el precio es “ $P_1$ ”, dicho beneficio es igual a la suma de las áreas “4+5”; cuando es “ $P_2$ ”, es sólo el área “5”.

**Gráfico 2.2**



En un mercado competitivo en el cual la demanda de cada consumidor tiene una forma semejante a la representada en el gráfico 2.1 y la oferta de cada empresa tiene una forma semejante a la representada en el gráfico 2.2, el precio de mercado se determina como el valor al cual la suma de las cantidades demandadas por los consumidores se iguala con la suma de las cantidades ofrecidas por las empresas. Dicho precio (denominado “precio de equilibrio competitivo”) tiene la propiedad de ser el único que resulta compatible con las decisiones óptimas de todos los consumidores y todas las

empresas, al tiempo que posibilita que dichas decisiones puedan materializarse en la práctica (ya que todas las unidades que los consumidores demandan encuentran su contrapartida en unidades que las empresas ofrecen).

Lo expuesto para un mercado competitivo de un bien de consumo (en el cual los consumidores demandan y las empresas ofrecen) puede generalizarse para otros casos tales como los mercados de trabajo (en el cual los consumidores son los que ofrecen y las empresas las que demandan), los mercados de bienes intermedios (en el cual tanto los oferentes como los demandantes son empresas) y los mercados de bienes pre-existentes (en el cual ofrecen y demandan los consumidores). En estos casos, las fuerzas que operan detrás de la demanda y de la oferta son diferentes de las vistas para los bienes de consumo, pero la idea básica del funcionamiento del mercado es la misma. Existirá así una cantidad demanda (surgida de agregar las decisiones de múltiples demandantes) que disminuirá ante aumentos de precio, y una cantidad ofrecida (surgida de agregar las decisiones de múltiples oferentes) que se incrementará ante dichos aumentos. El precio de equilibrio competitivo será aquél para el cual la demanda total se iguale con la oferta total, y tendrá también la doble propiedad volver simultáneamente óptimas y factibles a las decisiones de todos los oferentes y demandantes.

## 2.2. Competencia y eficiencia

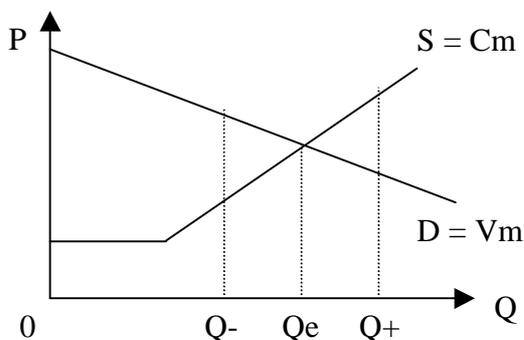
Las nociones vistas en el apartado anterior respecto del funcionamiento de los mercados competitivos se encuadran dentro de la economía positiva, ya que forman parte de una teoría cuyo objetivo es explicar cómo y por qué se producen ciertos fenómenos de la vida económica (en este caso, cómo se forman los precios en un mercado en el cual cada oferente y cada demandante es relativamente pequeño en relación a la oferta y a la demanda totales). La competencia perfecta tiene sin embargo otra faceta relacionada con la economía normativa, ya que exhibe ciertas propiedades que se consideran deseables y que hacen que, desde un punto de vista bastante general, resulte preferible a otros tipos de estructura de mercado (por ejemplo, al monopolio y al monopsonio).

La principal cualidad normativa que exhibe la competencia en una importante variedad de casos es la eficiencia económica. En economía, se dice que una situación es eficiente si no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. Este concepto se inspira en las ideas del economista italiano Vilfredo Pareto (1909), por lo cual a esta definición de eficiencia se la conoce comúnmente como “eficiencia en el sentido de Pareto” u “óptimo de Pareto”. Si bien su aplicabilidad es bastante más general, la eficiencia en el sentido de Pareto puede ilustrarse utilizando las ideas de oferta y demanda vistas en el apartado anterior, y relacionarse con una situación en la cual la suma de los beneficios de los consumidores y de las empresas se hace máxima. Para ello es importante recordar que la demanda de los consumidores surge de igualar el precio con el valor marginal que los mismos le asignan a cada unidad adicional consumida, y que la oferta de las empresas surge de igualar el precio con el costo marginal que tiene para ellas cada unidad adicional producida y vendida.

En el gráfico 2.3 puede verse por qué el equilibrio competitivo resulta ser una asignación eficiente y por qué situaciones en las cuales se comercia menos que la cantidad de equilibrio ( $Q < Q_e$ ) o más que dicha cantidad ( $Q > Q_e$ ) son en cambio ineficientes. La razón es que para la cantidad “ $Q_e$ ” no sólo se verifica que la oferta se iguale con la demanda ( $S = D$ ) sino que también se da que el costo marginal que tiene la última unidad producida y vendida por las empresas se iguale con el valor marginal que

la misma tiene para los consumidores ( $C_m = V_m$ ). Como la demanda tiene pendiente negativa y la oferta tiene pendiente positiva, todas las unidades entre “0” y “ $Q_e$ ” tienen un valor marginal mayor que su costo marginal, lo cual implica que desde el punto de vista social “valen más de lo que cuestan”. Si en el mercado se estuviera produciendo y comerciando una cantidad “ $Q^-$ ”, el valor que tendría para los consumidores incrementar levemente la producción superaría al costo que dicho incremento tendría para las empresas, lo cual nos estaría indicando que resulta posible que tanto los consumidores como las empresas se beneficien por dicho aumento de la producción. En una situación en la cual la cantidad comerciada fuera “ $Q^+$ ”, por el contrario, el costo para las empresas de producir las últimas unidades supera al valor que las mismas tienen para los consumidores, y esto indica que resultaría teóricamente posible que tanto consumidores como empresas incrementaran sus beneficios reduciendo la cantidad producida.

**Gráfico 2.3**

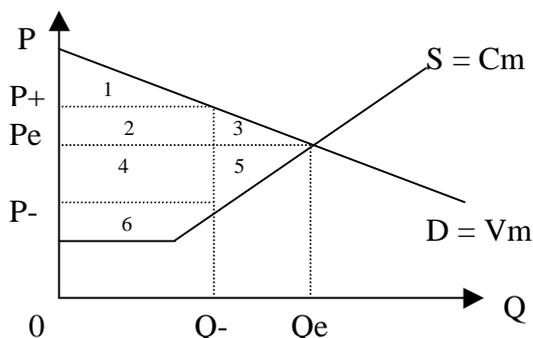


El argumento expuesto en el párrafo anterior nos permite concluir que la cantidad de equilibrio competitivo “ $Q_e$ ” es eficiente y que las cantidades mayores o menores que “ $Q_e$ ” no lo son. Esta relación entre equilibrio competitivo y óptimo de Pareto se conoce como “primer teorema de la economía del bienestar”. El mismo puede ilustrarse recurriendo al gráfico 2.4, cuya única diferencia respecto del gráfico 2.3 es que en él hemos especificado también los precios y hemos identificado una serie de áreas que representan los excedentes que obtienen los distintos agentes económicos. Vemos así que en una situación de equilibrio competitivo (en la cual el precio es “ $P_e$ ”), el excedente que les queda a los consumidores es igual a la suma de las áreas “1+2+3”, en tanto que el excedente que les queda a los productores es igual a la suma de las áreas “4+5+6”. Si sumamos ambos conceptos obtenemos un “excedente total de los agentes económicos” cuyo valor es máximo (1+2+3+4+5+6), y estamos por lo tanto en una situación en la cual no se puede mejorar a ningún agente económico sin empeorar a algún otro.

Si estuviéramos en otro tipo de mercado en el cual los oferentes tuvieran una mayor capacidad de influir sobre el precio, éste se ubicaría probablemente en un valor mayor ( $P^+$ ). Si, en cambio, fueran los demandantes los que pudieran manipular el precio, el mismo seguramente bajaría a un valor menor ( $P^-$ ). En ambos casos sería esperable que la cantidad comerciada se redujera, ya que si el precio es “ $P^+$ ” los demandantes no querrán demandar más que “ $Q^-$ ” y si el precio es “ $P^-$ ” los oferentes no querrán ofrecer más que “ $Q^-$ ”. Tanto en una situación como en la otra, el excedente total

de los agentes económicos disminuye, ya que las áreas “3” y “5” desaparecen. Si bien las empresas están mejor cuando el precio es “P+” (ya que pasan a apropiarse del área “2”, de mayores dimensiones que el área “5”) y los consumidores están mejor cuando el precio es “P-” (ya que pasan a apropiarse del área “4”, que es mayor que el área “3”), en ambos casos la sociedad como un todo está perdiendo de ganar la suma de las áreas “3+5”, que podrían de algún modo repartirse entre consumidores y empresas y mejorar la situación de ambas a la vez.

**Gráfico 2.4**



Lo expuesto en el último párrafo es la base de lo que se conoce como “segundo teorema de la economía del bienestar”. El mismo expresa que cualquier asignación eficiente (es decir, cualquier situación en la cual no se puede mejorar a ninguna persona sin empeorar a alguna otra) puede obtenerse combinando el resultado de un equilibrio competitivo con un adecuado sistema de transferencias entre agentes económicos. Si quisiéramos por ejemplo que todo el excedente generado le quedara a los consumidores, una manera de lograr esto sería recurrir a un equilibrio competitivo y crear un sistema que le cobrara a las empresas un impuesto igual a “4+5+6”, cuyo producido se le transferiría luego a los consumidores. Por el contrario, si nuestra intención fuera beneficiar solamente a los oferentes, lo más eficiente sería utilizar un mecanismo competitivo y apelar posteriormente a un esquema de transferencias que lograra que los consumidores le pasaran a las empresas un monto equivalente a la suma de las áreas “1+2+3”. Cualquier otra asignación eficiente que estuviera en un punto intermedio en términos de distribución del ingreso podría obtenerse también a través de un esquema similar, en el cual –luego de llegarse a un equilibrio competitivo– algunos agentes económicos le transfirieran parte de sus excedentes a otros.

### 2.3. Poder de mercado

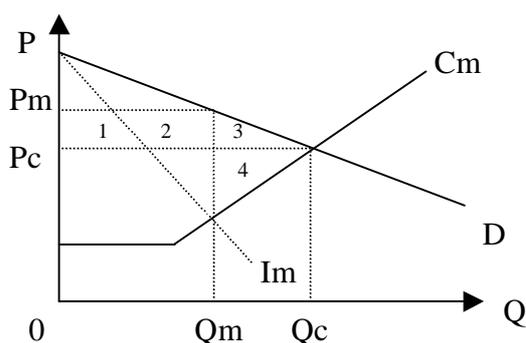
La economía define al poder de mercado de un agente económico como la capacidad que tiene el mismo de influir sobre los precios vigentes en un mercado. Dicho poder de mercado puede aparecer tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, un agente económico puede tener poder de mercado como vendedor o como comprador de un bien o servicio. La ausencia de poder de mercado implica en cambio que el agente en cuestión se comporta como “tomador de precios”, que es el comportamiento que se supone que tienen tanto los oferentes como los demandantes en un mercado competitivo.

La existencia de poder de mercado tiene como implicancia económica principal el hecho de que el agente que lo posee puede elegir entre vender (o comprar) los bienes a distintos precios. Obviamente, esta elección está limitada por las condiciones de la demanda (o de la oferta) que el agente en cuestión enfrente. La regla general es que, para aumentar su precio, el vendedor con poder de mercado debe estar dispuesto necesariamente a resignar parte de la cantidad que puede vender, y que por lo tanto su decisión debe ser tomada teniendo en cuenta esa relación. Esto difiere significativamente de la manera de tomar decisiones de un tomador de precios, que puede decidir aumentar o disminuir las cantidades que compra o vende sin que se modifiquen los precios que paga y cobra.

Como vimos en el apartado 2.1, el comportamiento que la economía asigna a las empresas privadas es en general el de la maximización de sus beneficios. Esto implica que, dado el conocimiento que tengan esas empresas de sus condiciones de demanda y de costos, las mismas intentarán fijar sus precios de modo de hacer máxima la diferencia entre sus ingresos y sus costos totales. Si los costos totales son crecientes respecto de las cantidades vendidas y los ingresos tienen en cambio un comportamiento ambiguo (ya que vender más implica necesariamente tener que reducir el precio de venta), la maximización de beneficios se produce en el punto en el cual incrementar la cantidad vendida deje de generar un ingreso adicional que compense el costo adicional de la misma. Esto se conoce en economía como la regla por la cual el ingreso marginal se iguala con el costo marginal.

Una característica importante de toda situación en la cual la empresa tiene poder de mercado es que su ingreso marginal tiene un valor inferior al precio al cual se venden las unidades comercializadas. Esto es así porque reducir precios para vender más implica no sólo vender unidades adicionales por un importe menor, sino también reducir el precio de las unidades que ya se vendían antes. Esto hace que el ingreso que se obtiene por vender una unidad más no sea nunca igual al precio de dicha unidad, sino a la resta entre dicho precio y el efecto negativo de la venta adicional sobre los ingresos generados por las unidades anteriores.

**Gráfico 2.5**



El gráfico 2.5 ilustra una situación en la cual una empresa tiene poder de mercado como vendedora de un bien “Q”. Se ve en él que, como la demanda de dicho bien (D) tiene pendiente negativa, el ingreso marginal que la empresa enfrenta (Im) es siempre inferior al correspondiente precio de demanda. Para maximizar sus beneficios, esta empresa con poder de mercado elige producir una cantidad “Qm”, para la cual “Im”



discriminación de precios. Por ejemplo, si un monopolista puede vender cada unidad a un precio diferente, entonces dicho agente económico puede vender cantidades adicionales sin necesidad de reducir el precio de las unidades que ya vendía. Esto hace que le resulte posible aprovechar toda su demanda de modo de que cada comprador pague un precio que sea exactamente igual al valor marginal que le asigna a lo que compra, con lo cual el monopolista encontrará rentable vender hasta el punto en el cual su costo marginal se iguale con dicho valor marginal. Esto implicará elegir una cantidad igual a la que se comerciaría en un mercado perfectamente competitivo (“ $Q_e$ ”, en el gráfico 2.4), pero con la diferencia de que ahora todo el excedente generado en el mercado (“ $1+2+3+4+5+6$ ”) pasará a ser un beneficio del vendedor monopolista.

Otra situación en la cual el poder de mercado puede no generar ineficiencias es cuando tanto los oferentes como los demandantes tienen capacidad para influir sobre los precios. En una situación como ésta, el poder de mercado de cada parte sirve en cierto modo para contrarrestar el poder de mercado de la otra, y los precios dejan de surgir de la interacción anónima entre oferta y demanda y pasan a generarse como fruto de una negociación. Si dicha negociación tiene lugar en un contexto en el cual existen mecanismos adecuados para lograr acuerdos entre oferentes y demandantes, la misma podrá concluir en un punto en el cual todos estarán de acuerdo en comerciar la cantidad eficiente (para de ese modo maximizar el excedente total) y lo que se discutirá será el modo en el cual se reparte el excedente generado (es decir, el precio al cual se intercambia el bien en cuestión). Un ejemplo de esta situación se da en ciertos casos de monopolio bilateral, que es un mercado en el cual coexisten un único oferente y un único demandante.

## **2.4. Interacción estratégica**

Una de las principales características que tienen los mercados perfectamente competitivos es la ausencia de interacción estratégica entre los agentes económicos que actúan en ellos. Esto implica que cada oferente o demandante percibe que sus beneficios dependen de sus propias decisiones y de una serie de variables exógenas sobre las cuales no tiene control, pero no de las acciones que individualmente puedan tomar otros oferentes o demandantes. Esta particularidad de los mercados competitivos tiene que ver con la idea implícita de que en ellos existe un gran número de compradores y vendedores, y que cada uno es lo suficientemente pequeño como para que su influencia sobre el precio y la cantidad de equilibrio resulte insignificante.

Cuando la economía quiere estudiar otros mercados en los cuales el número de oferentes o demandantes es pequeño (llamados, respectivamente, oligopolios y oligopsonios) resulta sin embargo necesario tener en cuenta la existencia de interacciones estratégicas entre los agentes económicos, es decir, la consideración explícita que cada uno de ellos hace de los efectos que las acciones de otros tienen sobre sus propios beneficios. La principal herramienta que se utiliza para representar esta interacción es la teoría de los juegos. Esta es una técnica que sirve para resolver problemas en los cuales varios actores están tomando decisiones al mismo tiempo, teniendo en cuenta las decisiones que toman o creen que van a tomar los otros actores del problema. El nombre de esta técnica se origina en que esta manera de ver la interacción entre los agentes económicos se asemeja a la que se utiliza para analizar un juego de estrategia, en el cual cada jugador elige sus movimientos pensando en las reacciones de sus rivales.

Para que una situación pueda ser modelada como un juego, resulta necesario especificar tres elementos básicos: los jugadores (que pueden ser, por ejemplo, las empresas que ofrecen su producto en un mercado), las estrategias de los mismos (que pueden ser, por ejemplo, los precios que cada empresa puede cobrar) y los resultados (que son los beneficios que cada jugador obtiene cuando tanto él como los demás jugadores están eligiendo determinadas estrategias). El concepto principal que se utiliza para predecir el resultado de un juego es el de “equilibrio de Nash”, propuesto originalmente por Nash (1950). Dicho equilibrio se da en una situación en la cual cada jugador está llevando a cabo la mejor estrategia posible desde su punto de vista, teniendo en cuenta las estrategias que están llevando a cabo los demás.

Entre otras múltiples aplicaciones, la teoría de los juegos sirve para explicar el comportamiento competitivo de las empresas en una situación de oligopolio. Supongamos por ejemplo que en un mercado existen sólo dos oferentes (E1 y E2), cada uno de los cuales tiene que elegir entre una estrategia que implica cobrar un precio alto (Pa) y otra que implica cobrar un precio bajo (Pb). Cada uno de ellos sabe que, si ambos cobran precios altos, el resultado será una situación en la cual se reparten entre los dos el beneficio de monopolio ( $B_m/2$ ), y que si ambos cobran precios bajos terminarán con un beneficio menor equivalente al de competencia ( $B_c < B_m/2$ ). Sin embargo, saben también que si uno de ellos cobra un precio alto y el otro un precio bajo, este último se quedará con todo el mercado y condenará al primero a tener pérdidas equivalentes a sus costos fijos (-F). En tal caso, el que cobra precios bajos obtendrá un beneficio total (Bt) mayor que “ $B_m/2$ ” pero menor que “Bm”.

**Gráfico 2.7**

		E2	
		Pa	Pb
E1	Pa	$B_m/2, B_m/2$	-F, Bt
	Pb	Bt, -F	$B_c, B_c$

El gráfico 2.7 ilustra una situación como la descrita a través de una matriz de beneficios en la cual las estrategias de la empresa 1 aparecen representadas como filas y las de la empresa 2 como columnas, y cada casillero nos muestra los beneficios de una y otra empresas. Para hallar el equilibrio de Nash en la matriz en cuestión debe analizarse qué es lo que le conviene hacer a cada jugador ante cada posible estrategia del otro. Surge así que, si E2 decide cobrar un precio alto, a E1 le conviene cobrar un precio bajo (ya que “ $B_t > B_m/2$ ”), y que dicha estrategia es también la mejor para E1 si E2 decide cobrar un precio bajo (ya que “ $B_c > -F$ ”). Como ese razonamiento resulta idéntico para evaluar las posibles estrategias de E2, el equilibrio de Nash es una situación competitiva en la cual las dos empresas cobran precios bajos y los beneficios son “ $B_c, B_c$ ”.

En una situación diferente de la expuesta, el equilibrio de Nash podría implicar que las dos empresas terminaran cobrando precios altos, como consecuencia de un acuerdo explícito o tácito entre ellas (usualmente denominado “colusión”). Para que esto se dé, es necesario suponer que las empresas interactúan entre ellas durante un largo período de tiempo, y que sus estrategias son cobrar “Pa” mientras la otra empresa

también lo haga y cobrar “Pb” inmediatamente después de detectar que la otra empresa cobró “Pb”. En una situación como esa (que implica que cada jugador toma decisiones muchas veces, y que por lo tanto estamos en presencia de un “juego dinámico”), el cobrar “Pb” hace que una empresa gane un beneficio mayor durante un corto lapso de tiempo, pero se condene a tener un beneficio menor en el futuro. Si dicho futuro es indeterminado y suficientemente valorado por las empresas, cada una de ellas preferirá ceñirse al acuerdo de cobrar siempre “Pa” y hacer que perdure una situación en la cual cada una obtiene un beneficio igual a  $B_m/2$ .

## 2.5. Externalidades reales y bienes públicos

Cuando en el apartado 2.2 vimos la relación existente entre equilibrio competitivo y eficiencia, cuya expresión formal es el primer teorema de la economía del bienestar, supusimos explícitamente que todo el excedente que se generaba en un mercado quedaba en manos de los oferentes o de los demandantes del mismo. Sin embargo, cuando las transacciones que se efectúan en un mercado impactan sobre personas que no participan en dicho mercado, esta relación entre equilibrio y óptimo se altera.

En economía, se conoce con el nombre de “externalidad real” al efecto directo que la producción o el consumo de un determinado bien o servicio tiene sobre los excedentes de otros agentes económicos distintos de sus oferentes o demandantes. Las externalidades reales son uno de los posibles “fracasos de los mercados competitivos”, en el sentido de que se dan en circunstancias en las cuales el equilibrio competitivo lleva al mercado a producir y vender una cantidad distinta de la que sería socialmente eficiente. La causa de dicha ineficiencia es que, si un bien genera externalidades reales, aparecen ciertos beneficios surgidos del consumo (o de la producción) del bien en cuestión que son aprovechados por personas distintas a sus demandantes, o bien surgen costos que provienen de la producción (o del consumo) de dicho bien y que no son erogados por los oferentes del mismo. Esta diferencia entre beneficios y costos privados (los de los demandantes y oferentes) y sociales (que incluyen además los efectos sobre terceras personas que no participan directamente del mercado) es la que hace que el primer teorema de la economía del bienestar no rija en una situación de externalidades reales. Esto se debe a que el “valor social” de la cantidad producida y vendida es diferente al “valor privado” que la misma tiene para los demandantes del bien en cuestión, o a que el “costo social” de dicha cantidad es diferente del “costo privado” que afrontan quienes ofrecen el producto.

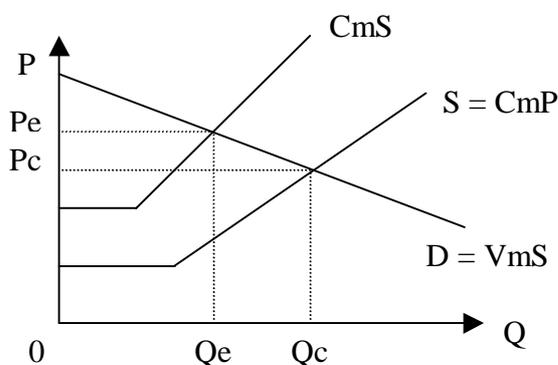
Las externalidades reales se clasifican en dos grandes grupos: externalidades positivas y externalidades negativas. Las primeras son las que implican la existencia de terceros que se benefician por la cantidad producida y vendida en un determinado mercado. Así, por ejemplo, un aumento en el volumen de pasajeros transportados en un tren subterráneo puede tener un efecto positivo sobre el excedente de los automovilistas y de los pasajeros transportados en ómnibus, debido a que uno de sus efectos es descongestionar las calles y permitir que los viajes que se efectúan en las mismas se hagan más rápido. Las externalidades negativas, en cambio, implican que lo que hay son terceros que sufren un perjuicio por la cantidad producida y vendida en un determinado mercado. Un mayor consumo de combustible por parte de los automovilistas del ejemplo anterior significa probablemente un perjuicio para los peatones que circulan por las calles y sufren la contaminación que dicho combustible crea, el cual puede repercutir

en mayores costos en términos de tratamiento de enfermedades y de reducción de la esperanza de vida de dichos peatones.

Otra clasificación común de las externalidades reales es la que las divide en externalidades en la producción y externalidades en el consumo. Los dos ejemplos mencionados en el párrafo anterior son externalidades en el consumo, ya que es esta actividad (el consumo de servicios de tren y el consumo de combustible) la que genera beneficios y costos a terceros (en dichos casos, a los automovilistas y a los peatones). Si quien contamina el aire es una fábrica que elabora productos químicos, en cambio, el efecto negativo sobre el bienestar de los moradores de las zonas vecinas a la fábrica sería un externalidad en la producción, ya que es esta actividad (y no el consumo en sí de los productos químicos) la que genera el correspondiente aumento en los costos en salud.

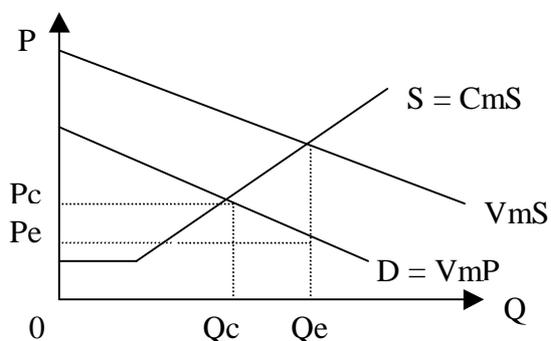
En el gráfico 2.8 aparece representado un ejemplo de externalidad negativa que muestra por qué un mercado competitivo llega a una solución ineficiente que no maximiza el excedente total. Como, a consecuencia de la externalidad, el costo marginal social (CmS) de la cantidad producida y vendida es mayor que el costo marginal privado (CmP), el punto de equilibrio competitivo en el cual la oferta se iguala con la demanda ( $S = D$ ) se da para una cantidad mayor que la eficiente ( $Q_c > Q_e$ ), ya que lo que se está igualando allí con el valor marginal social de la cantidad comerciada (VmS) es “CmP” y no “CmS”. El precio de equilibrio competitivo del mercado en cuestión ( $P_c$ ) resulta entonces menor que el precio de eficiencia ( $P_e$ ) que sería necesario para inducir a los compradores a demandar la cantidad socialmente óptima.

**Gráfico 2.8**



La ineficiencia del equilibrio competitivo en situaciones de externalidades reales se verifica también si lo que se da es una externalidad positiva en vez de una externalidad negativa, tal como aparece en el gráfico 2.9. En él se ve que, si el valor marginal social de la cantidad comerciada es superior al valor marginal privado (VmP), entonces el equilibrio competitivo nos lleva a una cantidad menor que la eficiente ( $Q_c < Q_e$ ), resultado de igualar “S” con “D” y por ende “CmS” con “VmP” (en vez de hacerlo con “VmS”). Un corolario de esto es que en dicha circunstancia el precio de equilibrio competitivo es más alto de lo que sería el precio necesario para inducir a los demandantes a adquirir la cantidad que maximiza el beneficio social total ( $P_c > P_e$ ).

**Gráfico 2.9**



Una fuente alternativa de fracaso de los mercados competitivos, semejante en ciertos aspectos a las externalidades reales, es la que tiene lugar en situaciones en las que los bienes o servicios provistos tienen características de “bienes públicos”. En economía se define como un bien público a aquél que, aunque sea consumido por una persona, puede ser consumido conjuntamente por otras (es decir, que la misma unidad de dicho bien o servicio es consumida por varias personas simultáneamente).

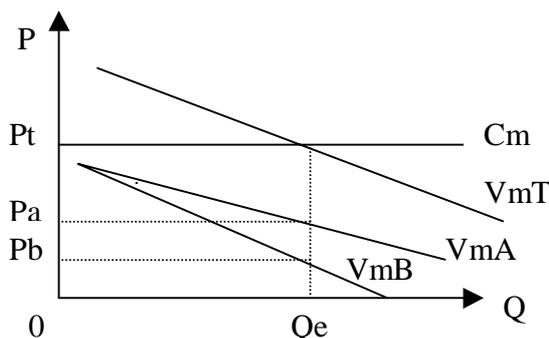
Los denominados “bienes públicos puros” exhiben una característica adicional que es la dificultad para excluir a terceros. Esto implica que, cuando se provee una determinada cantidad de un bien público puro resulta imposible (o muy costoso) impedir que dicho bien no sea consumido por personas que no han pagado por el mismo. Éste es en rigor el principal problema que tienen los bienes públicos para ser provistos a través de mercados competitivos, debido a que la dificultad de excluir a los no pagadores hace que la verdadera demanda por su provisión no aparezca fácilmente. Este fenómeno se conoce en la literatura económica con el nombre de problema del “aprovechamiento gratuito” (*free-riding*), y se deriva del hecho de que quien está dispuesto a pagar por el bien público en cuestión tiene la opción individualmente más atractiva de aprovecharse gratuitamente de las cantidades que hayan decidido adquirir otras personas.

Los bienes públicos se clasifican en locales y globales. Los primeros son los que son consumidos conjuntamente por un grupo limitado de personas, ubicados en un área geográfica reducida. Un ejemplo de esto es la luz producida por un farol de alumbrado público. La misma es consumida conjuntamente por todos los vecinos del lugar en el cual está emplazado el farol (y por todos los que pasan por allí) y resulta imposible excluir a nadie de su uso, pero los beneficios que genera se esparcen en un área muy limitada. Un bien público global sería en cambio la defensa nacional (que es consumida conjuntamente por todos los habitantes de un país).

Para determinar la cantidad eficiente que debería proveerse de un bien público resulta necesario sumar las valoraciones marginales que del mismo tienen las distintas personas que van a consumirlo, e igualar dicha suma con el costo marginal de proveer una unidad del bien público en cuestión. Tal igualdad es la que aparece representada en el gráfico 2.10, en el cual hemos supuesto el caso de un bien consumido conjuntamente por dos personas (A y B), cada una de las cuales le asigna a las distintas unidades del bien un cierto valor marginal (“VmA” y “VmB”), cuya suma es igual a “VmT”. Para

que se maximice el beneficio total generado por la provisión del bien público bajo análisis resulta necesario que “VmT” se iguale con el costo marginal de proveer el bien (Cm), situación que se da para la cantidad “Qe”. Si quisiéramos seguir un criterio de financiación del bien público semejante al de un mercado competitivo, este costo marginal tendría que igualarse a un cierto precio total (Pt), surgido de sumar las contribuciones de los dos individuos beneficiados (“Pa” y “Pb”).

**Gráfico 2.10**



## 2.6. Incertidumbre y riesgo

Existen numerosas situaciones de la vida económica en las cuales los agentes involucrados deben tomar sus decisiones sin conocer a ciencia cierta qué es lo que va a ocurrir con algunas variables relevantes. Dichas situaciones implican la existencia de incertidumbre. Un caso especial dentro de estas situaciones se da cuando los agentes económicos pueden definir dentro de qué valores van a moverse las variables sujetas a incertidumbre y asignarle ciertas probabilidades a dichos valores. Esta clase de incertidumbre es la que se asocia al concepto de “riesgo”, y es la que se utiliza con mayor asiduidad en el análisis económico. Dentro de las situaciones de riesgo, a su vez, puede tener importancia distinguir entre casos en los cuales la fuente de incertidumbre es externa al mercado bajo análisis (y por lo tanto no depende de las acciones de los oferentes y demandantes) y casos en los cuales la incertidumbre tiene su origen en las decisiones de los agentes económicos que participan en dicho mercado. Al primero de tales casos se lo denomina “riesgo exógeno”; al segundo, “riesgo endógeno”.

La forma en la cual la economía modela las situaciones de riesgo parte de la definición de los posibles valores de las variables inciertas. Cada una de dichas posibilidades implica la ocurrencia de una determinada situación, a la que se denomina “estado de la naturaleza”. A su vez, a cada estado de la naturaleza se le asigna una cierta probabilidad, la cual puede depender de condiciones conocidas respecto del proceso que genera la incertidumbre (probabilidad objetiva) o de las creencias de los agentes económicos respecto de la factibilidad que tienen cada una de las posibles situaciones alternativas (probabilidad subjetiva). Por ejemplo, cuando decimos que la probabilidad de que una moneda arrojada al aire salga “cara” en vez de “ceca” es 1/2, estamos asignando una probabilidad objetiva basada en un conocimiento cierto respecto del número de lados que dicha moneda tiene y de la forma de la misma. Por el contrario, cuando un agente económico le asigna una cierta probabilidad subjetiva a que el precio de un bien aumente o disminuya, está utilizando ciertos conocimientos teóricos respecto

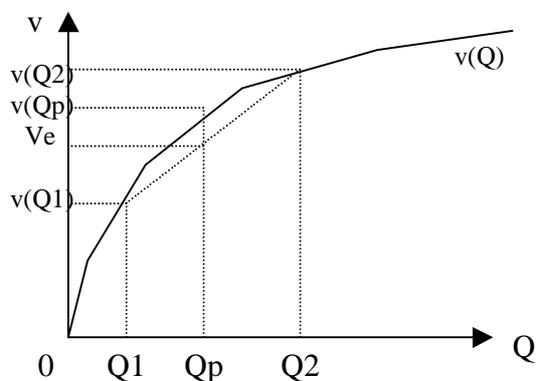
de cómo se forma dicho precio y ciertas observaciones históricas respecto de la evolución pasada del mismo, pero fundamentalmente está aplicando un conjunto de creencias que lo inducen a pensar de una manera u otra.

Para analizar el efecto de la incertidumbre sobre las decisiones de un agente económico, la economía ha introducido el concepto de “utilidad esperada”. Dicha utilidad surge de promediar el valor que le asigna ese agente económico a las cantidades que puede consumir en cada estado de la naturaleza, ponderado por las probabilidades de dichos estados. Si suponemos, por ejemplo, que existen dos estados de la naturaleza (1 y 2), que las probabilidades de tales estados son “ $\pi$ ” y “ $1-\pi$ ” y que en cada uno de ellos un consumidor puede consumir las cantidades “ $Q_1$ ” y “ $Q_2$ ” de cierto bien, entonces la utilidad esperada de ese consumo ( $V_e$ ) es la siguiente:

$$V_e = \pi \cdot v(Q_1) + (1-\pi) \cdot v(Q_2) \quad ;$$

donde “ $v$ ” es una función que le asigna valores a las distintas cantidades que pueden darse en cada estado de la naturaleza. Un supuesto habitual respecto de la forma de “ $v$ ” es que la misma es creciente respecto de la cantidad consumida pero que dicho crecimiento se produce de manera menos que proporcional (o sea, que la función es “cóncava”). En un contexto de incertidumbre esta propiedad determina lo que se conoce como “aversión al riesgo”, que implica que la utilidad esperada que tiene para una persona una combinación de cantidades “ $Q_1, Q_2$ ” es menor que la utilidad que tendría para esa persona consumir siempre el promedio de “ $Q_1$ ” y “ $Q_2$ ” (ponderado por “ $\pi$ ” y “ $1-\pi$ ”).

**Gráfico 2.11**



En el gráfico 2.11 hemos representado una función de valuación “ $v$ ” de una persona aversa al riesgo en una situación en la cual las probabilidades “ $\pi$ ” y “ $1-\pi$ ” son ambas iguales a  $1/2$ . En él se observa el valor que dicha persona le asigna a dos cantidades distintas “ $Q_1$ ” y “ $Q_2$ ” y a la cantidad promedio entre ambas ( $Q_p$ ). También aparece representada la utilidad esperada ( $V_e$ ) de consumir “ $Q_1$ ” con una probabilidad “ $\pi$ ” y “ $Q_2$ ” con una probabilidad “ $1-\pi$ ”, que no es otra cosa que el promedio entre “ $v(Q_1)$ ” y “ $v(Q_2)$ ”. Como puede observarse, la concavidad de “ $v$ ” hace que “ $v(Q_p)$ ” sea mayor que “ $V_e$ ”, y esta diferencia de valoración puede interpretarse como un costo subjetivo que para este consumidor tiene estar en una situación de incertidumbre respecto de estar en una situación equivalente en la cual la incertidumbre no existiera. Si la función de valuación “ $v$ ” no fuera estrictamente cóncava sino que tuviera una forma

de línea recta, “ $v(Q_p)$ ” tendría el mismo valor que “ $V_e$ ” y el mencionado costo subjetivo no existiría. En tal circunstancia diríamos que el agente económico en cuestión no es averso sino “neutral al riesgo”, y por lo tanto le resulta indiferente consumir “ $Q_1$ ” con probabilidad “ $\pi$ ” y “ $Q_2$ ” con probabilidad “ $1-\pi$ ” que consumir “ $Q_p$ ” en los dos estados de la naturaleza.

La existencia de distintos agentes económicos más o menos aversos al riesgo genera la posibilidad de que los mismos quieran negociar entre sí acerca de sucesos que pueden darse con mayor o menor probabilidad. Si el estado de la naturaleza 1 fuera “robo de dinero” y el estado de la naturaleza 2 fuera “no robo de dinero”, el dueño del dinero en cuestión podría estar dispuesto a desprenderse de parte del numerario del que dispondría en el estado 2 (que es cuando no sufre ningún robo) a cambio de que lo resarcieran de parte o de toda la pérdida que puede sufrir en el estado 1 (es decir, cuando le roban). Un agente económico menos averso al riesgo podría estar interesado en aceptar un intercambio como el antedicho, que no sería otra cosa que un seguro contra robo. Otra forma que tendría el primer individuo de lograr un resultado parecido sería diversificar su tenencia de dinero y cambiarla por una “cartera de inversiones” que incluyera también acciones, inmuebles, depósitos bancarios, etc. Con ese intercambio reduciría la pérdida a sufrir en el estado 1, si bien comenzaría a enfrentar otras contingencias que anteriormente no tenía en cuenta (por ejemplo, bajas en el precio de las acciones, catástrofes que pueden deteriorar los inmuebles, quiebras de bancos, etc) y que le generarían nuevos riesgos. De cualquier modo, la diversificación le serviría para evitar que una contingencia en particular le afectara su patrimonio de manera demasiado grande y haría que en cualquier circunstancia razonable tuviera en su poder el ingreso necesario para hacer frente a la misma.

Cuando dos personas intercambian entre sí promesas condicionadas al cumplimiento de determinados hechos, resulta posible que dichos hechos se vean afectados por las acciones de alguno de los participantes. Si, continuando con el ejemplo del párrafo anterior, suponemos que un individuo decide tomar un seguro contra robo, dicha decisión se verá seguramente influida por el precio del seguro, por la cobertura y por la probabilidad de ocurrencia del robo ( $\pi$ ). Pero esta última probabilidad puede no ser enteramente exógena sino estar determinada por el nivel de precaución del asegurado. En cierto sentido, por lo tanto, el individuo puede influir sobre el valor de “ $\pi$ ”, con lo que el riesgo al que se enfrenta (y que hace correr al asegurador) es en cierta medida un resultado del propio contrato de seguro. A este tipo de situación de riesgo endógeno se la denomina “riesgo moral” (*moral hazard*), y es una fuente adicional de fracaso de los mercados competitivos. En efecto, si el asegurador sabe que –como consecuencia de tomar un seguro– el asegurado tiene menos incentivos para tomar precauciones que puedan evitar los robos, entonces estará menos proclive a ofrecer seguros o los ofrecerá a precios más altos. Como consecuencia de esto la cantidad comerciada en el mercado de seguros será menor que la socialmente óptima, y quedarán algunos asegurados potenciales sin contratar seguros y algunos aseguradores potenciales sin ofrecerlos.

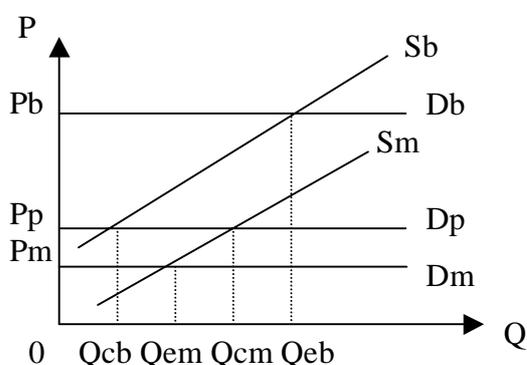
## **2.7. Información asimétrica**

El fenómeno de riesgo moral mencionado en el apartado anterior es un ejemplo de una situación de información asimétrica, en la cual un agente económico que actúa en un mercado (en ese caso, el asegurado) tiene mayor control sobre el riesgo que se genera en el mismo que otro (en ese caso, el asegurador). En dicha circunstancia, la

asimetría informativa se debe a la existencia de acciones que efectúa uno de los agentes económicos que están ocultas para el otro (por ejemplo, el nivel de precaución). La otra fuente posible de asimetría informativa se da cuando un agente económico o un grupo de agentes económicos tiene mayor conocimiento que el resto respecto de las características del bien que se comercia en el mercado. Esta situación de “conocimiento oculto” genera que ciertos agentes económicos (por ejemplo, los oferentes) actúen en un contexto de menor incertidumbre que otros (por ejemplo, los demandantes) y que dicha interacción determine divergencias entre los valores de lo que se está comerciando para uno y otro grupo.

El caso clásico de una situación de conocimiento oculto, estudiado originalmente por Akerlof (1970), se da en los mercados en los que se comercian bienes de distinta calidad y en los cuales dicha calidad resulta difícilmente determinable. Un ejemplo de esto puede ser un mercado de automóviles usados, en el cual los oferentes tengan mayor conocimiento que los demandantes respecto de las características de las unidades que se comercian (en virtud de que las han utilizado durante cierto tiempo). El efecto de esta asimetría informativa es que, mientras los oferentes conocen con mayor certeza el valor que tiene para ellos lo que están vendiendo, los demandantes sólo pueden evaluar dicho valor de manera probabilística. Así, si el automóvil que va a adquirir puede tener mayor o menor calidad, el demandante sabe que el valor esperado de su compra es un promedio de los valores que tienen para él los automóviles de las distintas calidades posibles, ponderados por las respectivas probabilidades de ocurrencia de dichas calidades.

**Gráfico 2.12**



El gráfico 2.12 ilustra un caso en el cual existen dos posibles niveles de calidad y en el que la demanda de automóviles depende de los valores marginales que tienen para los compradores los autos buenos ( $D_b$ ) y los autos malos ( $D_m$ ), cuyo promedio ponderado determina un valor esperado ( $D_p$ ). La oferta, en cambio, está perfectamente separada entre una oferta de autos buenos ( $S_b$ ) y una de autos malos ( $S_m$ ), que responde al valor marginal que tienen dichas unidades para los respectivos vendedores. Las cantidades eficientes de autos buenos ( $Q_{eb}$ ) y malos ( $Q_{em}$ ) que deberían intercambiarse serían aquéllas para las cuales “ $D_b$ ” se igualara con “ $S_b$ ” y “ $D_m$ ” se igualara con “ $S_m$ ”. Sin embargo, debido al problema de información asimétrica, el equilibrio competitivo se determina donde tanto “ $S_b$ ” como “ $S_m$ ” se igualan con “ $D_p$ ”. Esto hace que la

cantidad comerciada de autos buenos sea menor que la eficiente ( $Q_{cb} < Q_{eb}$ ) y que la cantidad de autos malos sea mayor ( $Q_{cm} > Q_{em}$ ).

El fenómeno de ineficiencia expuesto recibe el nombre de “selección adversa”, y consiste en una situación en la cual se termina comerciando más que lo eficiente de los bienes de menor calidad y menos que lo eficiente de los bienes de mayor calidad. Otro ejemplo paradigmático de esta situación se da en el mercado de los seguros, cuando los asegurados conocen mejor que los aseguradores las verdaderas características del riesgo que están asegurando. Si, por ejemplo, los aseguradores no pueden distinguir entre dos individuos cuyo riesgo de sufrir un accidente es diferente, el individuo de mayor riesgo terminará pagando el mismo precio por asegurarse que el individuo de menor riesgo. Esto inducirá a que sean precisamente los individuos de mayor riesgo los que se aseguren más, y hará que el precio del seguro tienda a subir (ya que surgirá de un promedio en el cual tendrán mayor ponderación los individuos de mayor riesgo y menor ponderación los individuos de menor riesgo). En el caso del mercado de automóviles usados, la selección adversa tiene por efecto inducir una baja del precio, ya que la imposibilidad de distinguir entre autos buenos y malos hace que se comercien proporcionalmente más autos malos y menos autos buenos, y que por lo tanto el precio promedio ponderado se reduzca. Es por eso que en el gráfico 2.12 el valor de “Pp” se encuentra relativamente más cerca de “Pm” que de “Pb”.

### **3. Derechos de propiedad**

Los derechos de propiedad son derechos que crean una relación directa entre las personas (sujeto del derecho) y determinados activos tangibles o intangibles (objeto del derecho). Esta relación no nace de una obligación contractual adquirida por una persona respecto de otra, por lo cual los derechos de propiedad tienen la particularidad de que pueden ejercerse contra cualquiera que pretenda perturbar su goce.

En el derecho privado argentino, los derechos de propiedad aparecen divididos en dos grandes categorías: derechos reales (en los cuales el objeto es un activo tangible o “cosa”) y derechos de propiedad intelectual (en los cuales el objeto es un activo intangible). Los primeros se rigen básicamente por disposiciones contenidas en el Código Civil, en tanto que los segundos son objeto de una serie de leyes específicas que se consideran complementarias del Código Civil o del Código de Comercio. En ambos casos, se trata de derechos cuya creación sólo puede hacerse por ley. El régimen legal argentino reconoce así nueve derechos reales (dominio, condominio, propiedad horizontal, usufructo, uso y habitación, servidumbres activas, hipoteca, prenda y anticresis) y cinco derechos de propiedad intelectual (marcas, designaciones, patentes, modelos de utilidad y derechos de autor).

La economía positiva suele tomar a los derechos de propiedad como un dato, que sirve para definir el carácter de oferente o demandante de un agente económico en un mercado. En otras circunstancias, la economía normativa suele analizar la conveniencia de políticas que implican una redistribución o redefinición de los derechos de propiedad entre los agentes económicos, estudiando sus efectos desde el punto de vista de la eficiencia o la equidad. Pero cuando se estudian los derechos de propiedad desde la perspectiva del análisis económico del derecho, lo que se busca principalmente es explicar (economía positiva) y evaluar (economía normativa) los criterios de asignación de tales derechos a las personas y las limitaciones al ejercicio de los mismos. Dichas explicaciones y evaluaciones se efectúan teniendo en cuenta el impacto de los derechos de propiedad sobre las externalidades, los bienes públicos, el poder de mercado y la distribución del ingreso.

#### **3.1. Propiedad y apropiabilidad**

El efecto económico principal de la asignación de derechos de propiedad sobre los activos tangibles e intangibles es que dicha asignación permite la apropiación de los beneficios que tales activos generan. La apropiación implica que quien posee ciertos derechos de propiedad sobre una determinada fuente de ingresos es también acreedor a los ingresos que dicha fuente genera, y puede por lo tanto excluir del goce de tales ingresos a cualquier otra persona que no posea los derechos de propiedad en cuestión.

La relación entre propiedad y apropiabilidad tiene un impacto significativo sobre las decisiones de inversión de los agentes económicos (es decir, sobre las decisiones que implican erogaciones en un momento del tiempo con el objetivo de obtener beneficios en un momento futuro). Si los beneficios generados por una inversión no son apropiables por parte del agente económico que efectuó dicha inversión, entonces el incentivo para realizarla se volverá inexistente. Si, en cambio, los agentes económicos pueden apropiarse de todos los beneficios incrementales que generan sus decisiones de inversión, no sólo aparecerán incentivos para invertir sino que –bajo ciertos supuestos– dichos incentivos generarán un nivel de inversión eficiente.

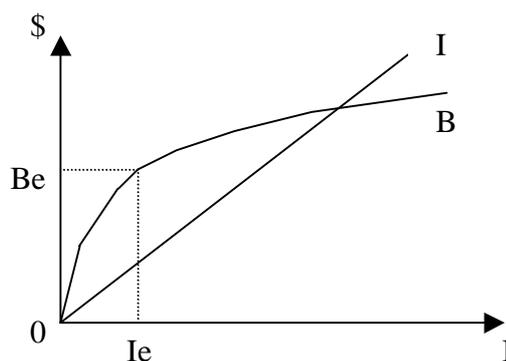
Para ver cómo explica la teoría económica la relación entre apropiabilidad y eficiencia y cómo dicha relación tiene que ver con la asignación de derechos de

propiedad, supongamos una situación en la cual la producción de un cierto bien (Q) que genera un beneficio neto (B) depende de la realización de una inversión (I). En una situación como ésta, puede definirse al beneficio social total de la actividad (BS) como la diferencia entre el beneficio neto y la inversión, y escribirse del siguiente modo:

$$BS = B[Q(I)] - I$$

Para que el beneficio social de la inversión sea máximo, resulta necesario que la sociedad invierta una cantidad para la cual todas las unidades de inversión generen beneficios positivos y deje de invertir en el punto en el cual dicha inversión comience a tener un costo superior al beneficio generado. En nuestro ejemplo, el costo de cada unidad de inversión ha sido normalizado como igual a uno, en tanto que el beneficio generado depende del efecto de dicha unidad sobre la producción de “Q” y del efecto de dicha producción sobre “B”. Si suponemos que tanto la productividad marginal de “I” como la utilidad marginal de “Q” son positivas pero decrecientes, llegará un punto en el cual invertir una unidad adicional generará un beneficio adicional exactamente igual al costo de la inversión (es decir, a uno). A partir de dicho punto (que en el gráfico 3.1 corresponde al nivel de inversión “Ie”), invertir más no incrementará sino que disminuirá el beneficio social total.

**Gráfico 3.1**



Si una inversión tiene lugar en un contexto en el cual los derechos de propiedad sobre los frutos que genera no le corresponden a la persona que realiza dicha inversión, el resultado es probablemente que la misma no se efectúe. Esto es así porque el que tiene que invertir sabe que su propio beneficio no se va a modificar como consecuencia de dicha inversión (es decir, va a ser marginalmente igual a cero), con lo cual su acción individualmente óptima va a ser aquella cuyo costo sea también nulo. En este caso, esto implica que el nivel de “I” también va a ser igual a cero.

Una manera de obtener un nivel de inversión eficiente en una situación con numerosos agentes económicos es a través de la creación de derechos de propiedad sobre los activos que se generan como consecuencia de la inversión (derechos reales de dominio, si son activos tangibles, o derechos de propiedad intelectual, si son intangibles) que generen a su vez derechos de propiedad sobre los bienes producidos con tales activos. En una situación como ésta, cada inversor percibirá un precio “P” por cada unidad del bien “Q” que produzca y venda, y dicho precio “P” se determinará como un precio de equilibrio competitivo entre oferta y demanda.

El problema de un inversor cualquiera, entonces, será maximizar su propio beneficio privado, eligiendo los niveles de “I” y “Q”. Para que dicha maximización se

produzca, el inversor elegirá el nivel de “T” tal que el valor de su productividad marginal (valuado al precio “P”) se iguale a uno (que es el costo marginal de una unidad de inversión adicional). Pero si el mercado en el cual se vende “Q” es competitivo, entonces “P” deberá igualarse también con el beneficio marginal de “Q” para los consumidores, con lo cual el valor de la productividad marginal de “T” será igual al producto de dicho beneficio marginal de “Q” por la mencionada productividad marginal de “T”. Esta condición de maximización del beneficio individual del inversor coincide por lo tanto con la condición de maximización del beneficio social total.

La equivalencia entre el equilibrio competitivo y el óptimo de Pareto se origina en este caso en que los derechos de propiedad sobre “Q” corresponden a quienes han efectuado los gastos de inversión necesarios para producir el bien en cuestión. Esto permite separar el beneficio social en porciones bien definidas: por un lado, habrá beneficios de los consumidores individuales que compren unidades de “Q” pagando “P” por unidad; por otro, habrá beneficios para los productores de “Q” que cobren el precio “P” por las unidades que produzcan y vendan como resultado de su inversión. Como, además, “P” surge como aquel precio para el cual la cantidad total ofrecida se iguala con la cantidad total demandada (y ningún agente económico individual tiene capacidad para influir sobre dicho precio), el resultado es que la maximización de las partes termina implicando que el beneficio social total también se hace máximo.

### **3.2. La tragedia de los comunes**

En el apartado anterior vimos cómo la asignación de derechos de propiedad sirve para resolver el problema de sub-inversión que se genera cuando quienes tienen a su cargo una decisión de inversión no reciben los beneficios que dicha inversión ayuda a generar. En este apartado analizaremos otro problema derivado de la asignación deficiente de los derechos de propiedad, que tiene lugar cuando existen recursos de propiedad común. Este problema, conocido como la “tragedia de los comunes”, explica por qué cuando un recurso es poseído conjuntamente por varios agentes económicos a la vez se genera un fenómeno de sobre-explotación de dicho recurso.

Tanto el problema de sub-inversión analizado en el punto precedente como el de sobre-explotación implicado en la tragedia de los comunes pueden enfocarse como casos en los cuales tienen lugar externalidades reales. En el caso anterior, se trataba de una externalidad positiva que quienes efectuaban la inversión le generaban a quienes se apropiaban de los beneficios de la misma; en éste, se trata de una externalidad negativa recíproca, por la cual quienes explotan el recurso común les generan costos al resto de los que participan en dicha explotación.

La tragedia de los comunes puede enfocarse como un ejemplo que ilustra los problemas de la propiedad común respecto de la propiedad privada de los recursos económicos, pero también puede verse como un ejemplo que muestra las desventajas del condominio respecto del dominio. La idea básica es que la explotación de un determinado recurso común es capaz de generar un beneficio (B) que depende de la producción de un bien (Q) que se extrae del recurso común. Cada condómino tiene a su vez costos ( $C_i$ ) que dependen no sólo de la cantidad de bien que extrae ( $Q_i$ ) sino del nivel de extracción total de todos los condóminos. Esto puede representarse suponiendo que los costos medios de extracción son una función creciente de “Q”, lo que implica que, a mayor nivel de explotación del recurso, mayores son los costos medios para todos los condóminos.

Para que en una actividad así el beneficio social sea máximo, el recurso debe explotarse fijando una cantidad total “Q” para la cual se dé que el beneficio marginal por la extracción (Bmg) de dicha cantidad sea igual al costo marginal social de esa extracción. Dicho costo marginal social (CmS) debe determinarse teniendo en cuenta el impacto de cada unidad adicional extraída sobre los costos de todos los condóminos, y no solamente sobre el costo del condómino que la extrae. Esto es así porque extraer una unidad más no sólo le eleva el costo medio a quien la extrae sino también a todos los otros condóminos. En fórmulas, esto puede expresarse del siguiente modo:

$$Bmg = CmSi = CmPi + EEi \quad ;$$

donde “CmPi” es el costo marginal privado del condómino “i” y “EEi” es el efecto externo que le genera a los costos del resto de los condóminos.

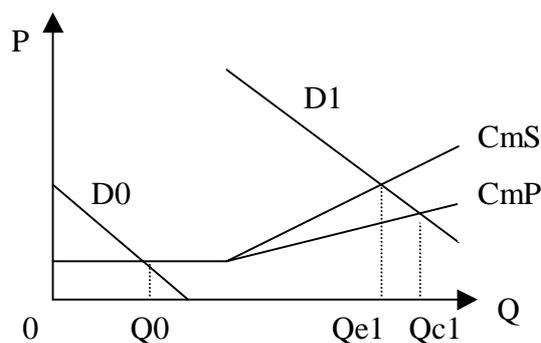
Si los condóminos venden el bien que extraen en un mercado competitivo, el ingreso marginal que obtendrán por cada unidad que extraigan será igual al precio (P) que cobrarán por su venta. Si el beneficio social de la extracción del bien es equivalente al beneficio para los consumidores del mismo, entonces dicho precio terminará igualándose también al beneficio social marginal. Pero a lo que no se igualará es al costo marginal social, ya que cada condómino sólo apreciará el efecto de su decisión de extracción sobre su costo privado y no sobre el costo del total de los afectados por su decisión. El equilibrio en una situación de propiedad común del recurso, por lo tanto implicará una cantidad “Q” para la cual se dé que:

$$Bmg = P = CmPi < CmSi \quad ;$$

lo cual traerá aparejado un nivel de explotación del recurso mayor que el eficiente.

Lo expuesto puede verse en el gráfico 3.2, en el cual hemos representado dos situaciones: con y sin tragedia de los comunes. En efecto, cuando la demanda por “Q” es D0, el costo marginal social es constante y extraer una unidad más no incrementa los costos medios de nadie (ni de quien la extrae ni de los demás condóminos). Cuando la demanda se incrementa a D1, en cambio, cruza las curvas de costos en un lugar en el cual el costo marginal es creciente, y por lo tanto existe un efecto privado (CmP) y un efecto externo que determina un costo social mayor (CmS). Cuando la demanda es D0, entonces, el equilibrio del mercado implica que la cantidad extraída es Q0 y nos lleva a una situación eficiente. Cuando la demanda es D1, en cambio, la cantidad extraída pasa a ser Qc1 (mayor que la cantidad eficiente Qe1) y el equilibrio de mercado se vuelve ineficiente.

**Gráfico 3.2**



Si resulta posible subdividir el recurso común entre los distintos condóminos, entonces la tragedia de los comunes se resuelve. Esto es así porque ahora cada condómino extrae el bien utilizando un stock de recurso sobre el cual sólo él tiene la propiedad, y por lo tanto su costo de producción pasa a ser función solamente de la cantidad de bien que él extrae. Esto hace desaparecer el efecto externo “EEi” y hace que el costo marginal privado de cada propietario se vuelva igual al respectivo costo marginal social.

Una solución que en ciertas circunstancias resulta equivalente a la anterior es que todos los condóminos le cedan sus derechos de explotación a un único agente económico, que pase a ser el único propietario del recurso común. El inconveniente que puede tener esto es que –si el recurso en cuestión es la única fuente de producción del bien– quien quede con el dominio del recurso habrá adquirido también poder monopólico sobre el mercado del bien, y se verá incentivado a extraer una cantidad menor que la eficiente con el objetivo de incrementar el precio de venta del bien. Si, en cambio, el mercado del bien extraído del recurso común sigue siendo competitivo, entonces el cambio de condominio a dominio tiene un efecto inequívoco de incremento de la eficiencia, ya que ahora el único dueño del recurso común tendrá incentivos para maximizar un beneficio privado que coincidirá con el beneficio social generado por la explotación del recurso.

### 3.3. El teorema de Coase

Los dos efectos de la creación de derechos de propiedad sobre los bienes y recursos económicos vistos en los apartados anteriores constituyen la base de uno de los resultados más importantes de la teoría económica aplicable al análisis del derecho. Este resultado puede considerarse como una transformación del primer teorema de la economía del bienestar mencionado en el apartado 2.2, y recibe habitualmente el nombre de “teorema de Coase”. Su origen está en un artículo de Ronald Coase (1960), de cuyo autor toma el nombre.

El teorema de Coase establece que, *si los derechos de propiedad están bien definidos y no existen costos de transacción, entonces el equilibrio de mercado es eficiente*. Por “derechos de propiedad bien definidos” este teorema interpreta una situación en la cual todos los bienes y recursos económicos tienen dueño y está claro cuáles son las limitaciones que existen para su goce y qué puede hacerse para remover dichas limitaciones. Por “ausencia de costos de transacción”, en cambio, lo que se entiende es que no existen costos de negociar la transferencia de derechos entre las partes ni de monitorear el cumplimiento de dichas transferencias.

La idea básica detrás del teorema de Coase es que la delimitación completa de los derechos de propiedad es un instrumento que sirve para resolver virtualmente todos los problemas de externalidades reales. Esto es así porque, en rigor, cualquier externalidad real puede interpretarse como una situación en la cual existe una indefinición respecto del derecho del que origina la externalidad para apropiarse de los beneficios que genera (o respecto de su obligación de hacer frente a los costos que acarrea) y al mismo tiempo existe una indefinición respecto de la obligación del que recibe la externalidad de pagar por los beneficios que recibe (o de cobrar por los costos que soporta). En el ejemplo de la inversión del apartado 3.1, quien realiza la inversión sin tener la propiedad sobre el bien que produce no es capaz de reclamarle a quienes luego utilizan dicho bien un pago compensatorio; en la tragedia de los comunes del apartado 3.2, ninguno de los que explota el recurso común le está pagando al resto de

los condóminos por el costo extra que les acarrea ni está recibiendo de ellos ningún pago por los perjuicios que ellos le ocasionan. Tanto un caso como el otro se solucionan asignando los derechos de propiedad de manera clara. Si el que efectúa la inversión es dueño del bien que se produce con esa inversión, ahora puede apropiarse de los beneficios generados por la misma; del mismo modo, si los condóminos se reparten el recurso común entre ellos, cada uno pasa a hacerse cargo de los costos que genera (porque el stock del recurso que disminuye con la explotación deja de ser grupal).

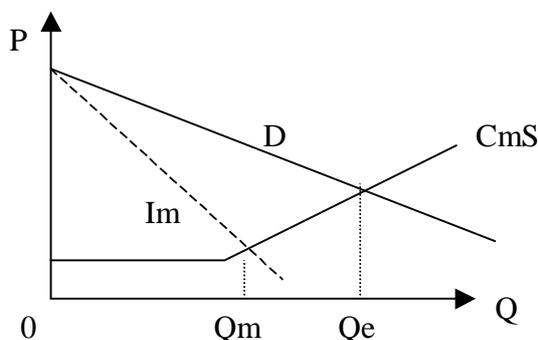
El mensaje del teorema de Coase, sin embargo, es más poderoso y sorprendente de lo que parece indicar la descripción anterior. Esto es así porque lo que el teorema expresa no es solamente que existe una asignación de derechos de propiedad que implica que los mercados llegarán luego a una solución eficiente; dice además que *cualquier asignación* de derechos de propiedad (siempre que la misma esté bien definida) garantiza dicha eficiencia. Esto puede verse en los casos analizados anteriormente. Si suponemos, por ejemplo, una situación en la cual quien efectúa una inversión no es el dueño del bien que se produce con dicha inversión (pero está claro que dicho dueño es un tercero perfectamente identificado), entonces el que tiene los derechos de propiedad sobre ese bien que eventualmente va a producirse puede ser capaz de asegurar dicha producción contratando la inversión a cambio de una determinada compensación monetaria. Del mismo modo, si el dominio sobre un recurso recae sobre una persona que no tiene interés en explotarlo (pero sus derechos de propiedad sobre el mismo están claros), el que quiera participar en la explotación tiene la posibilidad de efectuar una oferta para adquirir una porción del recurso en cuestión o para alquilar dicha porción por un determinado período de tiempo. Tanto en uno como en otro caso la externalidad que existía cuando los derechos de propiedad no estaban bien definidos ha desaparecido, y los beneficios y costos sociales terminan siendo tenidos en cuenta de algún modo por las personas responsables de tomar las decisiones.

Una característica importante del teorema de Coase es que la irrelevancia que postula respecto de la asignación de los derechos de propiedad tiene que ver con la eficiencia del resultado que se obtiene pero no con la distribución del ingreso que surge como consecuencia de dicha asignación. En efecto, si los derechos de propiedad sobre un recurso común se le asignan a uno solo de los condóminos, el resultado en cuanto a la distribución del ingreso será diferente al que se obtiene si el recurso se reparte por partes iguales entre todos los condóminos. Lo que el teorema de Coase dice es que, cualquiera sea el reparto de derechos que se haga originalmente, la posibilidad de efectuar transacciones garantizará el uso eficiente del recurso común. Si, por ejemplo, lo más eficiente es que una sola persona se dedique a la explotación del recurso, entonces el mercado llegará por sí solo a una solución por la cual todos los dueños de alguna fracción del mismo terminarán vendiéndole o alquilándole a dicha persona. Si, en cambio, lo más eficiente es que el recurso termine repartido entre muchas personas, un único dueño terminará aceptando fraccionar su propiedad y la venderá o dará en alquiler a múltiples interesados. Lo que diferirá entre una situación de asignación original múltiple a muchas personas y una asignación original única a una sola persona es quién pagará y quién cobrará por los derechos comerciados. En el caso de que todos los condóminos originales reciban derechos de propiedad sobre una fracción del recurso común, no tendrán que pagar nada para explotar dicha fracción y cobrarán una cierta suma si deciden venderla o alquilarla; en el caso de que sólo una persona quede con todos los derechos de propiedad, quienes quieran explotar el recurso deberán pagarle a dicha persona, la cual no necesitará comprarle nada a nadie si quiere explotar el recurso por sí misma.

La eficiencia del equilibrio de mercado en una situación de derechos de propiedad bien definidos depende crucialmente de la ocurrencia del supuesto contenido en el teorema de Coase sobre ausencia de costos de transacción. La interpretación de esta condición resulta más problemática y controvertida que la de la condición de que los derechos de propiedad deben estar bien definidos, ya que en rigor utilizar los mercados para realizar transacciones es algo cuyos costos no siempre están claros. Una posible interpretación de la condición de ausencia de costos de transacción es suponer que la misma exige que todos los costos involucrados en una transacción puedan transformarse en “precios” que un agente económico paga y que otro agente económico recibe. Un costo de transporte, por ejemplo, puede fácilmente interpretarse como el costo de un servicio que alguien realiza y por el cual puede recibir un pago compensatorio, que esté a cargo de las partes que quieren realizar una transacción. El costo de negociar un contrato, en cambio, implica frecuentemente erogaciones que las partes realizan y que implican un dispendio de recursos que no beneficia ni a uno ni a otro contratante. La existencia de costos de transporte, por lo tanto, sería compatible con una situación de ausencia de costos de transacción; la de costos de negociación de los contratos, en cambio, implicaría la existencia de verdaderos costos de transacción en el sentido del teorema de Coase.

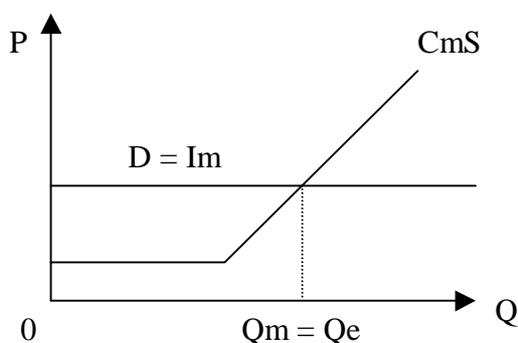
El interpretar la ausencia de costos de transacción como un reaseguro de que el equilibrio de mercado va a ser eficiente si los derechos de propiedad están bien definidos es sin embargo erróneo si la definición de costos de transacción es la enunciada en el párrafo anterior. Lo que permite la ausencia de costos de transacción es eliminar una de las causas posibles de ineficiencia del equilibrio de mercado (las externalidades reales), pero no sirve para eliminar los problemas de eficiencia originados en el ejercicio del poder de mercado. En efecto, si volvemos al ejemplo de la tragedia de los comunes y analizamos las dos formas posibles de solución que evaluamos anteriormente (reparto de la propiedad entre todos los condóminos originales y asignación de la misma a un único dueño), la ausencia de costos de transacción nos garantiza la posibilidad de que tanto los derechos sobre el recurso como los bienes surgidos de la explotación del mismo se comercien libremente. Pero si, como consecuencia de una determinada asignación, lo que se crea es un monopolio sobre los bienes producidos (capaz de influir sobre los precios de mercado de dichos bienes), entonces la asignación de los derechos de propiedad no es neutra en términos de eficiencia.

**Gráfico 3.3**



Lo expuesto puede verse en el gráfico 3.3, en el cual hemos representado cuál sería el resultado de asignar los derechos de propiedad sobre un recurso común a una sola persona que pasara a convertirse en monopolista del mercado del bien que se extrae del recurso. En dicha circunstancia, el nuevo propietario único enfrentará toda la demanda del bien (D), y para maximizar sus beneficios igualará su ingreso marginal (Im) con el costo marginal social de utilizar el recurso. Esto generará una situación de sub-explotación del recurso ahora monopolizado, que implicará un nivel de producción ( $Q_m$ ) inferior al socialmente eficiente ( $Q_e$ ). Si la asignación de los derechos de propiedad se hubiera hecho de manera fraccionada entre múltiples propietarios, este problema de monopolización no habría tenido lugar, y el equilibrio de mercado se hubiera establecido en el punto en el cual el precio de demanda se iguala con el costo marginal social, y hubiera inducido por lo tanto un nivel de producción eficiente.

**Gráfico 3.4**



La diferencia entre una situación de monopolio y una de competencia (una vez resuelta la tragedia de los comunes) no existe en cambio en un caso como el representado en el gráfico 3.4, en el cual la entrega del recurso a un solo propietario no le permite al mismo adquirir una posición en el mercado de “Q” que lo faculte para influir sobre el precio del bien. En una circunstancia como ésta, tanto un propietario único como un conjunto de propietarios múltiples con derechos de propiedad bien definidos terminan igualando el precio de demanda con el costo marginal social, produciendo la cantidad eficiente del bien bajo análisis ( $Q_m = Q_e$ ).

Para que el teorema de Coase pueda interpretarse como una proposición que demuestra la eficiencia del equilibrio de mercado en cualquier circunstancia resulta necesario hacer una interpretación más estricta del significado de la expresión “ausencia de costos de transacción”. Dicha interpretación es la que considera que los costos de transacción son nulos cuando la negociación es tan perfecta que resulta posible que alguien se apropie de todos los excedentes que el mercado es capaz de generar. Esto quiere decir que, por más que la asignación de derechos de propiedad cree poder de mercado, dicho poder puede ser ejercido de modo tal que su posesión no implique una pérdida de eficiencia en equilibrio. Según esta definición, por lo tanto, una situación de monopolio simple sería un caso en el cual los costos de transacción no son nulos (ya que el monopolista no puede negociar separadamente con cada comprador y debe contentarse con establecer un único precio para todos sus clientes).

Los costos de transacción sí serían nulos, en cambio, en una situación de monopolio perfectamente discriminador (en la cual el monopolista se apropia de todo el

excedente del consumidor) o en un equilibrio eficiente de monopolio bilateral (en el cual las ganancias del comercio se maximizan y se reparten de acuerdo con la preferencia intertemporal y la aversión al riesgo de las partes). Nótese que esta definición tan amplia de costos de transacción no sólo implica que el poder de mercado no genera ningún problema de eficiencia sino que la información asimétrica tampoco lo hace, debido a que –en una negociación que no tiene ningún costo– la obtención de información para negociar se supone que es también completamente gratuita.

La necesidad de incorporar tantos elementos dentro del concepto de costos de transacción hace que, como principio de economía positiva, el teorema de Coase tenga una aplicación muy limitada. Pero esta escasa aplicación resulta ser al mismo tiempo la base de su poder como idea para evaluar las normas jurídicas. En efecto, si los costos de transacción no son nulos, lo que el teorema de Coase nos dice es que una adecuada asignación de los derechos de propiedad puede servir para: a) reducir tales costos, y b) hacer innecesarias transacciones costosas. Al primero de dichos corolarios, Coater y Ulen (1997) lo denominan “teorema normativo de Coase”, y lo enuncian como un principio que dice que *el derecho debe estructurarse de modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados*. Un ejemplo de cómo la asignación de derechos de propiedad logra esto se da en los casos de externalidades entre vecinos. Si, por ejemplo, no resulta claro si una persona tiene derecho a utilizar la pared medianera que separa su inmueble del de su vecino para realizar determinada obra, la ejecución de la misma implicará primero la necesidad de que ambos vecinos definan quién tiene derecho a hacer qué cosa en dicha pared medianera. Si las reglas de aprovechamiento de las medianeras están en cambio bien definidas (es decir, si los derechos de propiedad sobre las mismas están bien separados entre los vecinos), la construcción de la obra en cuestión implicará simplemente el ejercicio de un derecho originario o a lo sumo una negociación para determinar un pago compensatorio de un vecino al otro.

Al segundo corolario normativo del teorema de Coase, Coater y Ulen lo denominan “teorema normativo de Hobbes”, en referencia a la obra de Thomas Hobbes, filósofo inglés del siglo XVII. Este principio dice que *el derecho debe estructurarse de modo que se minimice el daño causado por las fallas de los acuerdos privados*, y que por lo tanto los derechos de propiedad deben asignarse a la parte que probablemente los valore más. Si resulta posible aplicar este principio, los costos de transacción resultan menos importantes como un impedimento para llegar a una asignación eficiente de los recursos económicos, ya que dicha asignación pasa a depender menos de las transacciones (que se vuelven menos necesarias). El ejemplo de los vecinos visto en el párrafo anterior puede resultar útil para ilustrar también este principio. Si se supone que la obra que el vecino va a ejecutar en la pared medianera es algo cuya utilidad para él es mucho mayor que el perjuicio que le puede causar al otro vecino (por ejemplo, es una habitación ubicada dentro de su propio terreno que usa a la medianera como una de sus paredes de soporte), establecer que tiene derecho a hacerla sin tener que negociar con nadie es un modo efectivo de ahorrar costos de transacción a nivel social. Si, en cambio, se trata de una obra cuya utilidad es dudosa y cuyo perjuicio al otro vecino es probablemente elevado (por ejemplo, es una chimenea que arroja humo directamente hacia la casa del otro vecino), el teorema normativo de Hobbes nos dice que lo más beneficioso es que el derecho de autorizar o desautorizar la obra recaiga sobre el presunto damnificado.

### 3.4. Modos de adquisición y límites del dominio

El derecho real de dominio es probablemente el derecho de propiedad mejor definido en la legislación argentina. El mismo tiene lugar cuando “una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona” (artículo 2506 del Código Civil), y es por lo tanto un derecho que se establece entre un propietario individual y un activo tangible (cosa). Las tres características básicas del dominio son la exclusividad (el propietario es el único dueño de la cosa con todos los accesorios, frutos y productos), la perpetuidad, y el carácter absoluto (que implica la posibilidad de servirse, usar y transferir la cosa según lo considere más conveniente). El derecho privado argentino ha establecido sin embargo una serie de normas que ponen límites al modo en el cual el dominio puede ser adquirido y a las facultades de disposición de los propietarios sobre las cosas sobre las cuales tienen dominio. Dichos límites son susceptibles de ser analizados desde un punto de vista económico, a través del empleo del teorema de Coase y de sus corolarios normativos.

El artículo 2524 del Código Civil argentino enumera siete modos de adquisición del dominio, que el propio código desarrolla luego en una serie de artículos posteriores. Tales modos de adquisición son apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de frutos, sucesión *mortis causa* y prescripción adquisitiva (o usucapión). La apropiación consiste en la aprehensión de cosas sin dueño o abandonadas. En el derecho privado argentino se aplica sólo a bienes muebles, y en particular a animales silvestres (tanto terrestres como acuáticos) y tesoros (objetos sin dueño que se encuentren ocultos o enterrados y que no se hallen en sepulcros). La justificación económica de este modo de adquisición del dominio tiene probablemente que ver con que en las circunstancias en las que se aplica resulta el modo más sencillo de definir el derecho de propiedad. Así, permitiendo que un bien sin dueño pase al dominio de quien lo aprehende, se define un derecho de propiedad sobre algo que previamente no lo tenía y se lo puede incorporar a la vida económica. El inconveniente que esto puede generar es el ya visto en los casos de tragedia de los comunes. Si existe un recurso sin dueño y el dominio del mismo se adquiere a través de la simple apropiación, esto puede llevar a una situación de sobrexplotación (aplicable, por ejemplo, al estoc de ciertas especies animales). Esto ha hecho que en la práctica este modo de adquisición se encuentre limitado por regulaciones que lo restringen (por ejemplo, por el otorgamiento de licencias de caza y pesca) y por otras disposiciones que asignan el dominio sobre ciertos ejemplares de especies animales al propietario de la tierra sobre la cual los mismos habitan.

La especificación, segundo modo de adquisición del dominio mencionado por el Código Civil, implica la transformación de una cosa mueble en otra mediante el empleo de mano de obra. La regla existente al respecto es que quien tenía el dominio sobre el insumo tiene también el dominio sobre el producto elaborado, y que el que provee la mano de obra debe recibir una compensación por su trabajo. La justificación económica de esta regla tiene que ver con los menores costos de transacción que la misma requiere respecto de lo que sería su alternativa (es decir, que el transformador adquiriera el dominio y compensara al propietario del insumo), basados en la mayor factibilidad de separar las negociaciones entre una multitud de agentes económicos involucrados. En efecto, si para elaborar un producto se necesitan una serie de insumos, resulta más económico (en términos de costos de negociación) que quien quiere tener el dominio sobre el producto adquiriera primero el dominio sobre los insumos de manera separada, y no que primero los tome, luego elabore su producto y después compense a los anteriores propietarios.

Idéntico razonamiento al anterior es el que justifica la adquisición del dominio a través de la accesión, que es la adherencia de una cosa a otra. Así, cuando un bien mueble se adhiere a uno inmueble, el Código Civil argentino prevé que el propietario del inmueble pasa a adquirir el dominio sobre el bien mueble adherido. Si bien en ciertos casos el propietario del inmueble debe eventualmente pagar por el valor de lo accedido (por ejemplo, en casos de edificación, siembra o plantación), la regla es que es él quien se beneficia por el valor agregado generado por la accesión. En el derecho anglosajón, este criterio se conoce comúnmente con el nombre de “regla de la propiedad ligada” (*rule of tied ownership*) y se lo contrapone al criterio aplicable en el caso de la apropiación, que sería el de la “regla del primer poseedor” (*rule of first possession*).

Los tres modos de adquisición referidos hasta aquí son modos de adquisición originarios, en el sentido de que no dependen de la existencia de un dueño anterior. La adquisición por tradición de la cosa, en cambio, implica un modo de adquisición derivado de un acto del dueño anterior a favor de un nuevo dueño. Esta forma de adquisición del dominio es la que permite que los bienes se transmitan desde agentes económicos que los valoran menos hacia agentes económicos que los valoran más. El requerir consentimiento del dueño anterior, por lo tanto, garantiza que ambas partes que negocian respecto de un bien hayan llegado a un acuerdo sobre su asignación, y que presumiblemente los dos terminen en una situación mejor que la original. Para ciertos bienes específicos (inmuebles, automotores, aeronaves, etc), el derecho argentino requiere que la tradición se complemente con la inscripción en un registro, a efectos de dar publicidad y tener identificado de manera más precisa al dueño de la cosa en cuestión. Esto último puede verse como una intervención pública tendiente a reducir los costos de transacción entre agentes privados, que de ese modo tienen la posibilidad de asegurarse que el bien que están adquiriendo le pertenecía efectivamente al anterior propietario.

Cuando la tradición opera como modo de adquisición del dominio de un bien no registrable, la prueba de dicha adquisición es básicamente la posesión del bien en cuestión (artículo 2412 del Código Civil). Esto implica que, en tanto el comprador opere de buena fe, el bien pasa a ser suyo como consecuencia de la tradición y que ningún dueño anterior podrá reclamarle la devolución de la cosa. La justificación económica de esta regla sobre la base del teorema de Coase es doble: por un lado parece ser la manera más sencilla de definir el derecho de propiedad sobre la cosa; por otra, implica un ahorro de costos de transacción, ya que quien adquiere un bien de buena fe no tiene por qué preocuparse si en algún momento el mismo fue robado o adquirido de mala fe por algún poseedor anterior.

Respecto de la percepción de frutos y de la sucesión *mortis causa*, poco es lo que puede decirse desde el punto de vista de la aplicación del teorema de Coase, ya que ambos modos de adquisición parecen ser las formas más naturales de definir derechos de propiedad sobre bienes generados por otros bienes (en cuyo caso el dueño de la cosa generadora pasa a ser dueño de los frutos generados por ella) y sobre bienes cuyo dueño ha fallecido. La prescripción adquisitiva, en cambio, es un modo de adquisición de inmuebles (o de muebles registrables) que se relaciona con la idea ya vista de apropiación. Se da así que, cuando algo es abandonado por su dueño y poseído por otra persona de manera continua, ininterrumpida, pública y pacífica, el poseedor pasa a adquirir el dominio de la cosa luego de un cierto tiempo. La idea detrás de esto es que ese tiempo debe ser lo suficientemente corto como para que el nuevo poseedor se interese por adueñarse de la cosa y reincorporarla a la vida económica y lo suficientemente largo como para evitar que un dueño original interesado en la cosa

tenga que tomar precauciones extremas para evitar que lo despojen de algo que le pertenece.

Así como el tema de los modos de adquisición del dominio tiene que ver con una definición de quiénes tienen derechos de propiedad sobre las cosas, el tema de los límites del dominio ayuda básicamente a definir qué facultades tiene el dueño de una cosa para hacer uso de ella. Desde el punto de vista económico, muchas veces los límites al dominio actúan como reglas que asignan derechos de propiedad en situaciones sometidas a posibles externalidades generadas por el uso de las cosas, y como intentos que el ordenamiento jurídico hace de aplicar el corolario del teorema de Coase por el cual los derechos de propiedad deben asignarse a quien probablemente los valora más (teorema normativo de Hobbes). De las múltiples disposiciones que en nuestro país establecen restricciones y límites al dominio, cabe mencionar tres casos en los cuales esta asociación resulta clara: las restricciones por interés público, las restricciones sobre molestias ocasionadas a los vecinos y la expropiación.

Las restricciones por interés público se refieren a situaciones en las cuales el estado establece limitaciones al uso de un determinado bien a través de disposiciones de derecho administrativo. Estas limitaciones normalmente implican una obligación de no hacer y no dan lugar a indemnización. Los casos más frecuentes tienen que ver con reglamentaciones respecto del tipo de construcción que puede realizarse en una determinada zona (residencial, comercial, industrial), de la altura de la misma y de los espacios que deben dejarse para uso público (por ejemplo, aceras). Estas normas pueden verse como intentos de resolver problemas de externalidades cuyos costos de transacción privados serían muy altos en virtud del número de implicados, y en las cuales la intervención estatal cumple por lo tanto un papel supletorio. Si, por ejemplo, los habitantes de una zona residencial tuvieran que negociar con el dueño de una propiedad instalada en ella para que el mismo no se dedicara a una actividad industrial (suponiendo que dicha actividad generara altas externalidades negativas), dicha negociación implicaría costos de transacción elevados entre los propios residentes del lugar, que primero tendrían que acordar entre ellos el modo de negociar y la forma en la cual van a convencer al industrial para que abandone el lugar. Dichos costos desaparecen si la autoridad local establece una zonificación clara respecto de los usos admitidos para los diferentes inmuebles, que puede verse como una aplicación del teorema normativo de Hobbes en la cual el derecho de que un área se mantenga como estrictamente residencial se le asigna a los residentes de la misma (cuyo interés se supone que en este caso tiene un mayor valor total que el del eventual industrial que quiera establecerse en la zona en cuestión).

Otra restricción al dominio que establece el Código Civil argentino y que puede interpretarse como una asignación de derechos de propiedad a un conjunto indeterminado de potenciales perjudicados por externalidades negativas es la que aparece en el artículo 2618, que especifica que "... las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia". Como una especie de resquicio del derecho consuetudinario dentro del derecho codificado, la implementación de este artículo se encuentra básicamente en manos de los jueces que tienen que atender los eventuales casos de violación del mismo, y que son quienes en definitiva deciden en qué circunstancias estas inmisiones resultan ilegales. Son también ellos los que deciden los remedios aplicables en cada caso (ceses de conducta o indemnizaciones). Similar interpretación puede hacerse de otras inmisiones que el Código Civil legisla, tales como las contenidas en el artículo 2625 (exhalaciones

originadas en depósitos de aguas estancadas, gases fétidos, humo excesivo). En todos estos casos, la interpretación económica que puede hacerse es que el legislador quiso otorgar los derechos de propiedad sobre estas externalidades a la parte eventualmente perjudicada por las mismas, en el entendimiento de que los costos de negociar este tipo de fenómenos eran elevados y que presumiblemente el daño que generaban era mayor al beneficio que tenían para quien las generaba. La apelación a la idea de “normal tolerancia”, sin embargo, sirve para establecer niveles máximos a los cuales tienen derecho quienes generan estas externalidades, y para otorgarle al sistema judicial la oportunidad de evaluar casos particulares en los que pueda resultar beneficioso autorizar estas inmisiones.

Una última restricción al dominio que tiene gran importancia en la práctica es la expropiación, legislada en nuestro país por la ley 13.264. Esta institución, propia del derecho administrativo, tiene una incidencia directa sobre el ejercicio del derecho real de dominio, ya que permite que el estado se apropie de un bien por causas de utilidad pública, previo pago de una indemnización a su dueño. En nuestro régimen legal, el expropiador es siempre el estado o un agente económico en el cual él haya delegado esta atribución (por ejemplo, un concesionario de obras o servicios públicos). La indemnización que recibe el expropiado se basa en una valuación de tipo objetivo (según valores de mercado) y debe incluir además compensaciones por daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación, así como gastos de mudanza y de cancelación de eventuales hipotecas o prendas que pesen sobre el bien expropiado. Al efectuar la expropiación, el expropiador debe siempre especificar el motivo de interés público que lo lleva a realizar el acto en cuestión, y el expropiado puede por lo tanto reclamar la restitución del bien si al mismo no se le termina dando el destino invocado.

La interpretación de la expropiación desde el punto de vista del análisis económico del derecho debe buscarse como una excepción al teorema de Coase, basada en la existencia de costos de transacción muy elevados (que vuelven dificultoso adquirir todos los bienes necesarios para la construcción de una determinada obra). La idea, entonces, es que en dichos casos puede resultar más económico que el estado tenga la facultad de adquirir de manera compulsiva los bienes que necesita para llevar a cabo una determinada obra destinada a algún uso socialmente valorado (por ejemplo, un camino, una escuela, un edificio destinado a la provisión de administración o justicia) y que de este modo se impida que un particular bloquee la realización de dicha obra a través de una negativa de venta. La norma que establece que la expropiación debe indemnizarse sobre la base de valores de mercado, por su parte, cumple un doble papel en términos de eficiencia y equidad: por un lado, pone en condiciones similares a los propietarios que quieren venderle al estado respecto de los que no quieren venderle; por otro, obliga al estado a tener en cuenta el costo económico de la inversión que está realizando (cosa que no sucedería si estuviera facultado para confiscar bienes sin pagar la correspondiente indemnización).

### **3.5. Condominio, sociedad y propiedad pública**

Del análisis del teorema de Coase visto en el apartado 3.3 surge que una de las bases sobre las que se asienta la eficiencia de los mercados es que los derechos de propiedad sobre los bienes estén bien definidos. Dicha definición implica básicamente dos cosas:

a) que es posible asignar de manera excluyente los distintos derechos que hacen al uso y al goce de los activos tangibles e intangibles;

b) que dicha asignación recae sobre agentes económicos individuales que representan “unidades de decisión” separadas.

En ciertas circunstancias de la vida económica, sin embargo, el cumplimiento de alguna de estas dos condiciones no resulta posible o es excesivamente costoso. Ejemplos de esto son los casos de ciertos bienes públicos (para los cuales no se cumple la primera de las condiciones mencionadas) y de ciertas actividades que exhiben economías de escala y están sujetas a riesgos que vuelven dificultoso que una persona física individual quiera hacerse cargo de las mismas (por lo cual la segunda condición es de difícil cumplimiento). Los problemas de eficiencia que las circunstancias mencionadas crean se resuelven en buena medida a través del funcionamiento de una serie de instituciones jurídicas que de un modo u otro sirven para atenuar sus efectos. Tales instituciones son básicamente tres: el condominio, la sociedad (y las formas asociativas en general) y la propiedad pública.

El condominio es un derecho real por el cual varias personas tienen derechos de propiedad no excluyentes sobre una cosa. Esto implica que cada condómino puede usar y gozar de la cosa y enajenar su parte indivisa sin autorización de los otros condóminos, pero no puede excluir a los demás de sus respectivos derechos de uso, goce y enajenación. En los apartados anteriores sobre la tragedia de los comunes y el teorema de Coase vimos que, en virtud de estas características, el condominio presentaba problemas que se resolvían mediante su reemplazo por una situación en la cual cada condómino (o alguno de ellos) pasaba a tener el dominio sobre una parte del bien (o sobre la totalidad del mismo) y por lo tanto agregaba a sus facultades la posibilidad de excluir a otras personas del uso y goce del activo del que se tratara.

En casos de bienes que por sus características son de consumo conjunto por parte de un grupo reducido de personas, sin embargo, el condominio puede tener ventajas económicas respecto del dominio, si es que sirve para ahorrar ciertos costos de transacción que el dominio necesariamente acarrea. Un ejemplo de esto se da en la propiedad de algunos bienes afectados como accesorios indispensables al uso común de dos o más inmuebles (pasos, parques, cercos, etc) y sobre los cuales resulta más económico pactar de una vez reglas para el aprovechamiento conjunto que contratar continuamente entre los interesados acerca del uso excluyente del bien en cuestión. Esto explica probablemente por qué el ascensor o la escalera de un edificio es un bien generalmente sujeto a condominio de los propietarios de los distintos departamentos, ya que sería mucho más costoso organizar que su dueño fuera uno solo y que –para utilizar los bienes en cuestión– hubiera que pagarle a dicho dueño cada vez que se usa alguna de estas instalaciones.

El Código Civil argentino establece una serie de normas generales que regulan los derechos y obligaciones de los condóminos. Estas implican que, si bien cada condómino puede usar y gozar de la cosa común sin autorización de los demás, no puede perturbarla ni deteriorarla ni introducir en ella modificaciones que la alteren. También dispone que todos los condóminos deben contribuir al pago de los gastos de conservación y reparación de la cosa común en proporción a sus partes, y que todas las decisiones que impliquen cambios y mejoras permanentes deben tomarse de común acuerdo. Finalmente, el Código Civil admite también una salida a situaciones en las cuales el acuerdo de todos los condóminos para el uso común no se logra: tal es la designación de un administrador del bien bajo condominio (quien pasa a ser el encargado de su explotación) o el arrendamiento a uno de los condóminos o a un tercero.

El uso de la figura del condominio como forma de propiedad aplicable a los bienes públicos se encuentra fuertemente limitada a casos en los cuales el consumo conjunto tiene lugar entre pocas personas y, si bien resulta antieconómico excluir a dichas personas del uso de la cosa, sí es posible y económico excluir a terceros ajenos a tales condóminos. Cuando los bienes públicos tienen características más universales, el condominio deja de ser una alternativa posible y resulta necesario recurrir a una institución distinta como es la propiedad pública. La propiedad pública tiene la ventaja de que es ejercida por una entidad preexistente que representa a todos los habitantes de un determinado estado (municipal, provincial o nacional) y cuyo funcionamiento sigue normas más generales que se aplican a numerosos casos (y no sólo a la administración de un bien en particular). El estado tiene también una capacidad legal de recaudar las contribuciones para la construcción y conservación de los bienes públicos que no tienen los condominios, ya que es capaz de financiar dichos bienes a través de impuestos, sean éstos específicos a la actividad en cuestión (tasas) o generales para hacer frente a todas las erogaciones del estado (impuestos propiamente dichos). Esto explica por qué ciertos activos de uso común por parte de múltiples personas difícilmente identificables (por ejemplo, calles, plazas públicas, monumentos) son usualmente objeto de propiedad pública, y por qué las actividades de construcción, mejora y conservación de los mismos (alumbrado, barrido, mantenimiento de la vegetación) se financian habitualmente a través de esquemas impositivos más o menos coercitivos.

Las dos características básicas de los bienes públicos puros (consumo conjunto y dificultad para excluir a terceros) hacen que sea posible elaborar una prescripción normativa según la cual, desde el punto de vista de la eficiencia, los bienes públicos deberían ser objeto de propiedad pública y los restantes bienes (privados) deberían ser objeto de propiedad privada individual. Esta prescripción, sin embargo, admite excepciones en casos en los cuales los costos de la intervención estatal o de la organización de mercados privados aconsejan una solución diferente. Demsetz (1964) señala por ejemplo que algunos bienes privados tales como el estacionamiento en un centro comercial suelen proveerse gratuitamente y sin excluir usuarios potenciales (como si fueran un bien público), debido a que generan beneficios adicionales en las actividades comerciales del centro y a que organizar un sistema de control y facturación de cargos por estacionamiento también resulta costoso. Inversamente, ciertos bienes cuyo consumo es típicamente conjunto (por ejemplo, el derecho de paso en un puente) pueden proveerse utilizando sistemas de racionamiento y pago típicos de un bien privado (en ese caso, peajes), en virtud de que los mismos sirven para revelar el valor que los usuarios les asignan y para financiar más directamente su construcción, ampliación y conservación.

Una alternativa a la propiedad común diferente de la propiedad pública es la creación de una persona jurídica privada cuyo patrimonio pertenezca a una pluralidad de individuos pero que sea capaz de ejercer individualmente derechos de propiedad sobre activos tangibles e intangibles. Tal alternativa consiste en la creación de una forma asociativa, que es una entidad independiente que, pese a financiarse con aportes de varios propietarios, actúa como si fuera una única unidad de decisión. En el derecho privado argentino existen cinco formas asociativas principales: la sociedad civil (artículo 1648 del Código Civil), la sociedad comercial (ley 19.550), la cooperativa (ley 20.337), la asociación civil (artículo 33 del Código Civil) y la fundación (artículo 33 del Código Civil).

En general, el surgimiento de una forma asociativa tiene por objetivo resolver un problema distinto al del uso de un activo susceptible de consumo conjunto. El objetivo

de este tipo de entidades suele ser más bien el de encarar una actividad relacionada con la producción de algún bien o servicio destinado a ser entregado a personas distintas a los socios o asociados de la entidad, pero para cuya producción es necesario contar con el aporte de dichas personas. Demsetz (1967) señala que el problema económico básico que justifica la aparición de las sociedades es la coexistencia de economías de escala en la producción y deseconomías de escala en la obtención de aportes individuales. En tales circunstancias, se vuelve imperioso organizar una institución que pueda llevar a cabo las decisiones de producción sin tener que depender del acuerdo permanente de sus múltiples propietarios, y esto exige la creación de un sistema de delegación por el cual los socios o asociados le otorguen capacidad de contratar a una nueva entidad cuya dirección esté a cargo de un órgano designado al efecto.

Una vez organizada, la sociedad tiene la ventaja de que es capaz de ejercer los derechos de propiedad sobre sus activos y sobre los bienes y servicios que ellos generan como si fuera una persona individual. Esto soluciona eficientemente tanto el problema de tragedia de los comunes (que se crearía si cada socio tuviera derechos de propiedad compartidos) como el problema de apropiación de los beneficios generados por la inversión de la empresa en cuestión. Sin embargo, la sociedad genera también un problema de control entre quienes efectúan los aportes y quienes toman en los hechos las decisiones. La mayor parte del derecho societario tiene que ver con normas destinadas a resolver o paliar los efectos nocivos de ese problema, y a ofrecer un “menú de alternativas” para los socios en el cual coexisten formas societarias que implican mayor seguridad y mayor costo organizativo con formas societarias con menor seguridad (es decir, con mayor responsabilidad patrimonial para los socios) y menor costo organizativo.

Las tres formas más habituales de sociedad comercial son buenos ejemplos de lo expresado en el párrafo anterior. La sociedad colectiva tiene costos de organización mínimos, ya que no requiere de más órganos sociales que un administrador (que es fácilmente designable y removible), pero implica que los socios asumen responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales (artículos 125-133, ley 19.550). La sociedad de responsabilidad limitada, en cambio, limita dicha responsabilidad a las cuotas aportadas por cada socio, pero tiene mayores costos organizativos originados en la existencia de asambleas, gerencias y, en ciertos casos, órganos de fiscalización (artículos 146-162, ley 19.550). La sociedad anónima, por último, conforma su capital por medio de acciones fácilmente transmisibles y limita la responsabilidad de los socios a la integración de tales acciones, pero su organización está sujeta a requisitos mucho más estrictos que los de la sociedad colectiva o la sociedad de responsabilidad limitada, que implican, entre otras cosas, constitución por instrumento público, capitales mínimos, asambleas periódicas de accionistas, existencia de un directorio y de uno o más síndicos, y cierto grado de fiscalización estatal (artículos 163-307, ley 19.550).

De acuerdo con el derecho argentino, la diferencia básica entre una sociedad (civil o comercial) y una asociación civil está dada por la presencia o ausencia de fin de lucro. Se da así que mientras la sociedad tiene por objetivo la obtención de beneficios para repartir entre sus socios, la asociación excluye dicho reparto, y los beneficios que obtiene deben necesariamente retenerse para acrecentar el patrimonio de la entidad. Esto no implica que la asociación tenga que tener en sí mismo un fin altruista (su objetivo es normalmente beneficiar a sus asociados), pero dicho fin debe obtenerse a través de la actividad en sí de la asociación y no del reparto de beneficios pecuniarios. Analizando en general las diferencias entre organizaciones con y sin fines de lucro, Posner (1998)

señala que la elección de una forma asociativa sin fin de lucro tiene normalmente que ver con la existencia de aportantes de fondos interesados en fomentar una actividad más que en obtener ganancias de ella. La imposibilidad de distribuir beneficios pecuniarios actúa entonces como una garantía de que los fondos aportados van a destinarse a la actividad que se quiere incentivar y no van a disiparse como “rentas de los accionistas”, si bien crea también el peligro de que –en razón de que el objetivo de la entidad no es la obtención de beneficios pecuniarios– esto disminuya los incentivos para controlar los costos de funcionamiento de la organización.

Las asociaciones civiles suele tener también un tratamiento favorable por parte del estado en virtud de que muchas veces son las encargadas de proveer “bienes preferentes” (*merit goods*), que son aquellos bienes que por algún motivo la sociedad desea que se suministren en cantidades mayores a los que surgirían de un equilibrio de mercado convencional (por ejemplo, salud, educación, esparcimiento y cultura). Dicha cualidad hace que en estos sectores sea también habitual la provisión pública (a pesar de que normalmente son bienes estrictamente privados en cuanto a sus características de consumo individual y posibilidad de exclusión), sea a través de empresas públicas que venden los bienes en cuestión (generalmente a precios menores que los que regirían en un mercado competitivo) o a través de organismos estatales que los proveen gratuitamente. Al igual que para el caso de los bienes públicos, la elección entre provisión privada y provisión pública de los bienes preferentes debería depender esencialmente de una comparación entre los costos de organización de los mercados y los costos de los distintos tipos de intervención estatal (subsidio y provisión directa).

### **3.6. Propiedad horizontal**

Además del dominio y del condominio, el derecho civil argentino reconoce un tercer derecho real sobre las cosas propias que se denomina “propiedad horizontal”. Esta forma de propiedad se aplica a los bienes inmuebles, y consiste en una mezcla de los derechos de dominio y condominio. La idea es que el sujeto de este régimen (usualmente denominado “consorcista”) tiene un derecho equivalente al de dominio sobre una porción del inmueble y un derecho equivalente al de condominio sobre todas las partes y cosas comunes del edificio. Originalmente, el Código Civil no reconocía la existencia de este derecho; el mismo fue incorporado por la ley 13.512, del año 1948.

Desde el punto de vista del análisis económico, la propiedad horizontal representa una solución interesante para resolver el problema de definición de los derechos que se plantea en un inmueble en el cual coexisten porciones que son de uso privado y porciones que son necesariamente de uso común. La noción implícita dentro del concepto de propiedad horizontal es que, desde el punto de vista de la eficiencia, resulta preferible que todas las partes susceptibles de apropiación por parte de un propietario individual estén bajo un régimen equivalente al de dominio. Contrariamente, todo lo que pueda considerarse como un bien público (es decir, como partes que necesariamente benefician al conjunto de los usuarios) debe quedar bajo un régimen de condominio de indivisión forzosa, sujeto a un modo de administración que en cierto modo se asemeja al de un pequeño estado. Dentro de las partes comunes establecidas por la ley 13.512 figura en primer lugar el terreno sobre el cual se asienta la construcción, al cual se le agregan los muros del edificio, los tabiques divisorios de los departamentos, los locales en los que cumplen funciones y se alojan el personal de mantenimiento y vigilancia, y todas las partes destinadas a servicios comunes tales como escaleras, ascensores, sistemas centrales de calefacción y refrigeración, etc.

El derecho de cada consorcista sobre su propio “cubo de aire” se asemeja al dominio no sólo en lo que hace a sus prerrogativas sobre uso y goce del mismo sino también en lo que se refiere a los posibles modos de adquisición y a las restricciones y límites que operan sobre él. Así, los consorcistas deben abstenerse de realizar actos que perturben a sus vecinos (y provoquen inmisiones originadas en ruidos, olores, humos, etc) y de llevar a cabo cambios en su departamento que perjudiquen la seguridad del edificio. Tampoco pueden alterar la fachada del inmueble (que en rigor es una parte común del mismo), a través de construcciones adicionales, pinturas diferentes, etc. En cuanto a la posibilidad de enajenar su parte propia, la misma es un derecho individual de cada consorcista que no requiere autorización de los demás, pero en dicha enajenación la parte propia va siempre unida a la porción indivisa de las partes comunes que le corresponden. A dicha combinación de una parte propia y de una participación en las partes comunes se la designa con el nombre de “unidad funcional”, que es de ese modo el objeto sobre el cual se ejerce el derecho de propiedad horizontal.

La relación entre el condominio y la propiedad estatal como modos de ejercer derechos de propiedad sobre los bienes públicos, a la cual nos hemos referido en el apartado anterior, aparece de manera evidente al analizar el funcionamiento del consorcio de propietarios, que es la forma de organizar el ejercicio de los derechos de propiedad sobre las partes comunes del edificio. Este consorcio se encuentra integrado por todos los propietarios de las unidades funcionales, y debe darse a sí mismo un reglamento de copropiedad y administración que regule sus funciones. En dicho reglamento, el consorcio puede establecer la figura de un administrador, que es el encargado de tomar las decisiones operativas que hacen al funcionamiento diario del edificio y de representar al consorcio ante las autoridades administrativas. El otro órgano que toma las decisiones de más largo plazo es la asamblea, que consiste en la reunión de todos los consorcistas o de quienes ellos específicamente designen. Al igual que en un estado democráticamente organizado, el peso de cada consorcista en la asamblea es igual y no depende del valor de su unidad funcional (si bien el reglamento de copropiedad puede establecer un criterio diferente al respecto).

La particular forma de organización de la propiedad horizontal hace que el consorcio tenga la facultad de crear algunas restricciones al ejercicio de los derechos de los consorcistas que no aparecen usualmente en el condominio pero sí en situaciones de regulación pública. El reglamento de copropiedad puede así establecer la prohibición de utilizar los departamentos para ciertos destinos (diciendo, por ejemplo, que sólo pueden destinarse a vivienda y no a oficinas) o de tener animales, creando de manera interna asignaciones de derechos de propiedad que no son posibles en situaciones que afectan a varios inmuebles distintos. La manera de financiar las expensas comunes (a través de cuotas periódicas establecidas sobre la base del valor de las distintas unidades funcionales) es otro ejemplo que se asemeja considerablemente al ejercicio de un derecho estatal (en este caso, al de recaudar impuestos), en virtud del cual el consorcio tiene la capacidad de demandar al propietario que no cumpla con su obligación de contribuir. Por último, el consorcio de propietarios tiene también un derecho que se parece al de expropiación, si bien el mismo es aplicable sólo en situaciones excepcionales. Tales son los casos de reconstrucción y de demolición del edificio, para los cuales se puede reclamar judicialmente la adquisición de las unidades funcionales que se niegan a cumplir con lo establecido por el consorcio. En dichos casos, el consorcio puede efectuar esa adquisición de manera compulsiva, según una valuación establecida judicialmente.

El ejercicio de los derechos de propiedad sobre un edificio compartido por varios usuarios a través del régimen de propiedad horizontal parece tener una serie de ventajas económicas respecto de las formas alternativas que nuestro derecho posee, que serían el condominio liso y llano y la creación de una sociedad entre los usuarios. En el primero de dichos casos, todos los copropietarios son dueños de todo el edificio de manera común, y la asignación de partes de uso individual a cada uno debería hacerse a través de un contrato separado (por ejemplo, un alquiler). La naturaleza temporal de este último contrato, sin embargo, implica una disminución considerable de los incentivos de cada usuario para efectuar las inversiones necesarias para el mantenimiento y mejoramiento de su propia unidad individual, en virtud de la menor capacidad de apropiación de los beneficios derivados de dichas inversiones. Una solución de este tipo acarrea además mayores costos de transacción que la propiedad horizontal (derivados de la necesidad de negociar separadamente los contratos de alquiler entre los usuarios y el consorcio) y probablemente dificulta también la enajenación de los derechos individuales de los propietarios (que resultan más difusos y, por ende, menos comerciables que los derechos de propiedad horizontal sobre una unidad funcional).

En cuanto a la alternativa de establecer un régimen de propiedad individual (dominio) que esté en cabeza de una sociedad integrada por todos los usuarios del edificio, la misma también parece acarrear mayores costos de transacción que el régimen de propiedad horizontal. En primer lugar, una solución como ésta requiere la creación de una persona jurídica separada y la necesidad de definir el tipo de responsabilidad que asumen los socios de la misma. En segundo lugar, exige también que dicha persona celebre contratos con cada uno de los usuarios para establecer el uso de las partes individuales del edificio. Los derechos de cada socio para usar sus partes individuales se ven entonces limitados por esta condición, dando lugar a la aparición de los mismos problemas de incentivos y de las mismas dificultades de enajenación mencionados en el párrafo anterior. Estos problemas en el uso de las cosas (que parecen convertir a la sociedad en una solución peor que la propiedad horizontal en lo que se refiere a la organización del consumo de los servicios brindados por el edificio) se contraponen con la mayor capacidad que tiene una organización como la sociedad para celebrar contratos con terceros ajenos al edificio y para encarar actividades relacionadas con la producción de bienes y servicios. Resulta por eso común que, cuando el objetivo es construir un edificio, quienes van a encarar el mismo prefieran constituir una sociedad (o usar una sociedad ya constituida) que lleve a cabo la tarea bajo un sistema de mando único. Una vez que el edificio está terminado, en cambio, el problema principal deja ya de ser cómo organizar una actividad productiva y pasa a ser cómo llevar a cabo una actividad que implica simultáneamente consumo individual y consumo conjunto. Es para resolver esto último que la propiedad horizontal resulta ser la institución jurídica más adecuada, ya que combina de manera explícita un conjunto de derechos sobre cosas propias con un mecanismo de aprovechamiento y provisión de bienes colectivos.

### **3.7. Derechos de propiedad intelectual**

Así como los derechos reales establecen relaciones entre los activos tangibles y las personas que están autorizadas para hacer uso de ellos, los derechos de propiedad intelectual cumplen una función similar respecto de ciertos activos intangibles. En el derecho privado argentino existen tres leyes básicas que legislan sobre estos derechos: la ley 11.723 de derechos de autor, la ley 22.362 de marcas y designaciones, y la ley

24.481 de patentes de invención y modelos de utilidad. Cada uno de los derechos de propiedad intelectual establecidos en estas leyes tiene ciertas particularidades en cuanto al papel que cumple dentro de la actividad económica, y el modo en que los mismos se encuentran establecidos puede interpretarse como un fenómeno que en cierto sentido depende de dichas particularidades.

Las patentes de invención son títulos de propiedad sobre invenciones de productos o procedimientos. La ley 24.481 establece que dichos títulos sólo se otorgan en casos de ideas "... que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial" (artículo 4). Al revés de la mayoría de los derechos de propiedad, las patentes tienen una duración limitada e improrrogable, que en el régimen legal argentino es de 20 años. Después de ese lapso, la idea sobre la cual se basa el producto o procedimiento pasa al dominio público, y cualquier particular puede hacer uso de ella sin requerir autorización del inventor. Durante el lapso en el cual la patente está vigente, en cambio, el titular de la misma tiene la capacidad de transmitirla y de otorgar licencias de uso, siendo también este derecho adquirible mediante sucesión *mortis causa*.

El tema de la duración limitada de las patentes es susceptible de un análisis económico basado en el conflicto de dos objetivos contrapuestos que el establecimiento de este derecho de propiedad intenta balancear: los incentivos a la invención y el ejercicio del poder de mercado. El primero de tales objetivos tiene que ver con la necesidad de asegurar que los beneficios generados por las inversiones en investigación y desarrollo destinadas a generar invenciones puedan ser apropiados por quienes efectúan dichas inversiones. Una situación en la cual no existieran derechos de propiedad sobre los inventos generaría fuertes desincentivos para llevar a cabo las inversiones necesarias, ya que los inventores sabrían que el fruto de su iniciativa podría ser aprovechado gratuitamente por múltiples agentes económicos interesados en el nuevo producto o procedimiento creado. El establecimiento de este derecho de propiedad, sin embargo, suele tener el efecto no deseado de garantizar que el inventor tenga el monopolio del producto o del procedimiento que inventó, y que pueda por lo tanto ejercer su poder monopólico generando una pérdida de bienestar respecto de lo que sucedería en una situación competitiva (es decir, en una situación en la cual múltiples agentes económicos pudieran fabricar el producto o utilizar el procedimiento en cuestión). Este problema, presente en alguna medida en todos los derechos de propiedad, es particularmente grave en este caso, en virtud de que lo que se está patentando es algo por definición único y susceptible de aplicación industrial. El compromiso que las legislaciones sobre patentes suelen adoptar para resolver esta antinomia es permitir que el inventor goce de su poder monopólico durante un período determinado de tiempo (suficiente como para que pueda apropiarse de una parte importante de los beneficios que generó su invención), pero que luego de ese lapso la idea patentada pueda ser utilizada por cualquier otro agente económico (y que en consecuencia se cree competencia, bajen los precios y aumente el excedente total generado en el mercado).

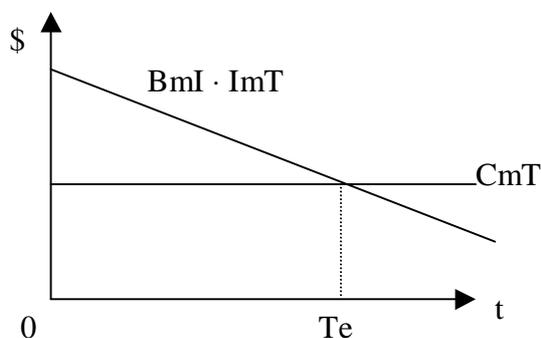
A efectos de determinar la duración óptima de una patente, resulta ilustrativo pensar que el beneficio social intertemporal generado en el mercado del bien que se trate (BS) puede definirse como el valor actual esperado del excedente total de los agentes económicos a lo largo del tiempo (ET). Dicho excedente dependerá positivamente de la inversión en investigación y desarrollo que se realice (I) y negativamente del lapso de tiempo durante el cual la invención esté protegida por una patente que otorga derechos de explotación monopólicos (t). Pero como la inversión a

realizarse dependerá de manera positiva de la duración de la patente (ya que es esta duración la que garantiza la apropiabilidad de los beneficios), el problema puede escribirse del siguiente modo:

$$BS(\max) = ET[I(t), t] \quad ;$$

y resolverse hallando el valor de “t” para el cual “BS” se hace máximo. Dicho valor ( $T_e$ ) es el que iguala el producto de los efectos de “t” sobre “I” y de “I” sobre “ET” (positivos) con el valor absoluto del efecto directo de “t” sobre “ET” (negativo). El primero de tales conceptos es el producto del beneficio marginal de la inversión (BmI) y del efecto marginal de la duración de la patente sobre dicha inversión (ImT), en tanto que el segundo es el costo marginal social de extender la duración de dicha patente (CmT). Lo expuesto puede verse en el gráfico 3.5, para cuya construcción hemos supuesto que “ImT” es decreciente en “t” y que en cambio “CmT” es constante.

**Gráfico 3.5**



La solución de la disyuntiva entre incentivos a la innovación y ejercicio del poder de mercado a través de la determinación de una duración óptima de las patentes plantea el problema de que dicha duración es probablemente muy distinta según el invento que se analice, y que en cambio la legislación sólo puede establecer un criterio general común a todas las invenciones. Con el fin de paliar un tanto ese problema, la ley argentina de patentes introdujo el concepto de modelo de utilidad, al cual define como una “... disposición o forma nueva obtenida o introducida en herramientas, instrumentos de trabajo, dispositivos u objetos conocidos ... en cuanto importen una mejor utilización en la función a que estén destinados” (artículo 53, ley 24.481). Esta especie de “invenciones de segunda categoría” otorgan a su titular un derecho de propiedad de menor duración que las patentes (10 años en vez de 20) que se acredita con el otorgamiento de un certificado de modelo de utilidad.

La ley 24.481 ha introducido además una serie de disposiciones que buscan limitar el ejercicio del poder monopólico del titular de una patente durante el lapso de duración de la misma. Por un lado, el artículo 38 prohíbe la inclusión de “cláusulas restrictivas” en los contratos de licencia de uso de una patente o modelo de utilidad. Por otro, el artículo 44 prevé el otorgamiento por parte del estado del derecho de explotación de una patente, sin autorización de su titular, cuando dicho titular haya incurrido en prácticas anticompetitivas en el uso de esa patente. A título ilustrativo, el artículo menciona como ejemplo de tales prácticas a la fijación de precios excesivos o discriminatorios, la negativa de abastecimiento del mercado en condiciones razonables

y el entorpecimiento de actividades comerciales o productivas. En todas estas situaciones la ley presupone la actuación de la autoridad de aplicación de la ley de defensa de la competencia, quien deberá ser la encargada de determinar la ocurrencia de la práctica anticompetitiva en cuestión.

El otro derecho de propiedad intelectual cuya duración está limitada legalmente es el derecho de autor sobre una obra científica, literaria o artística. En su versión reformada en 1997, la ley 11.723 fija la duración de estos derechos en un lapso que abarca toda la vida del autor más 70 años contados a partir del 1° de enero del año siguiente al de su muerte (artículo 5). Si bien los derechos de autor tienen su origen en el momento de la creación de la obra en cuestión, el régimen legal argentino establece la obligación de registrar toda obra publicada o exhibida en público, a los efectos de que los potenciales afectados por el derecho en cuestión puedan oponerse al mismo. Este registro implica además un depósito de tres ejemplares de la obra en cuestión (en el caso de publicaciones), que sirve para garantizar los derechos del autor y del editor. Tales derechos abarcan las facultades de disponer de la obra, publicarla, ejecutarla, representarla en público, reproducirla, enajenarla, traducirla y adaptarla (artículo 2, ley 11.723), pero no de impedir que, con fines didácticos o científicos, se citen partes de la obra en la forma de comentarios, críticas o notas (artículo 10, ley 11.723).

La justificación económica por la cual los derechos de autor tienen una duración limitada es diferente de la vista para el caso de las patentes. Esto es así porque, en virtud de la diversidad de la producción literaria, científica y artística y de la alta sustituibilidad de la misma, la capacidad que estos derechos de propiedad intelectual tienen para incrementar el poder de mercado es virtualmente nula, con lo cual no existe en este caso ninguna disyuntiva importante entre incentivos a la creación y ejercicio de poder monopólico. Según Landes y Posner (1989), la causa de esta limitación debe buscarse en la intención de ahorrar los costos de búsqueda en que deben incurrir los usuarios de material sujeto a derechos de autor. Si la duración de los derechos de autor fuera ilimitada, dichos costos se verían enormemente incrementados para quienes desearan hacer uso de un material creado en épocas anteriores, ya que necesitarían rastrear a un sinnúmero de descendientes del autor original para obtener el correspondiente permiso. Esto explicaría por qué la expiración de estos derechos se calcula a partir de la muerte del autor, que es justamente el momento a partir del cual los costos de búsqueda empiezan a incrementarse.

En cuanto a las limitaciones al ejercicio de los derechos de autor en el caso de comentarios y críticas, Landes y Posner postulan que las mismas cumplen el papel de estimular la realización de este tipo de actividades que, lejos de implicar un perjuicio para los autores, son usualmente una fuente de publicidad para sus obras. Una obra y un comentario sobre ella serían entonces bienes complementarios en el consumo, y el facilitar la provisión de comentarios y volverlos relativamente “baratos” tendría por lo tanto el efecto de incrementar la demanda sobre la obra en cuestión.

A diferencia de las patentes, modelos de utilidad y derechos de autor, las marcas y designaciones generan derechos de propiedad que son potencialmente ilimitados en cuanto a su duración. La ley 22.362 establece así que las palabras, dibujos, emblemas, monogramas y otras imágenes distintivas de un producto o servicio pueden registrarse como marcas, y otorgan un derecho exclusivo de uso desde el momento de su registro. La ley argentina fija una duración de 10 años para las marcas, pero las mismas pueden renovarse indefinidamente con el único requisito de haber sido utilizadas dentro de los 5 años previos al vencimiento (artículo 5, ley 22.362). Este criterio implica que virtualmente el único modo por el cual el derecho de propiedad sobre una marca puede

extinguirse es el abandono de la misma, que puede tener lugar de manera explícita (renuncia del titular) o tácita (falta de renovación). Cuando un nombre o signo con el cual se identifica una actividad no se encuentra registrado como marca, el mismo constituye una “designación” sobre la cual la ley 22.362 reconoce también un derecho de propiedad (artículo 27). El mismo, sin embargo, se adquiere simplemente con el uso y sólo con relación al ramo en el que se utiliza, extinguiéndose en el momento del cese de la actividad designada.

La justificación económica de la existencia de derechos de propiedad sobre las marcas y designaciones está relacionada con la capacidad de estos nombres y signos de darle información al comprador de un bien o servicio respecto de la calidad y del respaldo del producto que está adquiriendo. Esta información cumple la función de reducir los costos de búsqueda del comprador, y sirve para incentivar al vendedor a mantener un nivel de calidad y servicio que le permita “mantener el valor de su marca”. Como consecuencia de ello, los productos que llevan una marca o designación suelen tener un precio superior a productos equivalentes que no llevan dicha marca o designación (o que llevan marcas o designaciones menos valoradas), pero esa diferencia de precio se justifica como una retribución a una garantía implícita que el vendedor está brindando y que el comprador valora. Algunos autores como Klein y Leffler (1981) han visto a las marcas (y a los gastos de publicidad destinados a imponer tales marcas) como parte de un mecanismo espontáneo por el cual los vendedores y los compradores se aseguran mutuamente un adecuado cumplimiento de sus obligaciones contractuales en el mercado. Así, quien ha invertido en el valor de una marca tiene incentivos para mantener la calidad de su producto por temor a perder el valor de su inversión. Por su parte, el comprador de un producto con marca tiene mayor seguridad respecto de lo que está comprando, porque sabe que al vendedor no le conviene arriesgarse a perder lo que invirtió en valorizar la marca en cuestión.

## 4. Contratos

El Código Civil argentino define al contrato como una situación en la cual “... varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” (artículo 1137). Ésta es una definición amplia del término, que incluye dentro de la noción de “contrato” a todos los actos jurídicos bilaterales y patrimoniales que crean, transmiten, modifican o extinguen derechos. Una concepción más estrecha limita la idea del contrato a la de un acuerdo entre varias personas por el que se obligan mutuamente a ciertas cosas o prestaciones, con lo cual algunos actos jurídicos que se consideran contratos desde el punto de vista de la definición más amplia quedan fuera si se hace uso de la definición más restringida.

El derecho civil argentino (y en general, el de los países que siguen la tradición romana y la tradición del derecho codificado) distingue dos elementos básicos en todo contrato, que son la oferta y la aceptación. Cuando ambos elementos se encuentran presentes se dice que existe consentimiento, y dicha cualidad es la que da origen al contrato como acto jurídico. La tradición anglosajona incorpora un elemento adicional al que llama “consideración” (*consideration*), que implica la existencia de reciprocidad. Para que, según esta visión, un contrato sea exigible, resulta necesario que las partes se obliguen recíprocamente a ciertas prestaciones, y no basta con que una de ellas haya realizado una oferta y la otra la haya aceptado. La inclusión o no del requisito de reciprocidad es básicamente la que diferencia la definición estrecha de la definición amplia del contrato.

El análisis económico de los contratos difiere significativamente según se adopte un punto de vista positivo o un punto de vista normativo. Desde el primero de tales puntos de vista, la economía suele analizar los contratos como mecanismos que permiten:

- a) realizar intercambios entre agentes económicos que valoran los bienes, servicios y derechos de distinta manera, permitiendo que quienes los valoran más sean los que finalmente se queden con el bien, servicio o derecho en cuestión;
- b) transferir riesgos desde agentes económicos más aversos o expuestos al riesgo a agentes económicos menos aversos o expuestos al riesgo;
- c) resolver problemas de información asimétrica surgidos de situaciones en las que existen acciones ocultas o conocimiento oculto.

El análisis de los contratos desde el punto de vista de la economía positiva busca explicar por qué los agentes económicos deciden voluntariamente realizar intercambios y contraer obligaciones, bajo el supuesto de que dichos intercambios y obligaciones efectivamente se cumplen. El análisis normativo, en cambio, pone su acento en el papel del derecho dentro del mecanismo contractual, y estudia fundamentalmente su capacidad de reducir los costos de transacción que se generan en los actos jurídicos bilaterales. De este modo, la economía normativa ve al derecho contractual como un conjunto de reglas cuyos objetivos deberían ser los siguientes:

- a) que los agentes económicos celebren contratos en todas las circunstancias en las cuales es eficiente hacerlo;
- b) que dichos contratos se cumplan si eso es lo eficiente;
- c) que dichos contratos se extingan si eso es lo eficiente.

### 4.1. Contratos y reparto de riesgos exógenos

El papel de los contratos como mecanismos para transferir riesgos entre agentes económicos es una consecuencia directa de la idea de que el contrato es una

manifestación de una voluntad recíproca de transferir derechos desde una parte que los valora menos a otra parte que los valora más, a cambio de una contraprestación que compense dicha transferencia de derechos. Si dos personas enfrentan una situación de incertidumbre en la cual sus ingresos pueden verse afectados de modos diferentes, resulta muy probable que exista un margen para acordar intercambios entre dichas personas que hagan que, aunque la incertidumbre no pueda eliminarse, las dos queden en mejor posición para enfrentarla. Para que dichos intercambios sean beneficiosos, resulta necesario que se dé alguna de las siguientes condiciones:

- a) las personas enfrentan grados distintos de riesgo (por ejemplo, la variabilidad de los ingresos o del patrimonio de una de ellas ante distintos estados de la naturaleza es mayor que la variabilidad de los ingresos o del patrimonio de la otra);
- b) las personas tienen distinta aversión al riesgo (por ejemplo, una de ellas es aversa al riesgo y la otra es neutral al riesgo);
- c) las personas tienen distintas percepciones respecto del riesgo (por ejemplo, una de ellas le asigna una probabilidad mayor que la otra a la ocurrencia de un suceso negativo).

Para ilustrar cómo un contrato puede resultar beneficioso para dos personas que enfrentan distintos grados de riesgo, supongamos una situación en la cual existen dos agentes económicos (un productor agropecuario y un ahorrista) y dos estados de la naturaleza (lluvia y sequía), ambos igualmente probables. Supongamos que el productor agropecuario tiene un ingreso que varía según el estado de la naturaleza, y que es de \$49 en el estado “lluvia” y de \$25 en el estado “sequía”. El ahorrista, en cambio, tiene el mismo ingreso en ambos estados, y éste es de \$36. Pensemos adicionalmente que ambas personas son igualmente aversas al riesgo, y que dicha aversión se manifiesta a través de una función de valuación cóncava como puede ser la raíz cuadrada del ingreso (es decir, “ $v = \sqrt{Y}$ ”). En dichas circunstancias las utilidades esperadas del productor agropecuario ( $V_p$ ) y del ahorrista ( $V_a$ ) serán iguales a 6, debido a que:

$$V_p = 0,5 \cdot \sqrt{49} + 0,5 \cdot \sqrt{25} = 6 \quad ; \quad V_a = 0,5 \cdot \sqrt{36} + 0,5 \cdot \sqrt{36} = 6 \quad .$$

La igualdad de las utilidades esperadas que en este caso se da entre el productor agropecuario y del ahorrista se origina en que, siendo ambas personas igualmente aversas al riesgo, el primero de ellos tiene un ingreso esperado mayor pero más variable y el segundo tiene un ingreso esperado menor pero menos variable. En efecto, el ingreso esperado del productor agropecuario es \$37 (surgido de promediar \$49 y \$25) y el del ahorrista es \$36, pero la variabilidad del primero es \$24 (surgida de restar \$49 y \$25) y la del segundo es \$0. En una circunstancia como ésta, el productor agropecuario podría estar dispuesto a sacrificar parte de su ingreso esperado para reducir la variabilidad del mismo, en tanto que al ahorrista podría interesarle aumentar su ingreso esperado aunque esto le incrementara en algo su variabilidad. Tal cosa es lo que sucede en este ejemplo, para el cual puede mostrarse que un contrato por el cual el productor agropecuario se comprometiera a entregarle al ahorrista \$6,5 en el estado de lluvia, a cambio de que éste le entregara \$5,5 en el estado de sequía, haría que la utilidad esperada de ambos pasara de 6 a 6,02. En efecto:

$$V_p = 0,5 \cdot \sqrt{(49 - 6,5)} + 0,5 \cdot \sqrt{(25 + 5,5)} = 0,5 \cdot \sqrt{42,5} + 0,5 \cdot \sqrt{30,5} = 6,02 \quad ;$$

$$V_a = 0,5 \cdot \sqrt{(36 + 6,5)} + 0,5 \cdot \sqrt{(36 - 5,5)} = 0,5 \cdot \sqrt{42,5} + 0,5 \cdot \sqrt{30,5} = 6,02 \quad .$$

Repartir riesgos también resulta beneficioso en circunstancias en las cuales las personas que efectúan el intercambio tienen distintos grados de aversión al riesgo. Supongamos por ejemplo que existen dos ahorristas (1 y 2) que enfrentan dos estados de la naturaleza igualmente probables (expansión y recesión) y que sus ingresos en esos estados son respectivamente \$49 y \$25. Si el ahorrista 1 es averso al riesgo (y su función de valuación es la misma que tenía el ahorrista del ejemplo anterior, es decir, “ $v_1 = \sqrt{Y}$ ”) y el ahorrista 2 es neutral al riesgo (y su función de valuación es lineal, por ejemplo, es igual a “ $v_2 = \frac{Y}{6}$ ”), entonces las utilidades esperadas que estos agentes económicos obtendrán de sus dotaciones iniciales de ingreso serán:

$$V_1 = 0,5 \cdot \sqrt{49} + 0,5 \cdot \sqrt{25} = 6 \quad ; \quad V_2 = 0,5 \cdot \frac{49}{6} + 0,5 \cdot \frac{25}{6} = 6,17 \quad .$$

En un caso como éste, la diferente aversión al riesgo que tienen ambos individuos hace que el ahorrista 1 tenga mayor interés que el ahorrista 2 en disminuir su exposición, y que por lo tanto ambos puedan beneficiarse de un intercambio en el cual el primero de tales ahorristas le dé al segundo parte de su ingreso si ocurre el estado “expansión” a cambio de que el segundo le dé parte del suyo si ocurre el estado “recesión”. Por la forma que tienen las funciones de utilidad esperada que hemos postulado, lo más eficiente es que el ahorrista 1 termine en una situación en la cual reciba el mismo ingreso en ambos estados, y que el ahorrista 2 pase a absorber todo el riesgo existente (debido a que es neutral al mismo). Esto podría darse, por ejemplo, a través de un contrato por el cual el ahorrista 1 se comprometiera a pagarle \$12,5 al ahorrista 2 en una situación de expansión y el ahorrista 2 se comprometiera a pagarle \$11,5 al ahorrista 1 en una situación de recesión. De ese modo:

$$V_1 = 0,5 \cdot \sqrt{(49 - 12,5)} + 0,5 \cdot \sqrt{(25 + 11,5)} = 0,5 \cdot \sqrt{36,5} + 0,5 \cdot \sqrt{36,5} = 6,04 \quad ;$$

$$V_2 = 0,5 \cdot \frac{49 + 12,5}{6} + 0,5 \cdot \frac{25 - 11,5}{6} = 0,5 \cdot \frac{61,5}{6} + 0,5 \cdot \frac{13,5}{6} = 6,25 \quad ;$$

y ambos ahorristas terminan con un nivel de utilidad esperada superior al que tenían en la situación inicial previa al contrato.

La otra justificación posible de un contrato por el cual dos personas pueden querer intercambiar ingresos en distintos estados de la naturaleza es que cada una de ellas le asigne probabilidades de ocurrencia diferentes a tales estados. Supongamos, por ejemplo, que nuestros dos ahorristas son igualmente aversos al riesgo ( $v_1 = v_2 = \sqrt{Y}$ ) y sus ingresos son \$49 en el estado de expansión y \$25 en el de recesión, pero que el ahorrista 1 le asigna una probabilidad de 0,25 al estado de expansión (y de 0,75 al de recesión) y en cambio el ahorrista 2 le asigna una probabilidad de 0,75 (y de 0,25 al otro estado). En esa circunstancia, dichos agentes económicos comienzan con los siguientes niveles de utilidad esperada:

$$V_1 = 0,25 \cdot \sqrt{49} + 0,75 \cdot \sqrt{25} = 5,5 \quad ; \quad V_2 = 0,75 \cdot \sqrt{49} + 0,25 \cdot \sqrt{25} = 6,5 \quad .$$

Como, en una situación como la descrita, el ahorrista 1 entiende que el estado de recesión es relativamente más probable y el ahorrista 2 entiende lo contrario, ambas personas pueden incrementar su utilidad esperada por medio de un contrato que especifique que la primera de ellas va a desprenderse de parte del ingreso que recibirá en una situación de expansión a cambio de recibir ingreso extra en una situación de

recesión. Al ahorrista 2 también le conviene dicho intercambio, debido a que tiene una expectativa diferente respecto de la probabilidad de ocurrencia de los dos estados de la naturaleza. Un ejemplo de contrato como el descrito es un acuerdo por el cual el ahorrista 1 se compromete a pagarle \$13 al ahorrista 2 en una situación de expansión, a cambio de que éste le pague \$11 en una situación de recesión. Producto de este intercambio serían los siguientes niveles de utilidad esperada:

$$V_1 = 0,25 \cdot \sqrt{(49-13)} + 0,75 \cdot \sqrt{(25+11)} = 0,25 \cdot \sqrt{36} + 0,75 \cdot \sqrt{36} = 6 \quad ;$$

$$V_2 = 0,75 \cdot \sqrt{(49+13)} + 0,25 \cdot \sqrt{(25-11)} = 0,75 \cdot \sqrt{62} + 0,25 \cdot \sqrt{14} = 6,84 \quad ;$$

ambos mayores que los que respectivamente tenían los ahorristas 1 y 2 antes de celebrar el contrato en cuestión.

Tal como vimos en el apartado 2.6, el ejemplo más claro de contrato que puede asimilarse a una situación en la cual dos agentes económicos intercambian entre sí ingresos eventuales es el contrato de seguro, regido en la Argentina por la ley 17.418. En sus distintas variantes, dicho contrato tiene lugar cuando una persona (asegurador) se compromete a resarcir a la otra (asegurado) de un daño contingente a la ocurrencia de un determinado suceso (es decir, de cierto estado de la naturaleza), a cambio de una prima o cotización. Esta última puede interpretarse como un pago que el asegurado hace en todos los estados de la naturaleza.

El objetivo de repartir riesgos entre las partes, sin embargo, no es privativo de los contratos de seguro. Contratos tales como la compraventa de activos financieros, por ejemplo, pueden servir idéntico propósito, ya que la persona que vende los activos suele estar desprendiéndose de un título que le reporta un ingreso más incierto (por ejemplo, una acción de una sociedad anónima) y recibiendo a cambio un valor más cierto (por ejemplo, dinero). Contrariamente, quien compra está adquiriendo el derecho al ingreso incierto y dando a cambio el valor cierto, y esa situación se produce generalmente porque el comprador parte de una posición menos riesgosa que el vendedor, porque el comprador es menos averso al riesgo que el vendedor, o porque el comprador tiene una percepción más favorable que el vendedor respecto de los ingresos que puede generar el activo intercambiado.

El reparto de riesgos entre agentes económicos ha sido visto también como la génesis de una serie de relaciones contractuales que aparentemente no tienen mucho que ver con los seguros o con el intercambio de títulos valores. El contrato de trabajo, por ejemplo, puede conceptualizarse como una relación en la cual dos partes (empleador y trabajador) se asocian para llevar a cabo una actividad cuyo resultado es incierto. El modo implícito en el que las mismas acuerdan repartirse los beneficios que genera esa actividad surge normalmente de un contrato que estipula que el trabajador recibirá siempre un monto constante (su sueldo) y que el empleador se quedará en cambio con una suma variable (la ganancia empresarial) que diferirá según el estado de la naturaleza que se dé. Esto ha sido interpretado como una consecuencia del hecho de que los trabajadores son en general personas más aversas al riesgo (o más expuestas al riesgo, o más pesimistas) y que los empleadores son en cambio personas menos aversas al riesgo (o menos expuestas a él, o más optimistas). Idéntica interpretación puede hacerse para un contrato de préstamo a una empresa, en el cual un acreedor y un deudor (el propietario de la empresa) aportan fondos para que el negocio en cuestión pueda operar. Como normalmente el acreedor recibe por su aporte un rendimiento cierto (la tasa de interés) y el propietario percibe en cambio un rendimiento variable (la tasa de beneficio

neto), esta situación puede verse como equivalente a un intercambio en el cual el primero de ellos es un agente económico más averso al riesgo (o más expuesto al riesgo, o más pesimista) y el segundo es en cambio una persona menos aversa al riesgo (o menos expuesta a él, o más optimista).

## **4.2. Riesgos endógenos y problemas de agencia**

El papel de los contratos como mecanismos para repartir riesgos visto en el apartado anterior parte de la idea de que los riesgos respecto de los cuales están contratando las partes son exógenos a ellas, es decir, no dependen de las acciones que dichas partes lleven a cabo. Al respecto son ilustrativos los ejemplos de estados de la naturaleza que hemos utilizado: “lluvia” y “sequía” son fenómenos meteorológicos sobre los cuales las personas no tienen influencia; “expansión” y “recesión” son fenómenos macroeconómicos sobre los cuales la influencia de las decisiones de los agentes individuales es nula o insignificante.

En muchas circunstancias de la vida económica, sin embargo, los individuos enfrentan riesgos sobre los cuales tienen algún control, y estos riesgos pueden formar parte necesaria de algunos contratos. El caso más estudiado por la literatura económica es el denominado “riesgo moral”, al cual nos hemos referido ya en el apartado 2.6. Este tipo particular de riesgo tiene lugar cuando, como consecuencia de un cierto contrato, un agente económico cuyas acciones influyen sobre el nivel de riesgo se ve inducido a modificar dichas acciones. Las situaciones de riesgo moral son consecuencia directa de lo que en economía se conoce como “problema de agencia” o “problema principal-agente”. Dicho problema se da cuando, en una relación contractual, ocurre que:

- a) ciertos actos de una de las partes no pueden ser observados por la otra parte;
- b) dichos actos no pueden ser inferidos directamente de la observación de otras variables;
- c) los actos en cuestión impactan sobre la probabilidad de ocurrencia de ciertos sucesos que tienen efectos sobre los beneficios o las utilidades esperadas de las partes.

La asociación de este problema económico con el concepto de agencia parte de la idea de que este tipo de situaciones es semejante a la de un mandante o principal que le encarga cierta actividad a un mandatario o agente pero no le especifica (ni puede controlar con exactitud) las acciones que este agente debe llevar a cabo para realizar la actividad en cuestión. Lo que sí puede observar con posterioridad es el resultado de las acciones (por ejemplo, un cierto nivel de beneficios), pero dicho resultado no depende sólo de lo que el agente haya hecho sino también de ciertos factores exógenos sujetos a incertidumbre. Como el efecto de esos factores exógenos no puede ser desentrañado del efecto de las acciones del agente, el principal termina enfrentándose a un doble riesgo: el creado por los factores exógenos (naturales, macroeconómicos, etc) y el creado por las acciones ocultas del agente (endógeno a la relación contractual).

La forma de solucionar o paliar este tipo de problemas de agencia a través de contratos parte esencialmente de la idea de que, en una situación en la cual una de las partes tiene mayor control respecto del riesgo al que está sometida la actividad, dicha parte debe ser la que absorba el riesgo total en mayor medida. Dado que el problema principal-agente surge porque existe un agente cuyas acciones influyen en las probabilidades de los estados de la naturaleza, esto implica que debe ser él quien asuma la mayor parte del riesgo, como modo de asegurar al principal y de crear incentivos para que se tomen los cursos de acción más eficientes. Supongamos por ejemplo una actividad que puede generar dos niveles de beneficios diferentes: un beneficio alto (de

\$98) o un beneficio bajo (de \$50). Supongamos también que dicha actividad necesita del concurso de dos personas, una de las cuales es el dueño de la empresa (principal) y la otra es el que la administra (agente). Las probabilidades de ocurrencia de los beneficios altos y bajos dependen de varios factores, uno de los cuales es el nivel de esfuerzo del agente (que es una variable que éste conoce pero que no puede medirse objetivamente y que permanece oculta para el principal). Se da así que, si el agente actúa de manera esforzada (E), la probabilidad de que la empresa obtenga un beneficio alto es de 0,75 y la de que obtenga un beneficio bajo es de 0,25. Si, en cambio, el agente actúa de manera displicente (D), dichas probabilidades pasan a ser de 0,25 y 0,75 respectivamente. Actuar de manera esforzada, sin embargo, tiene para el agente un costo extra, que supondremos igual a \$13.

Supongamos que tanto el principal como el agente son personas neutrales al riesgo cuya función de valuación es “ $v = Y$ ”, y que en un principio acuerdan repartirse los beneficios por mitades. Esto implica que las utilidades esperadas de estas personas (“ $V_p$ ” y “ $V_a$ ”) cuando el agente actúa de manera esforzada y de manera displicente son respectivamente las siguientes:

$$V_p(E) = 0,25 \cdot 25 + 0,75 \cdot 49 = 43 \quad ; \quad V_p(D) = 0,75 \cdot 25 + 0,25 \cdot 49 = 31 \quad ;$$

$$V_a(E) = 0,25 \cdot 25 + 0,75 \cdot 49 - 13 = 30 \quad ; \quad V_a(D) = 0,75 \cdot 25 + 0,25 \cdot 49 = 31 \quad .$$

Como puede observarse, si el agente es el que tiene que decidir su nivel de esfuerzo, esta forma de repartir los beneficios lo induce a elegir un comportamiento displicente. Esto es así porque el costo que tiene para él comportarse de manera esforzada (\$13) es mayor que el beneficio que obtiene por incrementar la probabilidad de que la empresa tenga beneficios altos (\$12). Sin embargo, esa decisión tiene también un efecto sobre la utilidad esperada del principal, que es de 31 en vez de ser 43 (como podría serlo si el agente se comportara de manera esforzada).

La manera de resolver este problema de riesgo moral a través de un contrato es pactar que el agente absorba todo el riesgo, y que en cambio el principal reciba siempre una suma fija. Si esta suma fija fuera, por ejemplo, \$37, el agente se quedaría con \$13 en una situación de beneficio bajo y con \$61 en una situación de beneficio alto, y las utilidades esperadas de ambas partes serían:

$$V_p(E) = 0,25 \cdot 37 + 0,75 \cdot 37 = 37 \quad ; \quad V_p(D) = 0,75 \cdot 37 + 0,25 \cdot 37 = 37 \quad ;$$

$$V_a(E) = 0,25 \cdot 13 + 0,75 \cdot 61 - 13 = 36 \quad ; \quad V_a(D) = 0,75 \cdot 13 + 0,25 \cdot 61 = 25 \quad .$$

En una situación como ésta, entonces, el agente pasa a recibir una utilidad esperada mayor si se comporta de manera esforzada que la que recibe si se comporta de manera displicente ( $36 > 25$ ), y esto lo induce a elegir un nivel de esfuerzo alto. Como ahora el principal pasa a tener una utilidad esperada de 37 (que ya no depende de los beneficios de la empresa sino que proviene de una suma fija), ambas partes terminan mejor que en la situación anterior y el excedente total generado se maximiza. La forma en la cual esto se logra tiene implícita la idea de que es más eficiente que quien absorbe el riesgo sea el que tiene mayor control sobre él.

En la práctica, existen ciertos contratos que siguen pautas semejantes a las vistas en los párrafos anteriores y que suelen tener lugar cuando las partes son empresas comerciales. Los contratos de franquicia, por ejemplo, generan una situación de asociación entre un franquiciante y un franquiciado, por el cual el primero de ellos aporta un nombre comercial, un sistema y un conjunto de conocimientos técnicos, y el segundo se compromete a desarrollar una determinada actividad comercial de acuerdo

con las instrucciones generales del franquiciante. En este tipo de contratos (en los cuales la situación del franquiciante se asemeja a la de un principal y la del franquiciado a un agente), es habitual que el modo de repartir los beneficios sea a través del pago de una suma fija (canon) del franquiciado al franquiciante. Esto hace que el riesgo empresario quede básicamente a cargo del franquiciado, ya que es él (a través de su esfuerzo por incrementar las ventas) quien tiene mayor control sobre los sucesos que pueden hacer que los beneficios aumenten o disminuyan en el corto plazo. Otro contrato que puede asemejarse a nuestro ejemplo numérico es el arrendamiento rural, en el cual el propietario de la tierra es el principal y el arrendatario es el agente. La manera en la cual estos individuos se reparten el beneficio que genera la actividad agropecuaria en la que participan es a través del pago de un arrendamiento del arrendatario al propietario, quien de este modo recibe una suma fija. Todo el riesgo de la actividad queda por lo tanto a cargo del arrendatario, que es el que tiene mayor influencia sobre el nivel de beneficios (a través de su esfuerzo por llevar a cabo la actividad productiva).

La regla de reparto de riesgos que resuelve el problema de agencia en los casos anteriores surge de manera muy directa porque tanto el principal como el agente son neutrales al riesgo. En muchas situaciones de riesgo moral, sin embargo, se da que el agente es más averso al riesgo que el principal. Cuando esto acontece, la forma óptima de repartir riesgos a través de un contrato se vuelve menos clara, ya que por un lado el agente está en mejor posición para absorber el riesgo (puesto que tiene mayor control sobre las probabilidades de los sucesos) pero por otro el principal está en mejor posición para absorber el riesgo (ya que es menos averso a él). Para ver cómo estas dos fuerzas se contraponen, modifiquemos un poco el ejemplo numérico visto y supongamos que la función de valuación del agente es " $v_A = \sqrt{Y}$ " y que el costo de comportarse esforzadamente es una cierta magnitud " $c$ " (que según los casos puede adoptar diferentes valores). Cualquier posible reparto de los beneficios entre el principal y el agente puede entonces representarse como un contrato que especifica ciertas retribuciones para el agente ( $R_A, R_B$ ), según se dé una situación de beneficio alto o de beneficio bajo. Así descrito el problema, las correspondientes utilidades esperadas del principal y el agente ante los distintos comportamientos de este último pueden escribirse como sigue:

$$V_p(E) = 0,25 \cdot (50 - R_B) + 0,75 \cdot (98 - R_A) \quad ; \quad V_p(D) = 0,75 \cdot (50 - R_B) + 0,25 \cdot (98 - R_A) \quad ;$$

$$V_a(E) = 0,25 \cdot \sqrt{R_B} + 0,75 \cdot \sqrt{R_A} - c \quad ; \quad V_a(D) = 0,75 \cdot \sqrt{R_B} + 0,25 \cdot \sqrt{R_A} \quad .$$

Ante una situación como ésta, la mejor manera de repartir los riesgos depende esencialmente del valor de " $c$ ". Si éste es bajo, lo ideal es que el agente absorba parte del riesgo como un modo de inducirlo a comportarse esforzadamente. Por ejemplo, si " $c = 1$ ", un contrato que especifica retribuciones para el agente de \$50 y \$25 (ante situaciones de beneficio alto y beneficio bajo, respectivamente) hace que el mismo prefiera esforzarse y que las utilidades esperadas de las partes pasen a ser:

$$V_p(E) = 0,25 \cdot 25 + 0,75 \cdot 48 = 42,25 \quad ; \quad V_p(D) = 0,75 \cdot 25 + 0,25 \cdot 48 = 30,75 \quad ;$$

$$V_a(E) = 0,25 \cdot \sqrt{25} + 0,75 \cdot \sqrt{50} - 1 = 5,55 \quad ; \quad V_a(D) = 0,75 \cdot \sqrt{25} + 0,25 \cdot \sqrt{50} = 5,52 \quad ;$$

con lo cual tanto el principal como el agente absorben parte del riesgo y ambos están mejor cuando el agente adopta un comportamiento esforzado que cuando se comporta displicentemente. Si, en cambio, " $c$ " fuera igual a 10, no habría ningún modo de hacer que el agente prefiriera esforzarse en vez de actuar displicentemente (ni aún dándole

todo el beneficio de la empresa). En esa circunstancia, por lo tanto, lo más eficiente es recurrir a un contrato en el cual el riesgo lo absorbe totalmente el principal, y se descuenta que el agente no va a actuar de manera esforzada. Esto se da, por ejemplo, si “ $R_A = R_B = \$25$ ”, y entonces:

$$V_p(E) = 0,25 \cdot 25 + 0,75 \cdot 73 = 61 \quad ; \quad V_p(D) = 0,75 \cdot 25 + 0,25 \cdot 73 = 37 \quad ;$$

$$V_a(E) = 0,25 \cdot \sqrt{25} + 0,75 \cdot \sqrt{25} - 10 = -5 \quad ; \quad V_a(D) = 0,75 \cdot \sqrt{25} + 0,25 \cdot \sqrt{25} = 5 \quad .$$

En este caso lo que acontece es que el agente adopta un comportamiento displicente (ya que “ $5 > -5$ ”) y recibe una remuneración promedio menor pero menos variable que en el caso anterior. El principal, en cambio, recibe una remuneración mucho mayor cuando los beneficios son altos, pero sabe que la probabilidad de que eso suceda es baja (ya que el agente no tiene incentivos a comportarse de manera esforzada).

Los contratos laborales son una fuente importante de ejemplos en los cuales se mezclan problemas de agencia (el trabajador tiene más control sobre el riesgo que el empleador) y de aversión al riesgo (el trabajador es más averso al riesgo que el empleador). En muchas circunstancias el último de estos factores tiene más peso que el primero, y los trabajadores terminan recibiendo un sueldo fijo (y todo el riesgo empresario lo asume el empleador). Sin embargo, cuando la relación de empleo implica obligaciones relacionadas con las ventas de la empresa o con la administración de la misma en un nivel jerárquico elevado, suelen aparecer mecanismos de compensación que le transfieren riesgo al trabajador (como una forma de incentivarlo a incrementar su nivel de esfuerzo). Los más habituales son las comisiones por ventas (que en el caso de vendedores y viajantes de comercio suelen ser una parte muy sustancial de su remuneración) y las participaciones en los beneficios de la empresa (habituales dentro de la remuneración de los ejecutivos).

Algunos autores (véase, por ejemplo, Milgrom y Roberts, 1992) han visto a los sistemas de promoción basados en concursos internos (en los cuales sólo el “mejor empleado” entre varios asciende al nivel superior) como maneras alternativas de resolver problemas de agencia y de incentivar a los trabajadores a mantener un nivel de esfuerzo elevado. La idea implícita es que el trabajador relaciona un mayor nivel de esfuerzo con una mayor probabilidad de incrementar su salario en el futuro, y por lo tanto visualiza una relación positiva entre esfuerzo y retribución. De la misma manera, un esquema de remuneraciones basado en la antigüedad del empleado puede tener también el objetivo de incentivar un mayor esfuerzo, si es que los trabajadores pueden relacionar esfuerzo con desempeño y con menor probabilidad de ser despedidos. En circunstancias como éstas, la utilidad esperada de un nivel de esfuerzo alto está relacionada con una mayor probabilidad de permanecer en la empresa y de recibir en consecuencia un salario futuro más alto.

### **4.3. Información asimétrica y contratos**

Los ejemplos de contratos vistos en el apartado anterior tienen como objetivo básico resolver problemas de información asimétrica que se dan en situaciones de acciones ocultas. Esto es así porque el tipo de riesgo endógeno presente en tales situaciones (riesgo moral) se origina en la existencia de un elemento (nivel de esfuerzo del agente) cuyo control corre por cuenta de una de las partes del contrato y que no puede ser observado directamente por la otra parte, si bien se sabe que su existencia influye sobre el nivel de beneficios de ambos contratantes. En este apartado

estudiaremos cómo los contratos pueden servir también para resolver problemas de información asimétrica originados en la existencia de conocimiento oculto, a través de dos mecanismos denominados escudriñamiento y señalización.

La economía de la información designa bajo el nombre de escudriñamiento (*screening*) a un procedimiento contractual por el cual, en una situación de conocimiento oculto, el agente económico que tiene menos información ofrece cláusulas optativas que sólo están dispuestos a elegir quienes poseen determinadas características (y no los demás). De este modo, los agentes económicos más informados se autosegmentan, y revelan indirectamente sus características a los agentes económicos menos informados. Los contratos en los cuales tienen lugar situaciones de escudriñamiento son típicamente “contratos de adhesión”, es decir, contratos en los cuales la parte proponente es la que elabora unilateralmente el texto del contrato y la parte aceptante simplemente manifiesta su consentimiento sin modificar dicho texto contractual. La forma mediante la cual el proponente logra escudriñar las características del aceptante es a través del ofrecimiento de distintos contratos alternativos, pensados para que a los aceptantes que posean determinadas características les convenga elegir una de dichas alternativas y a los que posean otras características les convenga elegir otra de las opciones ofrecidas.

Uno de los ejemplos típicos de contratos en los cuales se generan problemas de información asimétrica originados en situaciones de conocimiento oculto es el contrato de seguro, ya visto en el apartado 2.7. Como mencionamos allí, el fracaso de mercado que puede producirse en una situación como ésta recibe el nombre de “selección adversa”, y se genera porque la propia naturaleza del contrato incentiva a que los individuos que enfrentan mayores riesgos tiendan a asegurarse y los que enfrentan menores riesgos tiendan a no asegurarse. Para evitar que esto suceda, los aseguradores suelen incluir en los contratos que ofrecen una serie de cláusulas optativas que les permiten distinguir entre grupos de asegurados de mayor y menor riesgo, haciendo que los propios asegurados se separen en diferentes segmentos según cuál sea su exposición al riesgo.

En el caso de los contratos de seguro, el mecanismo de escudriñamiento más habitual surge de una combinación entre la prima del seguro y el monto asegurado. Supongamos que el asegurador sabe que, dentro del grupo de personas que le demandan seguros, existen individuos de alto riesgo e individuos de bajo riesgo (de sufrir un determinado daño). Si el asegurador ofrece un solo tipo de seguro (por ejemplo, una prima de \$20 por asegurar un monto de \$100), dicho contrato va a ser aceptado sólo por aquellos asegurados cuyo riesgo de sufrir el daño sea relativamente alto. Las personas que enfrenten riesgos relativamente bajos, en cambio, preferirán no asegurarse, ya que percibirán el seguro como algo muy caro. Dada la naturaleza de su negocio, sin embargo, el asegurador tiene interés en conseguir que los individuos de menor riesgo también se aseguren, ya que para él dichas personas son una fuente de ingresos que trae aparejada menores costos esperados. El modo de atraer a dichas personas, por lo tanto, es ofrecerles seguros alternativos con primas menores. Sin embargo, si las personas de mayor riesgo también tienen acceso a dichos seguros, esa situación le genera un problema al asegurador, que corre el riesgo de estar celebrando contratos en los cuales el valor esperado de las indemnizaciones a pagar supera al monto de las primas cobradas. En una situación en la cual no resulta posible distinguir entre los dos grupos de asegurados por medio de características objetivas (por ejemplo, ubicación geográfica, antecedentes, etc) o en la cual persistan diferencias importantes entre los asegurados después de efectuada dicha separación, una manera de escudriñar entre clientes es

ofrecerles alternativas con mayor prima y mayor cobertura y alternativas con menor prima y menor cobertura. La idea es que los asegurados de mayor riesgo elijan pagar primas más altas y cubrirse totalmente, en tanto que los asegurados de menor riesgo opten por seguros parciales a cambio de reducciones en la prima.

Pensemos por ejemplo en dos personas aversas al riesgo (1 y 2) cuya función de valuación sea “ $v = \sqrt{Y}$ ”, pero que enfrenten riesgos diferentes de sufrir una pérdida. Supongamos que ambas personas tienen el mismo ingreso inicial de \$100, pero que la persona 1 tiene una probabilidad de 0,1 y la persona 2 tiene una probabilidad de 0,3 de perder dicho ingreso. En un caso como éste, el problema que tiene el asegurador para diseñar un mecanismo de escudriñamiento es imaginar un contrato que incluya dos niveles alternativos de indemnización ( $I_1$  e  $I_2$ ) por los cuales se paguen primas diferentes ( $p_1$  y  $p_2$ ) y se cumplan los siguientes tres requisitos:

- a) ambos individuos deben preferir asegurarse a no hacerlo (condición de participación);
- b) el individuo 1 debe preferir la combinación “ $I_1, p_1$ ” a la combinación “ $I_2, p_2$ ” y el individuo 2 debe preferir la combinación “ $I_2, p_2$ ” a la combinación “ $I_1, p_1$ ” (condición de compatibilidad de incentivos);
- c) ambos contratos deben ser rentables para la empresa (condición de autofinanciación).

En una situación como la descrita, puede mostrarse que un contrato de adhesión que satisface los tres requisitos mencionados es el que ofrece “ $I_1 = 40$ ”, “ $I_2 = 100$ ”, “ $p_1 = 11$ ” y “ $p_2 = 32$ ”. En efecto, suponiendo que la prima se paga tanto cuando ocurre como cuando no ocurre el daño y que la indemnización se cobra sólo en esta última situación, las utilidades esperadas de las personas 1 y 2 son ambas superiores si deciden asegurarse que si optan por una situación sin seguro. De este modo:

$$V_1 = 0,1 \cdot \sqrt{(40-11)} + 0,9 \cdot \sqrt{(100-11)} = 9,03 > 9 = 0,1 \cdot \sqrt{0} + 0,9 \cdot \sqrt{100} \quad ;$$

$$V_2 = 0,3 \cdot \sqrt{(100-32)} + 0,7 \cdot \sqrt{(100-32)} = 8,25 > 7 = 0,3 \cdot \sqrt{0} + 0,7 \cdot \sqrt{100} \quad .$$

Además, la utilidad esperada de la persona 1 es mayor si elige “ $I_1, p_1$ ” y la utilidad esperada de la persona 2 es mayor si elige “ $I_2, p_2$ ”, ya que se da que:

$$V_1 = 9,03 > 8,25 = 0,1 \cdot \sqrt{(100-32)} + 0,9 \cdot \sqrt{(100-32)} \quad ;$$

$$V_2 = 8,25 > 8,22 = 0,3 \cdot \sqrt{(40-11)} + 0,7 \cdot \sqrt{(100-11)} \quad .$$

Por último, suponiendo que el asegurador es una empresa neutral al riesgo, los valores propuestos para las indemnizaciones y las primas le resultan rentables, puesto que los beneficios esperados que se obtienen de los contratos son positivos. En efecto:

$$V_A(I_1, p_1) = 11 - 0,1 \cdot 40 = 7 \quad ; \quad V_A(I_2, p_2) = 32 - 0,3 \cdot 100 = 2 \quad .$$

El otro mecanismo para resolver problemas de selección adversa a través de contratos es la señalización (*signaling*), por el cual el agente económico que tiene más información ofrece cláusulas contractuales que le permiten inferir al agente económico que tiene menos información la existencia de una característica determinada. Al revés que en el mecanismo de escudriñamiento, en este caso el individuo más informado es el proponente y el menos informado es el aceptante. Para que el mecanismo funcione, sin embargo, tiene que haber proponentes de ciertas características que estén interesados en incurrir en algún costo que otros proponentes de otras características no estén dispuestos a afrontar. La voluntad de hacerse cargo de dichos costos opera entonces como una señal de las características que tiene el proponente (o el bien o servicio que está

ofreciendo dicho proponente) que lo distingue de otros, y que hace que el aceptante esté dispuesto a contratar con dicho proponente, en el entendimiento de que el mismo posee las características que se corresponden con la señal que está dando.

Un ejemplo de cómo la señalización puede resolver un problema de selección adversa aparece en el mercado de los automóviles usados mencionado en el apartado 2.7, y se materializa a través de contratos de compraventa con y sin garantía. Supongamos que, para un automóvil de cierta marca y modelo, existen dos tipos de unidades: las de buena calidad (b), cuya probabilidad de dejar de funcionar en un plazo corto es de 0,1; y las de mala calidad (m), cuya probabilidad de dejar de funcionar en dicho plazo es de 0,5. Supongamos además que los vendedores de autos usados saben a qué grupo pertenece la unidad que venden, y que los compradores no lo saben. Pensemos además que cada vendedor le asigna a su unidad un valor de \$500 y que cada comprador le asigna a dicha unidad un valor de \$800, pero que dichos valores sólo rigen si el auto funciona. De este modo, un auto bueno vale \$450 para su vendedor ( $0,1 \cdot 0 + 0,9 \cdot 500$ ) y \$720 para el que lo compra ( $0,1 \cdot 0 + 0,9 \cdot 800$ ), en tanto que un auto malo vale \$250 para quien lo vende ( $0,5 \cdot 0 + 0,5 \cdot 500$ ) y \$400 para el comprador ( $0,5 \cdot 0 + 0,5 \cdot 800$ ).

Supongamos que en esas circunstancias hay vendedores que ofrecen una garantía de \$900 para el caso en el que el automóvil que venden deje de funcionar y piden por su unidad un precio de \$680. Tales vendedores deben forzosamente ser dueños de un auto de buena calidad, ya que, en esas condiciones y a ese precio, un propietario de un auto de mala calidad tiene un beneficio esperado negativo. En efecto:

$$V_b(680; 900) = 680 - 450 - 0,1 \cdot 900 = 140 > 0 \quad ;$$

$$V_m(680; 900) = 680 - 250 - 0,5 \cdot 900 = -20 < 0 \quad .$$

A un precio de \$680 y con una garantía por \$900, además, el comprador tiene un beneficio esperado que también es positivo y que surge de hacer:

$$V_c(680; 900) = 720 + 0,1 \cdot 900 - 680 = 130 > 0 \quad .$$

En un caso como éste la garantía opera no sólo como un servicio adicional que se incluye dentro del contrato de compraventa, sino también como una señal de que el automóvil comercializado es de buena calidad. Por oposición, la ausencia de garantía puede operar como una señal de que el automóvil comercializado es de mala calidad. En efecto, para que, pudiendo comprar con garantía, un comprador esté dispuesto a adquirir un automóvil que no la posea, será necesario que el vendedor ofrezca un precio lo suficientemente bajo como para que su beneficio esperado se iguale con el que obtiene cuando compra un auto con garantía. Este precio es típicamente inconveniente para el vendedor de un auto bueno, pero puede darle cierto beneficio al vendedor de un auto malo. En nuestro ejemplo dicho precio es igual a \$270, e implica valores esperados de “ $V_c$ ”, “ $V_b$ ” y “ $V_m$ ” que son respectivamente los siguientes:

$$V_c(270; 0) = 400 - 270 = 130 = V_c(680; 900) \quad ;$$

$$V_b(270; 0) = 270 - 450 = -180 < 0 \quad ;$$

$$V_m(270; 0) = 270 - 250 = 20 > 0 \quad .$$

Las condiciones expuestas para que los contratos de compraventa con y sin garantía operen como mecanismos de señalización que resuelven el problema de conocimiento oculto presente en esta situación pueden resumirse entonces del siguiente modo:

- a) ambos tipos de vendedores deben preferir vender sus unidades a no hacerlo (condición de participación);
- b) el vendedor del grupo “b” debe preferir vender más caro y con garantía a vender más barato y sin garantía, y el vendedor del grupo “m” debe preferir vender más barato y sin garantía a vender más caro y con garantía (condición de compatibilidad de incentivos);
- c) el comprador debe obtener un beneficio esperado positivo, que debe ser igual cuando compra con garantía que cuando compra sin garantía (condición de indiferencia).

En otros ejemplos más complejos con varios tipos de compradores, la condición de indiferencia puede reemplazarse por un conjunto de condiciones de participación y de compatibilidad de incentivos de los compradores. Podrá así darse que existan individuos que prefieran comprar más caro y con garantía y otros que prefieran comprar más barato y sin garantía, según cuánto valoren el riesgo de rotura del vehículo. Dentro del primer grupo podrían estar los compradores más aversos al riesgo y dentro del segundo los compradores menos aversos al riesgo. El mecanismo de señalización a través de cláusulas contractuales que establecen compromisos de garantía, sin embargo, operaría igual que en el ejemplo anterior, separando a los vendedores en dos grupos que ofrecerían respectivamente unidades garantizadas de mejor calidad y mayor precio y unidades no garantizadas de peor calidad y menor precio (Para un análisis más técnico de estos temas, puede consultarse a Salanié, 1997).

#### **4.4. Oportunismo y derecho contractual**

Todo el análisis efectuado en los apartados anteriores respecto del papel de los contratos en la vida económica supuso implícitamente que las cláusulas contractuales que las partes pactaban entre sí terminaban cumpliéndose. En esta sección estudiaremos al problema económico de los contratos desde una perspectiva diferente, centrada en la normativa contractual. Nuestro principal interés radicará en establecer cómo el derecho puede influir en la decisión de las partes de cumplir o no con un contrato previamente celebrado, y cómo esta influencia puede transmitirse a la decisión de celebrar o no dicho contrato. El enfoque que adoptaremos es el de la economía normativa, ya que nuestro objetivo será determinar qué características debe tener el derecho contractual para inducir un comportamiento eficiente de los agentes económicos. El parámetro de eficiencia estará en la mayoría de los casos guiado por el concepto ya visto de “costos de transacción”. De ese modo, una norma que permite reducir los costos de transacción entre las partes será vista como más eficiente que otra que no permite dicha reducción.

Posner (1998) señala que los dos papeles principales que cumple el derecho contractual desde el punto de vista económico son resolver los problemas de oportunismo y de contingencias imprevistas. El oportunismo es un fenómeno que implica la posibilidad de que alguna de las partes incumpla su promesa o se aproveche de su situación para adoptar una acción que vulnera el espíritu de lo pactado contractualmente. Las contingencias imprevistas son situaciones en las cuales se produce un fenómeno exógeno que altera el contexto en el cual se pactaron las obligaciones contractuales, y que hace que algo que resultaba beneficioso para alguna de las partes (o para ambas) pase a ser inconveniente. Ambos conceptos tienen puntos de contacto entre sí (la aparición de contingencias imprevistas, por ejemplo, puede incentivar que una de las partes adopte un comportamiento oportunista) y son parte integrante de la idea de costos de transacción. En efecto, como para resolver los problemas de oportunismo y las contingencias imprevistas puede ser necesario que las partes tengan que negociar previamente un número mayor de cláusulas contractuales y

tengan que recurrir posteriormente a procedimientos destinados a remediar los efectos de dichos problemas, todo esto implica un dispendio de recursos que no beneficia a ninguno de los contratantes.

El problema del oportunismo contractual aparece en todos los contratos en los cuales las prestaciones tienen lugar de manera secuencial y no simultánea. Si una de las partes de un contrato tiene que cumplir con su prestación antes que la otra, esta última tiene incentivos para incumplir su parte una vez que la primera ha cumplido con la suya. Conociendo esto, la primera parte puede preferir no contratar con la segunda, a pesar de que sabe que ambos contratantes estarían mejor si el contrato se cumpliera. La existencia de normas jurídicas que aseguren que las partes no pueden incumplir gratuitamente sus promesas contractuales es por lo tanto un factor que contribuye a reducir los costos de transacción en situaciones como la descrita. En efecto, si la segunda parte sabe que su incumplimiento la obliga a indemnizar a la primera parte, esto puede hacer que –cuando tenga que decidir si cumple o no con su obligación– halle más conveniente cumplir que incumplir y el contrato termine llevándose a cabo tal como fue pactado. Si, antes de celebrar el contrato, las dos partes hallaban beneficioso involucrarse en dicha relación contractual, entonces la existencia de una norma jurídica como la mencionada sirve para permitir que un intercambio mutuamente conveniente se pueda llevar a cabo.

Lo expresado en el párrafo anterior puede visualizarse a través de un ejemplo sencillo de un contrato de compraventa, en cuya descripción utilizaremos la terminología de la teoría de los juegos vista en el apartado 2.4. Supongamos que un vendedor (V) tiene un bien cuyo costo es \$10, pero cuyo valor para cierto comprador (C) es de \$15. Por razones de uso, “C” necesita el bien inmediatamente, pero por razones financieras sólo puede pagarlo luego de un tiempo. “V”, en cambio, puede proveer el bien de inmediato y no necesita cobrar al contado, por lo cual ambas partes pueden efectuar un intercambio provechoso a un precio de, por ejemplo, \$13. Sin embargo, si no existieran normas jurídicas que obligaran a “C” a cumplir con su parte del contrato una vez que “V” cumplió con la suya, la transacción no se llevaría a cabo, ya que “C” hallaría más beneficioso no pagar y “V” hallaría más beneficioso no entregar el bien. En un caso como éste, además, no se ganaría nada invirtiendo los papeles de los contratantes (haciendo que “C” pague por anticipado y “V” entregara con posterioridad), ya que en dicha circunstancia sería “V” el que incumpliría y, anticipando esa conducta, “C” preferiría no entregar el dinero.

**Gráfico 4.1**

		C	
		Pagar	No pagar
V	Entregar	13-10; 15-13	-10; 15
	No entregar	13; -13	0; 0

“No entregar / No pagar” es en este caso el único equilibrio de Nash del juego entre “C” y “V” en una situación sin normas de derecho contractual, tal como surge de observar el gráfico 4.1. En efecto, si “C” juega “Pagar”, “V” obtiene un beneficio mayor de no entregar (13) que de entregar ( $13-10 = 3$ ). Asimismo, si “C” juega “No pagar”, el beneficio de “V” también es mayor no entregando (0) que entregando (-10). Por otro

lado, “No pagar” es la mejor estrategia para “C” tanto si “V” juega “Entregar” (en cuyo caso se da que  $15 > 15-13 = 2$ ) como si juega “No entregar” (en cuyo caso se da que  $0 > -13$ ). A pesar de que, si los dos cumplieran con sus promesas, “V” obtendría un beneficio de \$3 y “C” obtendría un beneficio de \$2, el equilibrio que surge de computar la mejor respuesta de cada jugador a las estrategias del otro nos muestra que ambos optarán por no cumplir (lo cual, en este ejemplo, es equivalente a una situación en la cual el contrato no se lleva a cabo).

Si, en cambio, la relación contractual expuesta tuviera lugar en un contexto en el cual no entregar el bien obliga al vendedor a devolver lo cobrado y no pagar obliga al comprador a devolver el bien, aparece un equilibrio de Nash del juego que es “Pagar / Entregar”, tal como se ve en el gráfico 4.2. Esto es así porque ahora a “V” le conviene entregar si “C” paga (ya que  $13-10 = 3 > 13-13 = 0$ ) y a “C” le conviene pagar si “V” entrega (ya que  $15-13 = 2 > 15-15 = 0$ ). Este equilibrio, además, es el único que subsiste si uno de los jugadores mueve primero y el otro mueve después, ya que el cumplimiento de la prestación por parte del primer jugador hace que automáticamente al segundo jugador le convenga cumplir con su parte del contrato (Para más detalles acerca de la aplicación de la teoría de los juegos al análisis de los contratos puede consultarse a Baird, Gertner y Picker, 1994).

**Gráfico 4.2**

		C	
		Pagar	No pagar
V	Entregar	13-10; 15-13	0; 15-15
	No entregar	13-13; 0	0; 0

El papel del derecho contractual como mecanismo que asegura la eficiencia y disminuye los costos de transacción es particularmente claro en situaciones como la del ejemplo anterior, en las cuales no existe ningún tipo de incertidumbre exógena. En dichas circunstancias, si las partes de un contrato deseaban que el contrato se cumpliera en el momento en el cual lo celebraron, entonces es eficiente que el contrato se cumpla tal como fue pactado. Esto es así porque la propia idea del contrato como declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes presupone que todos los contratantes hallan más conveniente estar dentro del contrato que fuera de él, y que por lo tanto todos obtienen algún beneficio del cumplimiento de las cláusulas contractuales acordadas en su momento. En cambio, cuando los contratos tienen lugar en circunstancias en las que sí media incertidumbre exógena, la labor del derecho contractual se vuelve más compleja. Esto se debe a que, en virtud de la ocurrencia de contingencias imprevistas, un contrato que resultaba beneficioso para ambas partes puede volverse perjudicial para alguna de ellas. Puede también pasar que, por la existencia de información asimétrica, una de las partes creyera que el contrato la beneficiaba cuando en realidad la perjudicaba. En tales casos, el derecho contractual tiene cierto margen para reducir los costos de transacción y aumentar la eficiencia económica, si bien los instrumentos que debe utilizar crean también el riesgo de que los costos de transacción aumenten y la eficiencia disminuya.

Cooter y Ulen (1997) esbozan seis principios que a su entender deberían guiar la estructura del derecho contractual, cuya aplicación es más o menos frecuente (y más o

menos sencilla) según el contexto en el que tengan lugar las relaciones contractuales. Dichos principios son los siguientes:

- 1) permitir que los juegos con soluciones ineficientes se transformen en juegos con soluciones eficientes (facilitando la cooperación a través de contratos);
- 2) asegurar un nivel de cumplimiento óptimo de los contratos;
- 3) asegurar una confianza óptima en las promesas contractuales;
- 4) suministrar mecanismos eficientes de interpretación de las lagunas contractuales;
- 5) corregir fracasos de mercado mediante la regulación de los términos de los contratos;
- 6) promover relaciones permanentes que resuelvan el problema de la cooperación sin necesidad de utilizar contratos explícitos.

El primero de los principios enunciados se refiere al tema ya comentado de evitar el oportunismo, a través de normas que aseguren la inconveniencia del “oportunismo contractual gratuito”. El principio 6, por su parte, esboza la posibilidad de que ciertos problemas de oportunismo puedan resolverse sin necesidad de recurrir a normas de derecho contractual, si las partes que celebran el contrato saben que su relación comercial tendrá lugar durante un período prolongado. En dicha circunstancia las partes toman decisiones repetidamente, y pueden hallar conveniente cumplir con sus obligaciones contractuales (que en nuestro ejemplo anterior eran entregar el bien comercializado y pagar el precio convenido) sin necesidad de que existan penalidades explícitas por incumplir. La causa es semejante a la vista en el apartado 2.4 para explicar el fenómeno de la colusión entre empresas. En este caso, el vendedor sabe que si no entrega la cosa que está vendiendo obtiene un beneficio de corto plazo, pero arruina para siempre su reputación y pierde la posibilidad de seguir comerciando con un determinado cliente. Por su parte, el comprador sabe que, si no paga, gana en el corto plazo pero pierde en el largo plazo, por idénticos motivos. Si ambas partes valoran suficientemente el futuro, preferirán obtener una ganancia moderada pero permanente (que en nuestro ejemplo era respectivamente de \$3 y \$2) a obtener una ganancia presente mayor por violar su contrato implícito (de \$13 y \$15) pero condenarse a que la relación comercial se rompa.

Así como los principios 1 y 6 se aplican principalmente a casos de oportunismo liso y llano, los principios 2 y 3 se refieren a situaciones en las cuales pueden aparecer contingencias que hagan que una transacción que resultaba eficiente en el momento de celebrar el contrato se vuelva ineficiente en el momento de llevarla a cabo. Así, el concepto de “cumplimiento óptimo” mencionado en el principio 2 surge de relacionar el costo que tiene cumplir con su obligación contractual para la parte que aún debe su prestación (deudor) con el beneficio que tiene dicho cumplimiento para la parte que debe recibir dicha prestación (acreedor). Analíticamente, este principio se expresa a través de las siguientes implicaciones:

Costo del deudor < Beneficio del acreedor  $\Rightarrow$  Es eficiente ;  
por cumplir por el cumplimiento cumplir

Costo del deudor > Beneficio del acreedor  $\Rightarrow$  Es eficiente .  
por cumplir por el cumplimiento incumplir

El modo en el cual el derecho contractual puede inducir un cumplimiento óptimo de las promesas contractuales es a través de las indemnizaciones por incumplimiento. Idealmente, las mismas deben igualarse con el beneficio que obtiene el acreedor si el contrato se cumple, para así inducir al deudor a incumplir solamente cuando su costo se eleve de tal modo que le resulte preferible incumplir e indemnizar que cumplir con el

contrato. Estas indemnizaciones se relacionan con los conceptos de “daño emergente” y “lucro cesante”, y a ellas nos referiremos con mayor detalle en el próximo apartado.

En las actividades económicas, la celebración de contratos suele tener consecuencias que van bastante más allá de una relación bilateral entre dos partes. Muchas veces las partes celebran contratos para asegurarse ciertas prestaciones que ellas luego revenden por medio de otros contratos, y a las cuales les agregan valor adicional. Resulta por ello importante que quien contrata pueda confiar en recibir la prestación correspondiente, pero si lo que tiene lugar es una “confianza excesiva” (*overreliance*), entonces puede suceder que –ante una contingencia imprevista que haga eficiente incumplir el contrato– la pérdida social que tiene lugar se vuelva mayor que lo eficiente. Un ejemplo de esto es una situación en la cual el comprador de un insumo celebra un contrato de suministro con un proveedor y simultáneamente efectúa una inversión en un equipo para procesar dicho insumo. Por una circunstancia fortuita puede darse que al proveedor se le encarezca excesivamente la entrega del insumo, y que por lo tanto se vuelva eficiente incumplir el contrato. Pero si el comprador sabe que, en caso de incumplimiento, el proveedor tiene la obligación de resarcirlo por la pérdida sufrida como consecuencia de su inversión, entonces el comprador puede verse inducido a invertir excesivamente en el equipo de procesamiento. El nivel eficiente de confianza al que se refiere el principio 3 de Cooter y Ulen, entonces, es aquél cuyo beneficio marginal esperado es igual al costo marginal esperado de un eventual incumplimiento contractual, tal como surge de esta fórmula:

$$(1 - p) \cdot BmC = CmI \quad ;$$

donde “p” es la probabilidad de ocurrencia de un suceso que vuelva ineficiente cumplir con el contrato, “BmC” es el beneficio marginal que genera una unidad adicional de inversión en confianza cuando el contrato se cumple y “CmI” es el costo marginal que genera una unidad adicional de inversión en confianza. El modo en el cual el derecho contractual puede inducir un nivel de confianza óptima en las promesas contractuales es hacer que el que decide dicho nivel de confianza (en este caso, el acreedor) reciba todo el beneficio marginal de la misma y soporte todo el costo marginal. Esto implica poner un límite a la indemnización que puede recibir en caso de incumplimiento contractual, y también está ligado con los conceptos de restitución, daño emergente y lucro cesante.

Otro tema en el cual el derecho puede influir sobre las decisiones de los contratantes y hacer que disminuyan los costos de transacción que dichos contratantes enfrentan es el de las lagunas contractuales. Dichas lagunas representan contingencias que el contrato no prevé y que, si se dan, deben resolverse recurriendo a una negociación posterior, a un arbitraje o a un proceso judicial. Dejar una laguna en un contrato tiene por lo tanto el costo de tener que asignar posteriormente las pérdidas que eventualmente se produzcan. Llenar la laguna contractual, en cambio, tiene el costo de tener que negociar *ex-ante* el modo en el cual dicha pérdida eventual va a asignarse. La decisión de dejar o no una laguna contractual surge por lo tanto de comparar el valor esperado de ambos costos, y lleva a los contratantes a seguir el resultado de las siguientes implicaciones:

Costo de asignar un riesgo	>	Costo de asignar una pérdida	x	Probabilidad de la pérdida	⇒	Dejar la laguna contractual ;
Costo de asignar un riesgo	<	Costo de asignar una pérdida	x	Probabilidad de la pérdida	⇒	Llenar la laguna contractual .

El modo en el cual el derecho asigna las pérdidas contingentes no previstas explícitamente en los contratos tiene influencia en la decisión de los contratantes de dejar o no una laguna contractual. Lo que dice el principio 4 de Cooter y Ulen es que uno de los objetivos del derecho debe ser reducir el costo de asignar el riesgo, a través de reglas que aseguren que, si la pérdida se produce, se aplicarán de modo supletorio reglas generales que harán que probablemente el riesgo sea asumido por la parte que esté en mejores condiciones de enfrentarlo. También es importante en este punto que el derecho resulte predecible, es decir, que los contratantes puedan prever con cierta confianza cuál va a ser el modo en el cual el sistema jurídico va a asignar la pérdida en el caso de que la misma se produzca y el contrato no la prevea explícitamente. Esa predictibilidad sirve fundamentalmente para reducir el costo de asignar la pérdida, y lleva por lo tanto a dejar más lagunas contractuales. Tal podría ser el caso de los contratos que se celebran bajo regímenes jurídicos basados en el derecho codificado (que típicamente tienen leyes escritas más detalladas respecto de cómo se interpretan los contratos en ausencia de cláusulas explícitas) y que son generalmente más sucintos que contratos similares que se celebran bajo regímenes basados en el derecho consuetudinario.

Finalmente, el principio 5 esbozado por Cooter y Ulen tiene que ver con la interpretación de los contratos en situaciones de fracaso de mercado. Cuando el fracaso de mercado implícito está ligado con la existencia de poder de mercado o de externalidades reales, el mismo queda en general fuera de la esfera del derecho contractual, y debe resolverse aplicando normas relativas a los derechos de propiedad (para externalidades reales limitadas a pocos afectados), normas de regulación directa (para externalidades reales con múltiples afectados y para casos de monopolio natural) o normas de defensa de la competencia (para problemas de ejercicio del poder de mercado en situaciones que deberían ser competitivas). Estas normas implican limitaciones a la libertad de las partes para contratar y pueden en ciertas circunstancias volver nulas algunas cláusulas contractuales. El propio derecho contractual también introduce limitaciones que buscan resolver fracasos de mercado originados en problemas de información asimétrica. En el Código Civil argentino, por ejemplo, aparecen mencionados los casos de lesión (artículo 954), evicción (artículos 2089-2117) y vicios redhibitorios (artículos 2164-2181), que son todas causales de nulidad de los contratos basadas en problemas de información.

#### **4.5. Restitución, daño emergente y lucro cesante**

La ejecución de las prestaciones previstas en un contrato puede tener lugar de varias maneras. El modo normal en el cual la misma se realiza es a través del cumplimiento de lo pactado contractualmente. Sin embargo, si dicho cumplimiento no tiene lugar, el contrato es susceptible de “ejecución indirecta”. La ejecución indirecta consiste esencialmente en reemplazar la prestación debida por una indemnización, en función de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del deudor. La misma es por lo tanto una forma de reparación del daño originado por dicho incumplimiento, que puede adoptar diferentes formas según la circunstancia y según el régimen jurídico en el cual tenga lugar.

La doctrina jurídica exige el cumplimiento de una serie de condiciones para que un contrato sea susceptible de ejecución indirecta o, más generalmente, de un procedimiento de reparación del daño por incumplimiento. Yungano (1998) menciona cuatro requisitos, que son la mora del deudor, la imputabilidad del incumplimiento, el

perjuicio sufrido por el acreedor y la relación de causalidad entre incumplimiento y daño. De esos cuatro requisitos, el que ha merecido un interés mayor por parte del análisis económico del derecho es el de la cuantificación del perjuicio sufrido por el acreedor, cuya definición es susceptible de implicar distintos tipos de reparación. Dentro de los modos posibles de reparar el daño por incumplimiento sobresalen la restitución y las indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante.

Como modo de reparación del daño, la restitución implica una situación en la cual el deudor le devuelve al acreedor los beneficios que éste le confirió. Así, en el ejemplo de la compraventa del apartado anterior, la reparación del daño a través de un mecanismo de restitución implicaría que el comprador le devolviera al vendedor la cosa comprada (o una cosa idéntica a ella, o una suma de dinero equivalente al valor de dicha cosa) o bien que el vendedor le devolviera al comprador el dinero recibido, según quién fuera la parte que estuviera incumpliendo el contrato. Por el contrario, una indemnización por daño emergente implica una reparación que incluye una compensación por las pérdidas que pueda haber sufrido el acreedor con motivo del incumplimiento de la obligación contractual. Por último, si la indemnización incluye también al lucro cesante, la reparación cubre además el beneficio que el acreedor dejó de recibir como consecuencia del incumplimiento contractual mencionado.

El derecho anglosajón relaciona respectivamente los conceptos de daño emergente y lucro cesante con los denominados “daños de confianza” (*reliance damages*) y “daños de expectativa” (*expectation damages*). La idea de las indemnizaciones basadas en daños de confianza es que la reparación del daño tiene por objeto dejar al acreedor en una situación equivalente a la que tendría si no hubiera contratado, por lo cual lo que se le compensa es la pérdida que tuvo por entrar en una situación contractual (daño emergente). Las indemnizaciones basadas en daños de expectativa, en cambio, intentan dejar al acreedor en una situación equivalente a la que tendría si el contrato se hubiera cumplido, lo cual implica compensarla no sólo por el daño emergente sino también por el beneficio que habría obtenido si el contrato se hubiera cumplido tal como había sido pactado (lucro cesante). La restitución, por último, sólo es capaz de dejar al deudor en una situación equivalente a la que tendría si no hubiera contratado, con lo cual el acreedor queda en una posición típicamente peor a la que hubiera tenido sin contrato o con el contrato cumplido en tiempo y forma.

Una de las conclusiones básicas del análisis económico de la reparación de los daños por incumplimiento contractual es que ninguno de los tres tipos de reparación mencionados es efectivo para inducir en todas las circunstancias un comportamiento eficiente respecto del cumplimiento de los contratos y de la confianza en las promesas contractuales. Mitchell Polinsky (1989) muestra por ejemplo que, desde el punto de vista de garantizar un cumplimiento óptimo, la reparación ideal es la que incluye tanto al daño emergente como al lucro cesante, pero que desde el punto de vista de incentivar un nivel óptimo de confianza en las promesas contractuales lo ideal es recurrir a reparaciones que impliquen simplemente la restitución de lo previamente entregado (o de su valor monetario).

La conclusión de Mitchell Polinsky se relaciona con lo que expresan los principios 2 y 3 enunciados por Cooter y Ulen (1997) y vistos en el apartado anterior. En efecto, si lo que busca la normativa es inducir al deudor a cumplir su contrato en todas las circunstancias en las cuales sea eficiente hacerlo, el deudor debería comparar el costo que para él tiene cumplir con el beneficio que le reporta el cumplimiento al acreedor. Dicho beneficio es lo que, en caso de incumplimiento, se transforma en lucro cesante, con lo cual los costos y beneficios sociales de cumplir y no cumplir con un

contrato sólo serán considerados propiamente por el deudor si éste sabe que la indemnización que tendrá que pagar por su incumplimiento incluye tanto al daño emergente como al lucro cesante. Si, en cambio, el objetivo de la normativa es inducir al acreedor a tener un nivel de confianza eficiente en la promesa contractual que le hace el deudor, es aquél y no éste el que debe afrontar todos los costos y todos los beneficios marginales esperados de su decisión. Esto sólo se logra si la indemnización no incluye ni el daño emergente ni el lucro cesante, y se limita simplemente a devolver la prestación que el acreedor ya efectuó (o el valor monetario de la misma).

Las afirmaciones contenidas en los párrafos anteriores pueden ilustrarse a través de un ejemplo. Supongamos que un comprador contrata con un vendedor para que éste le provea un determinado bien a un precio de \$13, y le paga por adelantado. Al momento del contrato, el comprador valora el bien en \$16 y al vendedor le cuesta \$10 producirlo. A fin de poder utilizar el bien, el comprador realiza además (en el momento de celebrar el contrato) una inversión en almacenamiento cuyo costo es \$1. Supongamos que, cuando la prestación debe llevarse a cabo, se produce un incremento de \$5 en los costos de producción del vendedor, que éste puede evitar si incumple el contrato. En este caso, lo eficiente es que el vendedor cumpla igualmente con el contrato, ya que el valor del bien para el comprador (\$16) aún supera al nuevo costo de producción (\$15), y el costo extra de almacenamiento de \$1 ha sido ya incurrido y por lo tanto no puede recuperarse.

Si, para decidir si cumple o no con el contrato, el vendedor compara el costo de cumplir (\$15) con el costo de incumplir e indemnizar al comprador, su decisión será diferente según la reparación se calcule con un criterio meramente restitutivo que si la misma incluye al daño emergente y al lucro cesante del comprador. En el primer caso, la indemnización es de \$13 (la suma que el comprador le entregó al vendedor), y por lo tanto al vendedor le conviene incumplir (lo cual resulta ineficiente). Si la indemnización incluye también el daño emergente, la misma pasa a ser de \$14 (\$13 por la suma entregada y \$1 por la inversión en almacenamiento) y al vendedor le sigue conviniendo incumplir. Sin embargo, si la indemnización incorpora tanto al daño emergente como al lucro cesante, su monto se eleva a \$16 (\$13 por la suma entregada, \$1 por la inversión almacenamiento y \$2 por la ganancia que deja de percibir el comprador) y entonces al vendedor le conviene cumplir con su parte del contrato (lo cual es en este caso eficiente).

La conveniencia de calcular la indemnización incluyendo tanto al daño emergente como al lucro cesante también se mantiene en los casos en los cuales lo eficiente es incumplir. Si, por ejemplo, el incremento en los costos de producción es de \$9 en vez de \$5, el valor del bien para el comprador (\$16) pasa a ser menor que el costo del vendedor por cumplir el contrato (\$19). Como este último va a comparar dicho costo con la indemnización que tiene que pagar (que sigue siendo de \$16), el mismo va a hallar más conveniente incumplir que cumplir, y va a adoptar por ende el comportamiento que en este caso resulta más eficiente.

El que la indemnización incluya el daño emergente y el lucro cesante, sin embargo, puede tener el efecto perverso de inducir al comprador a efectuar inversiones inconvenientes. Supongamos por ejemplo que el comprador puede invertir \$2 en publicidad y que esto le incrementa el valor del bien que compra en \$3 (ya que le permite revenderlo a un precio mayor). Supongamos también que el costo de producción sigue siendo de \$10, pero que existe una probabilidad de 0,5 de que se incremente en \$9 más. En tales circunstancias, lo eficiente es que el bien se produzca cuando el costo no aumenta, no se produzca cuando aumenta y no se efectúe la

inversión en publicidad. Esto es así porque el beneficio total esperado en una situación sin publicidad [BT(sp)] supera al beneficio total esperado en una situación con publicidad [BT(cp)], que son respectivamente:

$$BT(sp) = 0,5 \cdot [16 - 1 - 10] + 0,5 \cdot [-1] = 2 \quad ;$$

$$BT(cp) = 0,5 \cdot [19 - 3 - 10] + 0,5 \cdot [-3] = 1,5 \quad .$$

A pesar de que desde el punto de vista global la inversión en publicidad resulta inconveniente, un cálculo de la indemnización por incumplimiento que incluyera dentro del daño emergente al gasto en publicidad y dentro del lucro cesante al incremento del valor del bien que esa publicidad produce le crearía al comprador un incentivo para realizar dicha inversión. Eso no pasaría si la reparación fuera meramente restitutiva. En efecto, en tanto la simple restitución de la suma entregada en su momento seguiría siendo de \$13, una indemnización que tuviera también en cuenta el daño emergente sería de sólo \$14 si la publicidad no se realiza y de \$16 si la publicidad se realiza (y se la computa como un daño emergente adicional). Por su parte, si se adiciona también el lucro cesante, los valores pasan a ser \$16 y \$19, respectivamente. Con estos valores, el comprador halla inconveniente invertir en publicidad si sabe que la reparación por incumplimiento sigue el criterio de la restitución, pero se ve inducido a invertir si sabe que su inversión va a ser considerada daño emergente en caso de incumplimiento y que su ganancia extra va a ser considerada lucro cesante en dicha circunstancia. En efecto, como los respectivos beneficios esperados del comprador resultan ser los siguientes:

$$BC(sp/r) = 0,5 \cdot [16 - 1 - 13] + 0,5 \cdot [-1] = 0,5 \quad ; \quad BC(cp/r) = 0,5 \cdot [19 - 3 - 13] + 0,5 \cdot [-3] = 0 \quad ;$$

$$BC(sp/de) = 0,5 \cdot [16 - 1 - 13] + 0,5 \cdot [0] = 1 \quad ; \quad BC(cp/de) = 0,5 \cdot [19 - 3 - 13] + 0,5 \cdot [0] = 1,5 \quad ;$$

$$BC(sp/lc) = 0,5 \cdot [16 - 1 - 13] + 0,5 \cdot [2] = 2 \quad ; \quad BC(cp/de) = 0,5 \cdot [19 - 3 - 13] + 0,5 \cdot [3] = 3 \quad ;$$

entonces el comprador prefiere no invertir en publicidad si la indemnización es restitutiva (ya que “ $0 < 0,5$ ”), pero prefiere invertir si la indemnización incluye a dicha inversión como daño emergente (ya que “ $1,5 > 1$ ”), y más aún si el beneficio que dicha inversión produce entra como parte del lucro cesante (ya que “ $3 > 2$ ”).

Una manera de lograr que, en este caso, la expectativa de lograr una mayor indemnización no induzca al comprador a un comportamiento ineficiente cuando tiene que decidir su inversión en publicidad es excluir a dicha inversión del concepto de daño emergente y excluir al rédito que la misma genera del concepto de lucro cesante. Si así fuera, “BC(cp/de)” y “BC(cp/lc)” tendrían un valor menor, y se daría entonces que:

$$BC(sp/de) = 0,5 \cdot [16 - 1 - 13] + 0,5 \cdot [0] = 1 \quad ; \quad BC(cp/de) = 0,5 \cdot [19 - 3 - 13] + 0,5 \cdot [-2] = 0,5 \quad ;$$

$$BC(sp/lc) = 0,5 \cdot [16 - 1 - 13] + 0,5 \cdot [2] = 2 \quad ; \quad BC(cp/de) = 0,5 \cdot [19 - 3 - 13] + 0,5 \cdot [0] = 1,5 \quad ;$$

con lo cual el beneficio esperado del comprador pasaría a ser siempre mayor cuando no realiza la publicidad que cuando la realiza (ya que ahora “ $0,5 < 1$ ” y “ $1,5 < 2$ ”).

El modo en el cual el derecho privado argentino busca conciliar los objetivos de eficiencia en el cumplimiento de los contratos y en la confianza en las promesas contractuales es a través de un mecanismo basado en criterios de equidad, pero que tiene la propiedad de distinguir entre situaciones en las cuales lo principal es que el deudor se comporte de manera eficiente y situaciones en las cuales lo principal es que el acreedor se comporte de manera eficiente. Este mecanismo consiste en distinguir entre incumplimientos basados en dolo o culpa del deudor e incumplimientos originados en

situaciones de caso fortuito o fuerza mayor. En el caso de dolo, el incumplimiento proviene de una decisión deliberada del deudor de no cumplir. En el caso de culpa, el incumplimiento proviene de una situación no buscada, pero que pudo haberse evitado de no mediar negligencia del deudor. Las situaciones de caso fortuito y fuerza mayor implican en cambio que el incumplimiento tuvo lugar por un hecho "... que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse" (artículo 514 del Código Civil argentino). Si el incumplimiento se origina en dolo o culpa del deudor, la reparación prevista consiste en general en una indemnización que incluye tanto al daño emergente como al lucro cesante. Si, en cambio, se debe a caso fortuito o fuerza mayor, la reparación implica a lo sumo la restitución de la prestación recibida. En caso de indemnización completa, sin embargo, el daño a resarcir es sólo el que proviene de las consecuencias inmediatas del incumplimiento y de aquellas consecuencias mediatas que estén previstas o resulten previsibles.

Con reglas como las expuestas, el deudor se ve inducido a cumplir con su prestación a menos que llegue a la conclusión de que el costo que tiene para él dicho cumplimiento excede el beneficio que le reporta al acreedor (o sea, la indemnización total que tiene que pagar). También lo obliga a tomar un nivel de precaución eficiente, a fin de evitar incumplimientos culposos. Al respecto, es ilustrativa la situación de caso fortuito cuando el deudor se encuentra en mora. En tal caso éste no se exime de caer dentro del supuesto de culpa, ya que el caso fortuito en cuestión podría haberse evitado de no mediar negligencia por parte del deudor. Por otro lado, el hecho de que el caso fortuito y la fuerza mayor eximan al deudor de responsabilidad hace que el acreedor tenga también incentivos para actuar eficientemente cuando tiene que evaluar la probabilidad de que una determinada promesa contractual se cumpla (es decir, cuando tenga que decidir una "inversión en confianza"). Si el acreedor tuviera garantizada su indemnización total en todos los casos de incumplimiento, esto haría que no tuviera debidamente en cuenta la probabilidad de que un hecho exógeno forzara dicho incumplimiento, y que por lo tanto se viera inducido a efectuar una serie de gastos que se justifican si el cumplimiento se produce con certeza pero no si media cierto grado de incertidumbre. A ello contribuye también la improcedencia de indemnizar daños causados por circunstancias mediatas del incumplimiento que sean imprevisibles para el deudor. Como dichas circunstancias sólo pueden ser conocidas por el acreedor, lo más eficiente desde el punto de vista de la asignación del riesgo es que sea precisamente él quien las afronte en caso de incumplimiento, y que el deudor sólo las tome a su cargo en circunstancias en las cuales se convino específicamente que así se procedería (en cuyo caso, obviamente, dejan de ser circunstancias "imprevisibles").

Aparentemente, la tradición jurídica anglosajona hace menos hincapié que nuestro derecho codificado en la distinción entre dolo, culpa y circunstancias fortuitas para establecer el tipo de reparación que corresponde ante un incumplimiento contractual. Hirsch (1999), por ejemplo, menciona que el derecho consuetudinario estadounidense aplica tres reglas básicas para evaluar la indemnización que corresponde, que son la regla del resultado financiero equivalente, la regla de las consecuencias evitables y la regla de las consecuencias mediatas. La primera de ellas establece que las indemnizaciones tienen por objetivo poner al acreedor en una situación equivalente a la que tendría si el contrato se hubiera cumplido, e implica por lo tanto que las mismas deben incluir tanto al daño emergente como al lucro cesante. La segunda establece que el acreedor no puede ser indemnizado por gastos que podría haber evitado una vez que el incumplimiento tuvo lugar. La regla de las consecuencias mediatas, por último, excluye de la indemnización a los daños demasiado indirectos o

demasiado remotos, y es por ende equivalente a la limitación existente en el derecho argentino respecto de las consecuencias mediatas imprevisibles.

Las normas generales acerca de la reparación de los daños por incumplimiento contractual actúan normalmente como supletorias de las cláusulas que específicamente contengan los contratos. En el derecho civil argentino, por ejemplo, está admitido que el deudor se haga cargo de circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor específicamente establecidas en el contrato, y que en dichas circunstancias el acreedor tenga por lo tanto derecho a una indemnización total o parcial. El propio monto de la indemnización puede también establecerse contractualmente a través de la inclusión de una cláusula penal, dando lugar a lo que los anglosajones denominan “daños liquidados” (*liquidated damages*). Este tipo de indemnización ahorra tener que calcular *ex-post* los daños y perjuicios realmente verificados, y en nuestro derecho se aplica directamente en todos los casos de incumplimiento en que así se lo prevea, siempre que medie dolo o culpa (el caso fortuito y la fuerza mayor quedan usualmente excluidos, salvo pacto en contrario respecto de una contingencia específicamente determinada). Sólo puede considerársela nula si median problemas de información asimétrica tales como la lesión, que la vuelvan desproporcionada y sin justificación respecto del monto o del valor del daño causado.

#### **4.6. Objeto e interpretación de los contratos**

Dentro de la normativa general que regula los contratos en el derecho argentino resulta posible distinguir una serie de cláusulas relativas al objeto de los mismos y una serie de otras disposiciones referidas a su interpretación. Dentro de las primeras pueden incluirse como una categoría relacionada a las normas respecto de la forma de los contratos, en tanto que dentro de las disposiciones que se refieren a la interpretación de los contratos entran también las normas relativas a la nulidad de los mismos. Varias de las disposiciones mencionadas pueden analizarse desde el punto de vista económico como aplicaciones más o menos directas de los principios enunciados por Cooter y Ulen (1997), citados en el apartado 4.4.

El Código Civil argentino establece una serie de normas sobre el objeto de los contratos en sus artículos 1167 a 1179. Varias de ellas pueden interpretarse como reglas que facilitan la cooperación entre las partes, y que por lo tanto cumplen con el objetivo del principio 1 de permitir que situaciones de “juego” con soluciones ineficientes se transformen en juegos con soluciones eficientes. Una de dicha reglas es la que establece que, si se contrata la entrega de una cosa, ésta debe existir al momento del contrato (artículo 1172) o, si no existe, debe quedar claro que hay una condición suspensiva (artículo 1173). Esta regla permite que cosas que van a ser creadas en el futuro (por ejemplo, bienes que deben ser elaborados o transformados) puedan ser objeto de contratos presentes, y que pueda por lo tanto preverse de manera más adecuada una asignación de recursos que exige el cumplimiento de distintas etapas a lo largo del tiempo. Lo mismo vale para lo establecido por el artículo 1179, que admite los contratos sobre cosas litigiosas, gravadas o embargadas, siempre que se advierta al otro contratante acerca de la real situación jurídica de la cosa en cuestión. Aquí se fomenta la cooperación entre personas con distinto grado de aversión al riesgo (o distinta percepción del riesgo o exposición al mismo), permitiendo que unos agentes económicos se desprendan de ciertos riesgos y otros –que presumiblemente están en mejores condiciones de asumirlos– se hagan cargo de ellos.

En lo que se refiere a la forma de los contratos, la regla general es que en principio cualquier forma es válida para que las partes provean los dos elementos

básicos de una relación contractual (oferta y aceptación). En ciertos casos particulares, sin embargo, la ley exige determinada forma para que el contrato tenga todos sus efectos. Tal es el caso de los “contratos formales” a los que se refiere el artículo 1184 del Código Civil, que requieren escritura pública para tener todos sus efectos. La interpretación económica de este requisito está relacionada con el principio 3 de Cooter y Ulen, según el cual uno de los objetivos del derecho contractual es asegurar una confianza óptima en las promesas contractuales. Los casos en los cuales se requiere escritura pública implican en general situaciones en las cuales resulta importante que los contratantes (y ciertos terceros afectados indirectamente por el contrato) inviertan en actividades que presuponen un cierto nivel de confianza en el cumplimiento del contrato en cuestión. Tal es el caso de los contratos que constituyen o transmiten derechos reales sobre inmuebles, los que constituyen sociedades y los que otorgan poderes para actuar en juicio y administrar bienes. A través de la escritura pública las partes involucradas elevan el costo de incumplir con este tipo de contratos, pero al mismo tiempo aseguran su validez e incrementan la probabilidad de cumplimiento, con lo cual facilitan que se lleven a cabo contratos posteriores que se basan de algún modo en la confianza en estos contratos preexistentes. Así, por ejemplo, la confianza en un contrato de compraventa de un inmueble permite que luego el comprador celebre contratos de hipoteca y de alquiler, la confianza en un contrato de sociedad permite que luego la persona jurídica por él creada celebre múltiples contratos de trabajo, compraventa, préstamo, etc, y la confianza en un poder permite que el poderhabiente realice luego una serie de operaciones en nombre de su representado.

Las reglas de interpretación se refieren al modo en el cual deben entenderse las palabras utilizadas en un contrato. El Código Civil argentino enuncia sólo un principio muy general, que aparece en el artículo 1198 y establece que “... los contratos deben ... interpretarse ... de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”. Esto implica que el contrato debe interpretarse poniéndose en la situación vigente al momento de su celebración y suponiendo que a ambas partes les convenía contratar y creían que el otro iba a cumplir con su obligación (es decir, bajo el supuesto de que el contrato implicaba un intercambio eficiente). También implica suponer que, si se dejaron lagunas contractuales, era porque el costo de asignar el riesgo implícito era mayor que el costo esperado de asignar las pérdidas eventuales, confiando en que luego las partes actuarían respetando el espíritu contractual. Este criterio se relaciona con el principio 4 de Cooter y Ulen, en el sentido de que uno de las funciones del derecho debe ser suministrar mecanismos eficientes de interpretación de las lagunas contractuales.

El principio de interpretación basado en la buena fe aparece algo más desarrollado en el artículo 218 del Código de Comercio argentino. El mismo establece, entre otras cosas, que las palabras empleadas deben interpretarse de acuerdo con la intención común de las partes, que si existe colisión entre la validez y la nulidad debe favorecerse a la primera, y que la conducta posterior de las partes es importante para explicar su intención inicial. Todas estas reglas buscan proveer mecanismos eficientes de interpretación de las lagunas y ambigüedades contractuales, al tiempo que sirven para favorecer la cooperación entre las partes. Menos adecuada parece, en cambio, la regla que enuncia el inciso 7 del mencionado artículo, según el cual “... las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor”. Esta regla puede ser una fuente de oportunismo contractual que atente contra la confiabilidad de los contratos, induciendo a los deudores a incumplir en situaciones en los cuales es ineficiente hacerlo

y disuadiendo por ende a los potenciales acreedores a contratar en circunstancias en las cuales podrían obtenerse ganancias mutuas de un intercambio.

El derecho privado argentino contiene también una serie de normas referidas a la nulidad de los contratos, que en muchos casos se relacionan con situaciones en las cuales no se cumple alguno de los supuestos que permiten inferir la eficiencia contractual. Uno de estos casos es el de la incapacidad absoluta de alguno de los contratantes, categoría en la que entran los menores de 14 años, los dementes declarados en juicio y los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito (artículo 1160 del Código Civil). Cooter y Ulen (1997) opinan que esta fuente de nulidad contractual tiene su explicación económica en el supuesto de que este tipo de personas no cumple generalmente con el requisito de tener “preferencias estables y ordenadas”, y por ende sus decisiones de oferta y demanda pueden no obedecer a un criterio que tenga en cuenta sus propios intereses. La forma en la cual el derecho suple esta incapacidad es a través de la designación de representantes legales de estas personas (padres, tutores o curadores), que se supone que sí tienen la capacidad de contratar teniendo en cuenta los intereses del incapaz y a quienes se les impone la obligación de resguardar dichos intereses en las relaciones contractuales que entablen en nombre de sus representados.

Otras causas de nulidad de los contratos son la lesión, la evicción y los vicios redhibitorios, ya mencionadas en el apartado 4.4. En el caso de la lesión, lo que acontece es que una de las partes obtiene una ventaja desproporcionada explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra. La evicción, por su parte, se da cuando el comprador de una cosa sufre el despojo de la misma en virtud de que el vendedor le ha vendido algo que no era de su propiedad. Los vicios redhibitorios, por último, aparecen cuando una cosa objeto de un contrato tiene vicios que estaban ocultos para el comprador pero que se habían originado con anterioridad a la transmisión o venta del bien en cuestión. Como ya se dijo, estas circunstancias tienen que ver con problemas de información asimétrica, por lo que la ineficiencia del contrato original se debe a que alguno de los contratantes no tuvo disponible la información adecuada para prever que estaba efectuando un intercambio contrario a sus intereses (y, antes bien, creyó que el contrato lo beneficiaba). En estos casos la ley admite muchas veces que el contrato sea considerado válido, pero da lugar para que el afectado demande el reajuste equitativo de la prestación. Esto vale tanto para la lesión (en la cual el reajuste tiene por objeto reparar la ventaja patrimonial desproporcionada) como para los vicios redhibitorios (para los cuales el reajuste tiene por objeto tomar en cuenta el impacto que los defectos ocultos de las cosas comerciadas tienen sobre el valor de las mismas). No se aplica en cambio en los casos de evicción, en los cuales el que vendió una cosa que no le pertenecía debe indemnizar al que la compró, ya que la cosa debe en principio volver a su legítimo dueño y por lo tanto el contrato originalmente celebrado queda completamente anulado.

#### **4.7. Incumplimientos justificados y teoría de la imprevisión**

En la sección anterior mencionamos una serie de causales de nulidad de los contratos, que implican situaciones en las cuales se interpreta que los acuerdos celebrados carecen de validez desde su origen. En el derecho anglosajón este tipo de problemas se designa con el nombre de “defensas de formación” (*formation defenses*), por entenderse que existe un defecto que se remonta al momento de celebrar el contrato y que vuelve improcedente exigir el cumplimiento de una determinada promesa contractual. El otro grupo de motivos que sirve para justificar el incumplimiento de una

cláusula de un contrato es el de las “excusas del cumplimiento” (*performance excuses*), originadas en hechos que son posteriores a la celebración del contrato pero que liberan al deudor de su responsabilidad de cumplir con el mismo.

Las dos principales excusas del cumplimiento que existen en el derecho privado argentino son el caso fortuito y la fuerza mayor, ya mencionadas en el apartado 4.5. El caso fortuito proviene de un hecho de la naturaleza, en tanto que la fuerza mayor se deriva de un hecho del hombre, pero ambas causales tienen los mismos efectos jurídicos. En los dos casos se trata de acontecimientos exógenos a las partes, que no han sido previstos ni explícita ni implícitamente en el contrato. Pero el Código Civil argentino contiene también algunas otras causales de justificación del incumplimiento contractual que provienen de hechos endógenos a las partes. Las dos principales son la excepción de incumplimiento (artículo 1201) y el pacto comisorio (artículos 1203 y 1204). La excepción de incumplimiento implica la posibilidad de que un contratante incumpla con su parte del contrato si el otro contratante ha incumplido con la suya. Para poder invocar esta defensa, debe darse que el otro contratante no goce de un plazo a su favor ni ofrezca cumplir en el acto su obligación.

La interpretación económica de la excepción de incumplimiento tiene que ver con la idea de que un intercambio originalmente eficiente puede tornarse ineficiente en el momento en que tiene que cumplirse, y pasar a resultar inconveniente para ambas partes. Si uno de los contratantes ha incumplido y el otro también desea hacerlo, por lo tanto, resulta lógico que las prestaciones previstas en el contrato no se lleven a cabo y que conduzcan por lo tanto a una rescisión implícita del mismo. Idéntico razonamiento es el que está detrás de la idea del pacto comisorio. Esta institución implica el derecho de la parte que ha venido cumpliendo con sus prestaciones de optar por resolver el contrato (es decir, de darlo por terminado) cuando la otra haya incumplido con su compromiso. Este derecho puede incluirse explícitamente en los contratos, pero en su actual redacción el Código Civil argentino lo considera tácitamente incorporado a todos los contratos con prestaciones recíprocas. La idea es así favorecer a la parte que ha cumplido, permitiéndole juzgar la conveniencia de continuar con una relación contractual que se ha vuelto probablemente inconveniente o darla por terminada antes del término originalmente convenido.

En lo que se refiere a la teoría de la imprevisión, la misma fue originalmente una creación jurisprudencial y luego fue incorporada al Código Civil en 1968 (artículo 1198). Esta norma se aplica a casos de contratos bilaterales o unilaterales onerosos que han sido afectados de manera imprevista por la inflación, la cual ha agravado la situación de una de las partes manteniendo invariable la del otro contratante. En este tipo particular de situación de fuerza mayor se emplea un mecanismo judicial o convencional que busca restablecer la equivalencia de las prestaciones. El mismo procede cuando se dan las siguientes circunstancias:

- a) el cumplimiento de la obligación a cargo de una de las partes debe ser continuado o diferido en el tiempo;
- b) el nivel de la inflación que genera el problema debe ser imprevisible;
- c) la inflación debe dar lugar a una onerosidad excesiva para una de las partes (la que entregó o tiene que entregar un bien o proveer un servicio) y a un beneficio excesivo para la otra (la que tiene que pagar una suma de dinero cuyo valor real se ha depreciado);
- d) la parte perjudicada debe haber obrado sin culpa ni dolo y no debe hallarse en mora en sus obligaciones.

El modo en el cual el régimen legal argentino soluciona este tipo de situaciones tiene por objeto preservar las relaciones contractuales (suponiendo que las mismas beneficiaban originalmente a ambos contratantes), volviéndolas a una situación equivalente a la del momento en el cual el contrato se celebró. Sin embargo, también se prevé que la parte afectada pueda demandar la resolución del contrato. Esta última solución tiene no obstante un carácter excepcional, puesto que la parte beneficiada tiene el derecho de oponerse a dicha resolución ofreciendo mejorar equitativamente sus prestaciones (por ejemplo, entregar una suma de dinero mayor que la prevista originalmente). La opinión final prevaleciente será en este caso la de un juez, previéndose que debe predominar siempre el criterio del reajuste de los precios (que mantiene la vigencia del contrato) en vez del de la resolución (que implica la extinción de las obligaciones contractuales).

A pesar de que en el derecho estadounidense no existe ningún instituto jurídico semejante a la teoría de la imprevisión (de hecho, los Estados Unidos no han tenido tampoco nunca episodios de inflación inesperada comparables a los que ha sufrido la Argentina), los tribunales norteamericanos han adoptado numerosas veces decisiones referidas a prestaciones contractuales que, por razones de cambios relativos en los precios, habían quedado notoriamente desproporcionadas. Klein (1996) interpreta que dichas situaciones entran dentro de lo que denomina “problema de la cautividad” (*hold-up problem*), por el cual una de las partes de una relación contractual queda presa del oportunismo de la otra en virtud de alguna cláusula pactada sin prever la ocurrencia de un determinado suceso (en este caso, una variación del nivel de precios o del precio relativo de algún producto). Este autor distingue así un rango en los valores de las variables económicas relevantes para un contrato dentro del cual las partes tienen capacidad de cumplir con lo pactado (o hallan mutuamente conveniente renegociar). Cuando alguna de dichas variables se va fuera de ese rango, aparece el problema de la cautividad y alguna de las partes deja de estar dispuesta a cumplir (y la otra deja de estar dispuesta a renegociar). Es en dichas circunstancias cuando el derecho debe actuar resolviendo el conflicto, apelando a criterios de interpretación tales como el que en nuestro país se conoce como teoría de la imprevisión.

Así como la inflación inesperada puede ser un fenómeno que distorsione tanto las prestaciones previstas en un contrato como para volver imposible (o ineficiente) su cumplimiento estricto, la “estabilidad inesperada” puede plantear un problema similar. En efecto, en una situación en la cual existen contratos indexados que utilizan la tasa de inflación del mes anterior como aproximación para actualizar sumas adeudadas en el mes siguiente, una disminución violenta e inesperada del ritmo inflacionario es susceptible de crear una gran diferencia entre el valor real esperado de una deuda y el valor real *ex-post* de dicha deuda. Lo mismo acontece con ciertos contratos que no están indexados explícitamente pero que prevén el pago de sumas que implícitamente reconocen una expectativa inflacionaria futura. En la historia argentina reciente, la legislación reconoció este problema en dos oportunidades: durante el lanzamiento del “plan austral” de 1985 (decreto 1096/85) y al inicio del “plan de convertibilidad” en 1991 (ley 23.928).

El decreto 1096/85 (ratificado por la ley 23.410) estableció un procedimiento por el cual todas las sumas de dinero debidas como consecuencia de contratos celebrados antes del 14/6/85 (fecha en la cual comenzó el plan austral) sufrieron un ajuste descendente de aproximadamente el 0,88% diario. Este ajuste, denominado “desagio”, tenía como objetivo detener la inercia inflacionaria que provocaba la existencia de contratos indexados y restablecer al mismo tiempo la equivalencia entre

prestaciones que habían sido acordadas en momentos en los que la inflación esperada era de alrededor del 30% mensual. El propósito era entonces similar al que había inspirado el surgimiento de la teoría de la imprevisión, sólo que inverso: en vez de incrementarse las sumas de dinero a pagar por el efecto de una inflación esperada, lo que se hizo fue disminuir dichas sumas para tener en cuenta el efecto de una ausencia inesperada de inflación. Debido a lo puntual y específico del suceso que causó este cambio en el nivel inflacionario, el ajuste se hizo de manera uniforme y compulsiva para todos los contratos.

Con el comienzo del plan de convertibilidad en 1991 se produjo un hecho en muchos aspectos análogo al que había tenido lugar en 1985. En esa circunstancia lo que ocurrió fue que la expectativa inflacionaria sufrió un fuerte cambio en virtud del compromiso asumido por el estado de ligar por tiempo indeterminado el valor de la moneda nacional al del dólar estadounidense, y también fue necesario introducir un mecanismo por el cual los contratos indexados se ajustaran para evitar la aparición de redistribuciones inesperadas entre deudores y acreedores de sumas de dinero. La solución que adoptó la ley 23.928 de convertibilidad de la moneda fue aplicar un procedimiento obligatorio de desindexación, que constaba de dos disposiciones básicas. Por un lado, se prohibió la inclusión en los contratos de cláusulas de ajuste basadas en índices de precios con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley (1/4/91). Por otro, se estableció un tope para la indexación de los contratos vigentes, igual a la tasa de devaluación del dólar estadounidense entre mayo de 1990 y abril de 1991 más un 12%. Una vez alcanzado ese tope la indexación se suspendía, y a partir del mes de abril de 1991 no podían indexarse más las deudas con vencimientos posteriores. El objetivo de esa cláusula era semejante al del desagio establecido por el plan austral, con la diferencia de que no se aplicaba a los contratos indexados implícitamente (que al momento de instaurarse el plan de convertibilidad prácticamente no existían) y de que respetaba las cláusulas de indexación previstas en los contratos cuando éstas implicaban un ajuste menor al tope establecido por la ley.

## 5. Responsabilidad civil

En el capítulo anterior vimos cómo el análisis económico podía emplearse para explicar y evaluar las reglas jurídicas aplicables a situaciones de incumplimiento de obligaciones contractuales. En este capítulo nos abocaremos al análisis de la otra fuente principal generadora de responsabilidad civil: los hechos ilícitos que ocurren en situaciones extracontractuales. Tales hechos acontecen en general en circunstancias en las cuales se pueden identificar dos partes (un actor y un damnificado) cuya relación no nace de un contrato sino de un encuentro accidental.

La doctrina jurídica suele caracterizar los hechos ilícitos generadores de responsabilidad civil extracontractual a través de tres elementos: daño (sufrido por el damnificado), relación causal (entre el hecho ilícito y el daño) e imputabilidad (del hecho ilícito al actor). Algunos autores (ver, por ejemplo, Alterini, 1991) desdoblan este último elemento en dos, distinguiendo por un lado una transgresión legal y por otro un factor de atribución de dicha transgresión al actor. Cuando todos estos elementos se encuentran presentes nace una obligación del actor de indemnizar al damnificado, como modo de reparar el daño causado a través del hecho ilícito imputable a dicho actor.

Los factores de atribución de responsabilidad civil a un actor pueden ser de dos tipos: subjetivos (dolo y culpa) y objetivos (riesgo, garantía). En el primero de tales casos, sólo se imputa responsabilidad a quien intencionalmente cometió un hecho ilícito que causó daño a un damnificado (dolo) o a quien obró con negligencia, imprudencia o impericia y causó el daño de ese modo (culpa). En el caso de los factores de atribución objetiva, en cambio, la responsabilidad se asigna a un determinado agente económico en virtud de su situación en la relación jurídica, con independencia de que haya ejecutado un acto doloso o culposo.

El análisis económico de la responsabilidad civil extracontractual se centra básicamente en el estudio de las situaciones de accidentes, y en cómo los distintos factores de atribución inducen a las partes a tomar distintos niveles de precaución y a encarar en mayor o menor medida actividades riesgosas. El artículo que le dio origen a esta literatura es el de Calabresi (1961), en el cual se analizaron por primera vez a las obligaciones extracontractuales desde el punto de vista económico. El objetivo de estas teorías es estudiar y evaluar cuál de los distintos regímenes de atribución de la responsabilidad es más eficiente en distintas situaciones posibles, teniendo en cuenta por un lado los costos asociados con los daños causados por los accidentes y por otro los costos asociados con el nivel de precaución y el nivel de actividad de los agentes económicos involucrados.

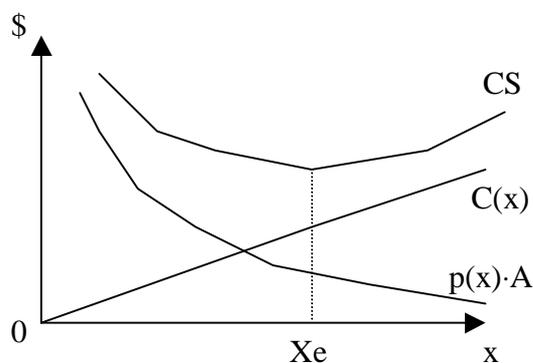
### 5.1. Responsabilidad y nivel de precaución

El modo más sencillo de analizar los efectos económicos de la responsabilidad civil sobre el nivel de precaución de los agentes económicos en situaciones sometidas a riesgo de accidentes es suponer que el accidente en cuestión tiene una cierta probabilidad de ocurrencia ( $p$ ) y es susceptible de generar un determinado daño medible en dinero ( $A$ ). La probabilidad en cuestión depende negativamente del nivel de precaución del actor ( $x$ ), el cual tiene a su vez un impacto positivo sobre el costo que debe soportar el actor para tratar de evitar el accidente ( $C$ ). Dados estos elementos, el costo social esperado de un accidente ( $CS$ ) puede escribirse del siguiente modo:

$$CS = p(x) \cdot A + C(x)$$

Para determinar el nivel de precaución eficiente que debería tomar el actor en su intento por evitar el accidente, es necesario hallar el valor de “x” que minimiza “CS”. Éste surge de evaluar simultáneamente el efecto que tiene un cambio en el nivel de precaución del actor sobre la probabilidad de ocurrencia del accidente (que hace que, al aumentar “x”, baje el costo esperado del accidente) y el efecto que tiene dicho cambio sobre el costo del actor de precaverse (que aumenta al aumentar “x”). Lo expuesto puede apreciarse en el gráfico 5.1, en el cual hemos representado a “ $p(x) \cdot A$ ” como una función decreciente del nivel de precaución, a “ $C(x)$ ” como una función creciente de dicho nivel y a “CS” como una función que primero disminuye ante aumentos de “x” pero que comienza a aumentar después de alcanzado cierto nivel de precaución eficiente ( $X_e$ ).

**Gráfico 5.1**

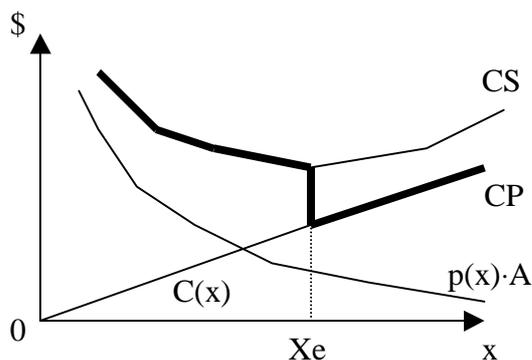


El nivel de precaución eficiente se caracteriza por ser aquél en el cual el beneficio marginal de incrementar la precaución se iguala con el costo marginal que dicho incremento acarrea. El beneficio marginal proviene del efecto reductor que la precaución del actor tiene sobre la probabilidad del accidente, y es por ende igual al daño multiplicado por la reducción marginal en dicha probabilidad. El costo marginal, por su parte, es igual al incremento en el costo del actor para evitar accidentes originado en un aumento adicional de su nivel de precaución. Gráficamente, el beneficio marginal es igual al valor absoluto de la pendiente de la curva que representa a “ $p(x) \cdot A$ ”, en tanto que el costo marginal es igual a la pendiente de la curva que representa a “ $C(x)$ ”. En el punto “ $X_e$ ”, por lo tanto, la inclinación (negativa) de “ $p(x) \cdot A$ ” se iguala con la inclinación (positiva) de “ $C(x)$ ”, y esta igualdad coincide con el valor mínimo de la curva “CS”.

Si no existieran normas de responsabilidad civil que fueran aplicables a los casos de accidentes como el descrito, el actor no tendría en principio incentivos para adoptar un nivel de precaución eficiente. Esto es así porque el costo de incurrir en dicho nivel de precaución es soportado íntegramente por él, en tanto que el beneficio por la mayor precaución es algo que repercute sobre el bienestar del posible damnificado. Nos encontramos entonces ante un caso de externalidad real, en el cual no existe modo posible de lograr que actor y damnificado negocien de antemano y acuerden un nivel de precaución que sea mutuamente conveniente (entre otras cosas, porque cada uno de ellos es parte de un conjunto de muchas personas que no saben exactamente con quién van a encontrarse alguna vez en una situación de accidente).

Sin embargo, si establecemos un sistema de indemnizaciones por accidentes basado en el concepto de responsabilidad civil, resulta posible lograr que el actor se vea inducido a adoptar el nivel de precaución eficiente por lo menos de dos maneras: bajo un esquema de responsabilidad objetiva en el cual se lo considere siempre responsable y se lo obligue a pagar una suma igual a “A” cada vez que se produzca un accidente, y bajo un esquema de responsabilidad subjetiva en el cual se lo considere culpable cada vez que se produzca un accidente y se verifique que su nivel de precaución ha sido inferior a “Xe”. En el primero de tales casos lo que hace la legislación es transferirle al actor todos los costos en que incurre el damnificado, con lo cual –cuando tiene que decidir el nivel de “x”– el actor pasa a percibir un costo igual al costo social que su nivel de precaución genera. La idea es semejante a la que vimos en el apartado 4.2 para resolver problemas de agencia, es decir, transferir todo el riesgo a la parte que tiene mayor control sobre el mismo. Esto posibilita que cuando dicha persona determine el valor de la variable que influye sobre el riesgo (que en el problema de agencia es el esfuerzo y en el de los accidentes es el nivel de precaución) tenga en cuenta todos los costos y todos los beneficios que la misma genera.

**Gráfico 5.2**



Bajo un esquema de responsabilidad subjetiva, la elección de “Xe” por parte del actor sigue una lógica diferente. En este caso, el costo privado que dicho actor enfrenta es igual al costo social sólo si actúa negligentemente (es decir, si toma un nivel de precaución inferior a “Xe”). Si el actor se comporta de manera precavida, en cambio, se libera de su culpa y no tiene que pagar ninguna indemnización al damnificado, con lo cual su costo privado pasa a ser simplemente “C(x)”. En una situación como ésta (que aparece representada en el gráfico 5.2), el costo privado del actor (CP) se minimiza cuando elige “Xe” porque ese nivel de precaución es precisamente el que implica un salto descendente desde la curva “CS” hacia la curva “C(x)”. Como, a partir de allí, “C(x)” sigue subiendo, el nivel de precaución que elige el actor es el mínimo nivel de precaución que lo exime de tener que indemnizar al damnificado (porque éste es precisamente el que minimiza su costo privado, representado en el gráfico 5.2 por una línea de trazo grueso).

Si bien el mismo nivel de precaución eficiente puede obtenerse bajo un régimen basado en un factor de atribución subjetiva (culpa) y bajo un régimen basado en un factor de atribución objetiva (riesgo creado), la elección de una u otra regla tiene implicancias diferentes en la distribución del ingreso entre actor y damnificado. En el caso de la responsabilidad objetiva, el actor debe siempre indemnizar al damnificado

cuando se produce un accidente. Si bien esto lo induce a tomar un nivel de precaución eficiente que probablemente haga que la probabilidad de accidentes baje, de cualquier modo lo normal es que éstos se sigan produciendo en alguna medida y que sea el actor el que soporte el costo de los mismos. En el caso de que la responsabilidad emerja sólo en caso de culpa, en cambio, la “solución de equilibrio” es que el actor tome un nivel eficiente de precaución y se libere por lo tanto de pagar indemnización. Los accidentes que se produzcan bajo este tipo de legislación serán por lo tanto en su mayoría accidentes sin culpa del actor, y el costo de los mismos deberá ser soportado por el damnificado.

Los regímenes de responsabilidad objetiva y subjetiva difieren también en una serie de otros costos ligados con la administración del sistema (por ejemplo, gastos de justicia). El régimen de responsabilidad objetiva es en principio más simple de administrar, ya que en él no resulta necesario evaluar la conducta del actor (y no se requiere, por lo tanto, realizar ninguna estimación judicial del nivel de precaución efectivamente adoptado, del impacto de dicho nivel sobre la probabilidad de ocurrencia del accidente ni del costo que el mismo tiene para el actor). Lo único que debe determinarse es el monto al cual asciende el daño, y el actor debe pagar dicho monto al damnificado en toda circunstancia en la cual tenga lugar el accidente.

En un régimen de responsabilidad subjetiva, en cambio, el nivel de precaución efectivamente adoptado por el actor, el nivel de precaución mínimo exigible y el impacto de la precaución sobre la probabilidad y los costos del accidente pueden ser también materia de controversia judicial. Esto obviamente eleva el costo administrativo de los casos. Sin embargo, por lo expuesto en los párrafos anteriores, puede afirmarse que la responsabilidad subjetiva implica un ahorro en términos de transferencias, ya que –si actúa sin culpa– el actor se exime de indemnizar. Esto implica que el número de casos en los cuales procede una indemnización del actor al damnificado puede ser considerablemente menor, y por ende el número de demandas por dichas indemnizaciones es también susceptible de ser más reducido. Los costos totales de administrar un sistema judicial basado en la responsabilidad objetiva pueden por lo tanto ser menores, iguales o mayores que los costos totales de un sistema basado en la responsabilidad subjetiva, si bien el costo promedio de cada caso judicialmente tratado va a ser sin duda mayor bajo un régimen de responsabilidad subjetiva que bajo un régimen de responsabilidad objetiva.

## **5.2. Problemas bilaterales y eximición por culpa ajena**

En el análisis que efectuamos en el apartado anterior, supusimos que el único factor relevante que influía sobre la probabilidad de ocurrencia de un accidente era el nivel de precaución del actor. En muchas circunstancias, sin embargo, dicha probabilidad está influida además por el nivel de precaución del propio damnificado por el accidente. Cuando esto ocurre, el problema de establecer el nivel eficiente de precaución para evitar accidentes se vuelve bilateral, ya que resulta necesario especificar un valor eficiente para el nivel de precaución del actor y otro para el nivel de precaución del damnificado.

Las reglas de responsabilidad civil tienen en cuenta la bilateralidad de esta clase de accidentes a través de la inclusión de criterios de eximición de responsabilidad por culpa ajena. Dichos criterios modifican los sistemas de atribución de responsabilidad, ya sea que éstos estén basados en criterios de tipo subjetivo u objetivo. Para percibir cómo la presencia o ausencia de criterios de eximición por culpa ajena opera modificando las

reglas de atribución de la responsabilidad resulta útil aplicar el diagrama representado en el gráfico 5.3, inspirado en una clasificación que aparece en Brown (1973). En él hemos distinguido dos posibles niveles de precaución por parte del actor (A) y del damnificado (D): Culpa (nivel de precaución bajo) y No culpa (nivel de precaución alto). La intersección de estas alternativas determina cuatro situaciones posibles, a las que nos referiremos como casos 1, 2, 3 y 4.

**Gráfico 5.3**

		D	
		Culpa	No culpa
A	Culpa	1	2
	No culpa	3	4

Si la responsabilidad civil se determina de acuerdo a un factor de atribución que prescinde totalmente de la idea de culpa (responsabilidad objetiva estricta), el actor es considerado responsable en todos los casos en los cuales el accidente se produce (1, 2, 3 y 4). Este criterio es exactamente inverso al que regiría en una situación en la cual no existiera ningún criterio de atribución de responsabilidad, en el cual el actor no sería responsable en ninguno de tales casos. Un régimen de responsabilidad objetiva con eximición por culpa del damnificado, en cambio, halla responsable al actor en los casos 2 y 4 (en los cuales el damnificado actúa sin culpa) y lo libera de su responsabilidad en los casos 1 y 3. Inversamente, un régimen de responsabilidad subjetiva sin eximición por culpa del damnificado halla responsable al actor en los casos 1 y 2, y lo libera en los casos 3 y 4. Si a la idea de responsabilidad subjetiva le agregamos además la posibilidad de eximición por culpa del damnificado, el actor sólo es responsable en el caso 2 (en el cual él es culpable y el damnificado no) y no lo es en los casos 1, 3 y 4. Por último, si el régimen estuviera basado en un criterio de responsabilidad objetiva con eximición por culpa del damnificado y ausencia de culpa propia, el actor sería responsable en los casos 1, 2 y 4, y sólo se liberaría de su responsabilidad en el caso 3 (en el cual él no es culpable y el damnificado sí).

Para analizar la eficiencia de las distintas reglas posibles de atribución de la responsabilidad civil en un problema de precaución bilateral, resulta necesario reformular el concepto de costo social definido en el apartado 5.1, a fin de incluir dentro de la probabilidad de ocurrencia de los accidentes tanto al nivel de precaución del actor ( $x_A$ ) como al nivel de precaución del damnificado ( $x_D$ ). Esta inclusión trae asimismo aparejada la consideración de un costo de intentar evitar el accidente soportado por el actor ( $C_A$ ) y de un costo semejante soportado por el damnificado ( $C_D$ ). Así definidos los conceptos, el valor de “p” depende negativamente de “ $x_A$ ” y de “ $x_D$ ”, en tanto que el valor de “ $C_A$ ” depende positivamente de “ $x_A$ ” y el valor de “ $C_D$ ” depende positivamente de “ $x_D$ ”. El costo social esperado del accidente, por ende, es igual a:

$$CS = p(x_A, x_D) \cdot A + C_A(x_A) + C_D(x_D)$$

En un contexto como el expuesto, los valores eficientes de “ $x_A$ ” y “ $x_D$ ” (a los que designaremos respectivamente como “ $X_{eA}$ ” y “ $X_{eD}$ ”) son aquéllos para los cuales los beneficios marginales de incrementar los niveles de precaución se igualan con los

respectivos costos marginales que dichos incrementos acarrearán, tanto para el actor como para el damnificado. Tales beneficios marginales provienen de los efectos reductores que la precaución del actor y la precaución del damnificado tienen sobre la probabilidad del accidente, y son por lo tanto iguales al monto del daño multiplicado por las reducciones marginales en dichas probabilidades. Los costos marginales, por su parte, son iguales a los incrementos en el costo del actor y en el costo del damnificado por evitar accidentes, originados en los aumentos adicionales de sus niveles de precaución.

En el apartado 5.1 vimos que, en una situación en la cual no existe ningún criterio de atribución de responsabilidad, el actor no tiene incentivos para adoptar un nivel de precaución eficiente, debido a que incurre en el costo de dicha precaución y no percibe ningún beneficio por ella. Dicho resultado se mantiene aquí, con el agregado de que aparece un resultado simétrico aplicable al régimen de responsabilidad objetiva estricta. En efecto, en una situación en la cual el actor siempre es responsable ante la ocurrencia de un accidente (y debe por ende indemnizar en todos los casos), el que no tiene incentivos para adoptar un nivel de precaución eficiente es el damnificado, ya que el esquema aplicado remunera en cierto modo su propia negligencia.

Los otros cuatro criterios de atribución de la responsabilidad (subjética sin eximición por culpa del damnificado, subjética con eximición por culpa del damnificado, objetiva con eximición por culpa del damnificado y objetiva con eximición por culpa del damnificado y ausencia de culpa propia) sí son capaces de inducir niveles de precaución eficientes tanto al actor como al damnificado. Para ello es necesario que, según corresponda, el nivel de precaución que se le exija al actor para eximirlo de culpa sea igual a " $X_{eA}$ " y que el nivel de precaución que se le exija al damnificado para eximirlo de culpa sea igual a " $X_{eD}$ ". En el caso de los regímenes basados en el criterio de responsabilidad subjética del actor, el mecanismo funciona del siguiente modo:

- a) si el actor sabe que no es responsable cuando " $x_A \geq X_{eA}$ ", entonces elegirá un nivel de precaución igual a " $X_{eA}$ " a fin de eximirse de su obligación de indemnizar y de minimizar al mismo tiempo su costo de evitar accidentes;
- b) dado eso, el costo de los accidentes que ocurran en equilibrio (sin culpa del actor) será soportado íntegramente por el damnificado, el cual deberá elegir un nivel de precaución que minimice su costo total (igual a " $p(X_{eA}, x_D) \cdot A + C_D(x_D)$ ");
- c) dicho nivel de precaución es precisamente " $X_{eD}$ ".

La forma en la cual el mecanismo descrito funciona en el caso de los regímenes basados en la responsabilidad subjética es independiente del requisito de eximición por culpa del damnificado. Esto es así porque la culpa (es decir, el incurrir en un nivel de precaución menor a " $X_{eD}$ ") es una estrategia que no resulta conveniente para el damnificado y que, por lo tanto, está fuera del equilibrio de Nash del juego que se está disputando. Esto no ocurre si el régimen de responsabilidad civil está basado en un factor de atribución objetivo. En tal caso, el requisito de eximición por culpa del damnificado sí es relevante para inducir a éste a comportarse de manera no culposa, pero lo que no resulta relevante es el requisito de eximición por ausencia de culpa del actor. Esto es así porque el mecanismo que implementa el equilibrio de Nash en un juego como éste opera del siguiente modo:

- a) el damnificado, sabiendo que si adopta un nivel de precaución " $x_D \geq X_{eD}$ " se hace acreedor a indemnización en caso de accidente, elige " $X_{eD}$ " a fin de obtener dicha indemnización eventual y minimizar al mismo tiempo su costo de evitar accidentes;

b) dado eso, el costo de los accidentes que ocurran en equilibrio (sin culpa del damnificado) será soportado íntegramente por el actor, el cual elegirá un nivel de precaución que minimice su costo total (igual a " $p(x_{e_A}, x_D) \cdot A + C_A(x_A)$ ");

c) dicho nivel de precaución es " $x_{e_A}$ ", que implícitamente también lo exime de culpa si dicho elemento se tiene en cuenta en alguna circunstancia en la cual (por error) se dé que " $x_D < x_{e_D}$ ".

La inclusión de efectos bilaterales en la determinación de la probabilidad de los accidentes no cambia demasiado las conclusiones vistas en el apartado anterior respecto de la distribución del ingreso. Dejando de lado los regímenes en los cuales no se implementa la solución eficiente (ausencia de responsabilidad y responsabilidad objetiva estricta), el resultado de equilibrio en los otros cuatro sistemas nos muestra dos circunstancias (responsabilidad subjetiva con y sin eximición por culpa del damnificado) en las cuales el costo de los accidentes es soportado por el damnificado y otras dos circunstancias (responsabilidad objetiva con eximición por culpa del damnificado, con y sin el requisito adicional de ausencia de culpa del propio actor) en las cuales el costo de los accidentes es soportado por el actor. Los últimos dos esquemas mencionados implican por lo tanto el pago de indemnizaciones en equilibrio, en tanto que los regímenes basados en la responsabilidad subjetiva inducen soluciones de equilibrio en las cuales dicho pago no procede.

En lo que respecta a los costos de administración de los sistemas bajo análisis, cabe señalar que la inclusión de requisitos de eximición por culpa del damnificado introduce un problema adicional que puede volver más costosa la resolución de un caso bajo un régimen de responsabilidad objetiva que bajo un régimen de responsabilidad subjetiva. Esto es así porque la eximición de responsabilidad de un actor puede requerir conocer el nivel de precaución efectivamente tomado por el damnificado, así como estimar un nivel de precaución mínimo que se le requiere a dicho damnificado (que idealmente debería determinarse teniendo en cuenta el daño ocasionado por el accidente, el efecto de la precaución sobre la probabilidad de dicho accidente y el costo del damnificado por incurrir en ese nivel de precaución). Cuando el sistema está basado en el concepto de responsabilidad subjetiva, en cambio, lo que debe averiguarse es el nivel de precaución efectivamente tomado por el actor y el nivel de precaución mínima exigible (el cual, para que coincida con el nivel eficiente, debería sopesar los efectos del daño y de la incidencia de la precaución sobre la probabilidad del accidente y sobre el costo soportado por el actor).

Una conclusión del apartado anterior que se mantiene para los casos analizados en éste es que en los sistemas basados en criterios de responsabilidad subjetiva el número de casos en los que el actor debe indemnizar al damnificado puede ser considerablemente menor, y por ende el número de demandas por indemnización es también susceptible de ser más reducido. Una conclusión adicional que también es relativamente independiente del caso que se analice es que siempre es menos costoso (desde el punto de vista de su administración) un régimen que sólo evalúa la culpa de una de las partes que un régimen similar en el cual se evalúa además la culpa de la otra parte. De este modo, un esquema de responsabilidad subjetiva sin eximición por culpa del damnificado es menos costoso que un esquema de responsabilidad subjetiva con eximición por culpa del damnificado, y un esquema de responsabilidad objetiva con eximición por culpa del damnificado es menos costoso que un esquema de responsabilidad objetiva con eximición por culpa del damnificado y ausencia de culpa propia.

### 5.3. Nivel de actividad y aversión al riesgo

En los análisis efectuados en los dos apartados anteriores respecto de la eficiencia de los distintos regímenes para la atribución de la responsabilidad civil se hicieron implícitamente dos supuestos básicos:

- a) que la variable que influía sobre el costo de los accidentes era básicamente el nivel de precaución del actor y del damnificado y no el nivel de actividad de los mismos;
- b) que tanto el actor como el damnificado eran neutrales al riesgo, por lo cual tenía sentido hablar de un “costo social” que sumara el costo esperado del accidente y el costo cierto de precaverse para tratar de evitarlo.

En la presente sección analizaremos cómo algunas de las conclusiones enunciadas anteriormente se modifican cuando levantamos estos dos supuestos. Estudiaremos así situaciones de actividades con riesgo de accidentes en las cuales el costo social no sólo está influido por el nivel de precaución de las partes sino también por su nivel de actividad (es decir, por el volumen de operaciones que se realiza o por la cantidad que se produce de un determinado bien o servicio que genera riesgo de accidentes). Adicionalmente veremos cómo, si el actor y el damnificado son agentes económicos con distinto grado de aversión al riesgo, ciertos factores de atribución de la responsabilidad pueden resultar más eficientes que otros como mecanismos para distribuir riesgos desde personas más aversas al riesgo hacia personas menos aversas al riesgo.

Para incorporar el tema del nivel de actividad en el análisis de la eficiencia de los sistemas de atribución de la responsabilidad civil resulta necesario tener en cuenta no sólo los costos que los accidentes y los niveles de precaución les generan a los eventuales actores y damnificados sino también los beneficios que se derivan por llevar a cabo la actividad que da origen a dichos accidentes. Supongamos, por ejemplo, que una determinada actividad (por ejemplo, la producción y distribución de cierto bien o servicio) puede realizarse a distintos niveles (por ejemplo, pueden producirse y distribuirse distintas cantidades de dicho bien o servicio). Dichos niveles de actividad (que denotaremos con la variable “Q”) generan ciertos beneficios (B), implican ciertos costos directos de provisión ( $C_P$ ) y tienen asimismo asociados ciertos costos ligados con los accidentes. Estos últimos costos son los que hemos estudiado en los apartados anteriores, y son esencialmente los costos esperados de los accidentes y los costos de prevención de los mismos.

Supongamos, por simplicidad, que los costos ligados con los accidentes son una función lineal del nivel de actividad (es decir, que cada unidad producida y distribuida de un determinado bien o servicio riesgoso genera un determinado costo esperado de accidentes y exige un cierto esfuerzo de prevención de los mismos). Supongamos además que en la actividad en cuestión sólo importa el nivel de precaución del actor (x), y que es básicamente dicho nivel el que determina el costo de los accidentes por unidad de actividad. En dichas circunstancias, el beneficio social asociado con la actividad en cuestión (BS) puede escribirse del siguiente modo:

$$BS = B(Q) - C_P(Q) - Q \cdot [p(x) \cdot A + C_A(x)]$$

Dada una situación como la expuesta, los niveles eficientes de actividad y de precaución serán aquellos para los cuales los beneficios marginales de “Q” y “x” se igualen con los respectivos costos marginales que tales “Q” y “x” generan. Esto implica que por un lado se igualen el beneficio marginal de incrementar la precaución con el costo marginal que dicho incremento acarrea (lo cual determina un nivel “Xe” de

precaución eficiente) y que por otro se igualen el valor marginal de incrementar el nivel de actividad con el costo marginal que dicho incremento genera (lo cual determina un nivel “Qe” de actividad eficiente). La primera de tales igualdades es esencialmente idéntica a la vista en el apartado 5.1, e implica que debe intentarse reducirse al mínimo el costo social de los accidentes (que es lo que aparece entre corchetes en la expresión de “BS”). La segunda, en cambio, está en cierto modo condicionada a la primera, y puede escribirse del siguiente modo:

$$V_m = C_{mp} + [p(X_e) \cdot A + C_A(X_e)] \quad ;$$

donde “Vm” es el valor marginal de incrementar el nivel de actividad, “Cmp” es el costo marginal de proveer una unidad más de la actividad en cuestión, y la expresión entre corchetes es el efecto que tiene dicha unidad sobre el costo social de los accidentes (bajo el supuesto de que se está tomando el nivel de precaución eficiente).

Hemos visto ya en el apartado 5.1 que tanto un régimen basado en la responsabilidad objetiva como uno basado en la responsabilidad subjetiva (que le requiera al actor un nivel de precaución mínimo igual a “Xe”) son capaces de inducir un nivel de precaución eficiente. Dicha conclusión, sin embargo, no se extiende a la obtención de un nivel de actividad eficiente, que sí se logra con un esquema basado en la responsabilidad objetiva pero no con uno basado en la responsabilidad subjetiva. A efectos de visualizar esta diferencia, supongamos que el actor que tiene que decidir su nivel de actividad “Q” incurre en un nivel de precaución “Xe” y, a consecuencia de ello, se exime de la responsabilidad por los accidentes bajo un régimen de responsabilidad subjetiva pero no si se sigue un criterio de responsabilidad objetiva. En dichas circunstancias, los beneficios del actor bajo ambos regímenes alternativos son respectivamente “Bs” y “Bo”, y pueden escribirse como sigue:

$$B_s = P \cdot Q - C_p(Q) - Q \cdot [C_A(X_e)] \quad ; \quad B_o = P \cdot Q - C_p(Q) - Q \cdot [p(X_e) \cdot A + C_A(X_e)] \quad ;$$

donde “P” es el precio al cual se vende el bien o servicio producido y distribuido.

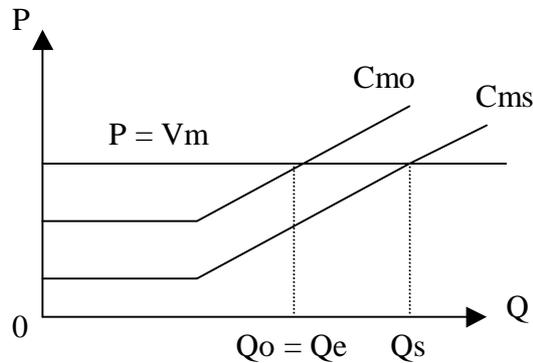
Cuando el actor en cuestión tiene que decidir su nivel de actividad “Q”, el mismo igualará el beneficio marginal que esa actividad genera (que en una situación competitiva es estrictamente igual al precio) con su propio costo marginal. Dicha igualación implica las siguientes dos reglas alternativas:

$$P = C_{mp} + [C_A(X_e)] \quad (\text{responsabilidad subjetiva}) \quad ;$$

$$P = C_{mp} + [p(X_e) \cdot A + C_A(X_e)] \quad (\text{responsabilidad objetiva}) \quad ;$$

y puede apreciarse en el gráfico 5.4. Como se ve, el costo marginal que soporta el actor bajo un régimen de responsabilidad subjetiva (Cms) es siempre menor al que incurre si el régimen está basado en el concepto de responsabilidad objetiva (Cmo). Esto se debe a que en el primero de tales casos no se incluye como parte integrante al costo esperado de los accidentes, que, en tanto el actor haya tomado un nivel de precaución “Xe”, corre por cuenta del damnificado. Este hecho implica sin embargo que el actor percibe un costo marginal privado menor al verdadero costo marginal social, y que por lo tanto va a elegir un nivel de actividad “Qs” mayor. Si la responsabilidad se asigna bajo un factor de atribución objetivo, en cambio, el costo marginal privado es igual al costo marginal social y, en tanto el precio “P” se iguale con el valor marginal social de “Q” (que es lo que sucede si el mercado en cuestión es competitivo y no adolece de ningún otro problema adicional de eficiencia), el nivel de actividad que el actor elegirá en esa situación será igual al nivel de actividad eficiente (“Qo = Qe”).

Gráfico 5.4



La mayor eficiencia que en este caso exhiben los regímenes basados en la responsabilidad objetiva proviene del hecho de que dichos sistemas no permiten transferirle al damnificado ninguno de los costos que los accidentes provocan, y hacen por lo tanto que el actor “internalice” todos los riesgos que genera. Los regímenes basados en la responsabilidad subjetiva, en cambio, crean una externalidad que no es tomada en cuenta por el actor: el mayor riesgo provocado por un mayor nivel de actividad. Esto se debe a que el actor no tiene que soportar los costos que provocan los accidentes no culposos (más frecuentes en razón del mayor nivel de “Q”), ya que puede eximirse de indemnizar dichos accidentes si logra demostrar un nivel de precaución adecuado. Ese mayor costo ligado al mayor riesgo termina siendo soportado en ese caso por el damnificado, que usualmente no tiene capacidad para controlar el nivel de “Q”.

Las ventajas de eficiencia del régimen de responsabilidad objetiva respecto del nivel de actividad podrían en teoría revertirse en una situación en la cual el principal responsable del nivel de actividad fuera el damnificado y no el actor. En efecto, si lo que determina el “tamaño total” del riesgo de accidentes es una decisión que toma el eventual damnificado (por ejemplo, su decisión de exponerse o no a un determinado riesgo), entonces los regímenes de responsabilidad objetiva tienen el inconveniente de hacer que dicho damnificado no perciba correctamente todo el costo marginal social que genera (ya que parte de dicho costo se le reembolsa a través de una indemnización). Dicho problema no desaparece incluyendo el criterio de eximición de responsabilidad por culpa del damnificado, ya que lo que ese criterio puede inducir es que el damnificado tome un nivel de precaución eficiente, pero no lo incentiva a adoptar un nivel de actividad eficiente.

La consideración de niveles diferentes de aversión al riesgo es otro elemento a tener en cuenta cuando se evalúan regímenes de responsabilidad civil basados en factores de atribución subjetivos y objetivos. La regla al respecto es que, si el actor es menos averso al riesgo que el damnificado, un régimen basado en la responsabilidad objetiva es en principio más eficiente que un régimen basado en la responsabilidad subjetiva (y viceversa). Si se da en cambio que los dos (actor y damnificado) son aversos al riesgo, aparece además una lógica para establecer sistemas de responsabilidad objetiva limitada. Estos sistemas hacen que parte del riesgo creado (el que llega hasta un cierto nivel de daño) sea asumido por el actor, y que el resto lo sea por el damnificado. Los regímenes de responsabilidad limitada pueden servir también para inducir a los posibles damnificados a adoptar niveles de precaución más eficientes (sobre todo en

casos en los que dicho nivel de precaución es de difícil determinación *ex-post*), pero pueden tener el inconveniente de reducir los incentivos del actor a precaverse eficientemente (en especial en casos en los que el límite máximo de la indemnización sea relativamente bajo).

#### **5.4. Seguros y responsabilidad civil**

Los efectos económicos de las distintas reglas de atribución de la responsabilidad civil por accidentes son susceptibles de sufrir modificaciones cuando el actor o el damnificado pueden asegurarse contra los riesgos derivados de dichos accidentes. Los seguros disponibles al efecto son básicamente de dos tipos: el seguro contra accidentes que puede obtener el eventual damnificado y el seguro de responsabilidad civil (o “seguro contra terceros”) que puede obtener el eventual actor.

En principio, la lógica económica para contratar seguros tiene que ver con la existencia de riesgo, y se da por lo tanto en contextos en los cuales los eventuales actores o damnificados son agentes aversos al riesgo. La demanda de seguros, sin embargo, tiene también que ver con el factor de atribución que se utilice para asignar la responsabilidad civil. En efecto, en un sistema basado en la responsabilidad subjetiva (en el cual el actor se exime de responsabilidad en ausencia de culpa) habrá una menor demanda de seguros de responsabilidad civil y una mayor demanda de seguros contra accidentes, en tanto que en un sistema basado en la responsabilidad objetiva habrá una mayor demanda de seguros de responsabilidad civil y una menor demanda de seguros contra accidentes. Esto es así porque, en equilibrio, dichos sistemas implican asignaciones del riesgo que en un caso recaen sobre el damnificado y en el otro recaen sobre el actor, y generan por lo tanto incentivos diferentes para que los eventuales actores y damnificados se aseguren.

Lo expresado en el párrafo anterior no implica sin embargo que en regímenes basados en el criterio de responsabilidad objetiva sean innecesarios los seguros contra accidentes ni que en regímenes basados en el criterio de responsabilidad subjetiva sean innecesarios los seguros de responsabilidad civil. En tales circunstancias los aseguradores pueden cumplir el papel de agentes de los respectivos actores y damnificados en el proceso de discusión y determinación de la responsabilidad, actuando además como financistas de los damnificados (adelantándoles el pago que, en una situación sin seguro, sólo recibirían después de litigar o negociar extrajudicialmente con el respectivo actor). Desde un punto de vista global, el seguro de responsabilidad civil puede servir también como una garantía de que el eventual actor va a tener la capacidad financiera suficiente para hacer frente a una indemnización, y de que por lo tanto el eventual damnificado va a recibir la indemnización que le corresponda.

Uno de los mecanismos básicos que tiene el procedimiento de reparación de daños en presencia de seguros por accidentes es la subrogación, por la cual el asegurador del damnificado puede demandar al actor por los daños que éste causó hasta el monto de la indemnización abonada. Esto permite que la acción judicial de reparación de daños sea encarada por un agente económico especializado, que presumiblemente operará de manera más eficiente y efectiva que el propio damnificado. Del mismo modo, el actor que ha contratado un seguro de responsabilidad civil tiene la posibilidad de ser auxiliado por su asegurador, pudiendo ambos aseguradores actuar también en casos de transacción extrajudicial. En el derecho argentino la facultad subrogatoria está explícitamente reconocida por la ley 17.418 (artículo 80), la cual establece también que la garantía prevista en los seguros de responsabilidad civil se extiende al pago de los

gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del damnificado (artículo 110).

Un efecto perjudicial sobre la eficiencia económica que tienen en principio los seguros es que pueden generar problemas de riesgo moral como los vistos en el apartado 4.2. En efecto, si un eventual actor (o, alternativamente, un eventual damnificado) sabe que está asegurado contra las pérdidas que puede generarle una situación de accidente, este hecho puede inducirlo a tomar un nivel de precaución menor que el que tomaría en el caso en que tuviera que hacer frente él mismo a dichas pérdidas. Este problema de riesgo moral asociado a los seguros, sin embargo, está considerablemente atenuado por la propia forma que tienen los contratos de seguro, que incluyen normalmente una serie de cláusulas destinadas a paliarlo. La más importante de dichas cláusulas es generalmente de carácter legal (en la Argentina, por ejemplo, aparece en el artículo 114 de la ley 17.418), e implica que el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando medie dolo o culpa grave de su parte. Los contratos de seguro suelen también incluir premios por ausencia de siniestros, así como también coberturas parciales (deducibles) que buscan recompensar marginalmente al asegurado por los niveles adicionales de precaución que pueda tomar. Por último, la existencia de entidades aseguradoras que intervienen en la determinación de los daños y en la delimitación de la responsabilidad de las partes puede tener también el efecto de reducir los costos de administración del sistema judicial, supliendo en cierto modo actividades que de otra manera serían encaradas directamente por la justicia.

La existencia de mercados de seguros por accidentes y de seguros de responsabilidad civil tiene adicionalmente la capacidad de transformar ciertos derechos derivados de relaciones extracontractuales en algo más parecido a derechos de propiedad que pueden comprarse y venderse. En efecto, cuando –en un régimen basado en el criterio de responsabilidad objetiva– un eventual actor compra un seguro de responsabilidad civil está en el fondo adquiriendo el derecho a provocar accidentes sin necesidad de negociar con los múltiples eventuales damnificados por dichos accidentes. Lo mismo sucede con un eventual damnificado que adquiere un seguro contra accidentes en un contexto en el cual rige un criterio de asignación subjetiva de la responsabilidad: lo que esta persona está comprando es un derecho que acrecienta el valor de un activo que él posee y que está sujeto a riesgo de accidentes, y el seguro le permite adquirirlo sin necesidad de negociar con los múltiples eventuales actores que pueden generar dichos accidentes.

## **5.5. Hechos propios y hechos de otro**

El derecho civil argentino ha adoptado un esquema mixto en lo que se refiere a los criterios de atribución de la responsabilidad. Este esquema distingue dos casos básicos que son el de la responsabilidad por hechos propios y el de la responsabilidad por hechos de otro. En la segunda de tales categorías entran los hechos que generan responsabilidad y que son atribuibles a los dependientes de una persona y a personas incapaces cuya representación está a cargo de otras personas. Dentro de los hechos propios, por su parte, tiene importancia una distinción que se realiza entre los daños causados “con las cosas” y los daños causados “por las cosas”, que siguen reglas distintas en lo que se refiere al factor de atribución de la responsabilidad civil.

En su redacción original, el Código Civil argentino adoptaba como regla básica de atribución de la responsabilidad el criterio subjetivo, basado en la idea de culpa (artículo 1109). Los únicos casos en los cuales se aplicaban reglas de carácter objetivo

tenían que ver con hechos imputables a los dependientes de otras personas, en los cuales se utilizaba no obstante un criterio subjetivo para analizar la atribución de los hechos ilícitos a tales dependientes. Con la reforma realizada en 1968 por la ley 17.711, el ámbito de la responsabilidad objetiva se amplió y pasó a comprender también los hechos propios causados “por el riesgo o vicio de la cosa” (es decir, sin intervención directa del dueño o guardián de la cosa en cuestión). El régimen vigente para tales hechos (artículo 1113) contempla como causal de eximición a la culpa ajena (por ejemplo, la culpa del propio damnificado). También le asigna responsabilidad objetiva a quienes contratan dependientes (por los daños causados por éstos en ejercicio o con ocasión de sus funciones), así como a las personas jurídicas (por los daños que causen sus directores, administradores y dependientes, en ejercicio o con ocasión de sus funciones).

El criterio adoptado por el derecho civil argentino para atribuir la responsabilidad sigue pues una regla doble: para los daños causados por hechos propios sin intervención de cosas, daños causados con intervención de cosas que sirven de instrumento a una acción humana y daños causados por incapaces, el criterio es el de la responsabilidad subjetiva sin eximición por culpa ajena; para los daños causados por las propias cosas sin intervención directa del hombre y para los daños causados por dependientes y por directores y administradores de personas jurídicas, el criterio es el de la responsabilidad objetiva con eximición por culpa ajena. Aún en los casos en los que el criterio seguido es de tipo subjetivo, el régimen legal presupone muy frecuentemente la existencia de culpa (por ejemplo, si hay daño causado con las cosas o daño causado por incapaces) y lo que el presunto responsable debe probar para eximirse de responsabilidad es por lo tanto la ausencia de culpa propia.

La lógica económica detrás de la distinción entre daños con las cosas y daños por las cosas puede buscarse en las ventajas y desventajas que los sistemas de atribución subjetivo y objetivo tienen para incentivar a los agentes económicos a adoptar comportamientos eficientes. Puede suponerse así que los daños causados con las cosas tienen lugar en situaciones en las cuales resulta más importante la precaución bilateral y no es tan relevante el nivel de actividad de las partes en la generación de los costos sociales de los accidentes. Por el contrario, cuando el daño se produce por el riesgo o vicio de las cosas, el legislador parece haber considerado más relevante el nivel de precaución del dueño o guardián de la cosa y el nivel de actividad que éste está llevando a cabo, y ha adoptado por lo tanto un criterio basado en la responsabilidad objetiva. En circunstancias como ésta, sin embargo, el sistema legal hace jugar como elemento de eximición a la culpa del damnificado, a los efectos de proveer incentivos a las eventuales víctimas para que ellas también adopten un nivel de precaución adecuado.

En lo que se refiere a la responsabilidad por hechos de otro, la imputación que se hace es diferente según se trate de dependientes o de incapaces. En el primero de tales casos la responsabilidad se basa estrictamente en un criterio de riesgo creado, y por ende sólo es excusable si media una causa extraña (por ejemplo, culpa del damnificado). En el caso de los incapaces, en cambio, la base de la responsabilidad es la culpa *in vigilando*, y los padres, tutores o curadores del incapaz en cuestión pueden eximirse de dicha responsabilidad cuando prueban que les ha sido imposible impedir el daño. La justificación económica de esta distinción puede hacerse a través de un argumento similar al visto para distinguir los factores de atribución aplicables a los hechos propios con y por las cosas, si bien en este caso el fenómeno que parece diferenciar más a los responsables por hechos de sus dependientes de los responsables por hechos de incapaces es una distinta aversión al riesgo. En efecto, quienes tienen dependientes a su

cargo (en especial si se trata de personas jurídicas) son en principio personas dedicadas a una actividad empresarial que se supone que tienen una aversión al riesgo menor. Los padres, tutores y curadores de incapaces, en cambio, son personas físicas cuyo nivel de aversión al riesgo no tiene por qué ser menor que el promedio de la población. Como los sistemas basados en la responsabilidad objetiva tienden en equilibrio a asignar el riesgo a los actores y los sistemas basados en la culpa tienden a asignárselo a los damnificados, la regla vigente para daños causados por dependientes y por directores y administradores de personas jurídicas puede explicarse como un mecanismo tendiente a lograr que el riesgo lo asuma un agente económico relativamente neutral a él (que es quien contrata al dependiente, director o administrador). Dicha lógica no se aplica a los representantes de los incapaces, cuya situación se asimila en cierto modo al de la persona que causa un daño “con las cosas”.

Además de las situaciones cubiertas por las reglas generales mencionadas, en el derecho civil argentino existe al menos un caso en el cual el criterio de atribución que se aplica es el de la responsabilidad objetiva con eximición por culpa ajena y ausencia de culpa propia. Dicho caso aparece en la ley 24.051 de residuos peligrosos, que establece que “el dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad por demostrar culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso” (artículo 47). El objetivo de esta disposición tiene probablemente que ver con la idea de que los riesgos que los residuos peligrosos generan son capaces de provocar daños muy elevados, y que por lo tanto resulta conveniente crear incentivos redundantes (responsabilidad objetiva y ausencia de culpa propia) a fin de asegurarse por dos vías un nivel de precaución adecuado por parte del eventual actor, aun a costa de generar costos administrativos mayores cuando el daño efectivamente se verifica.

Cuando resulta necesario definir el concepto de culpa a efectos de determinar la existencia o no de responsabilidad por parte de un agente económico (el actor, en los casos de responsabilidad subjetiva, o un tercero, en los casos de eximición de responsabilidad objetiva), el derecho civil argentino suele utilizar pautas ligadas con la costumbre, el conocimiento y las condiciones propias en las que se desenvuelven las actividades de las personas. No es en cambio usual, como sí sucede en el derecho estadounidense, que se empleen criterios más directamente basados en la teoría económica de la responsabilidad civil (es decir, criterios que tengan en cuenta el impacto de las acciones de las partes sobre la probabilidad de los accidentes y sobre el costo de evitarlos). Estas consideraciones habituales en la jurisprudencia norteamericana se relacionan con la llamada “regla de Hand”, cuyo nombre proviene del juez Learned Hand que la enunció por primera vez en un fallo del año 1947. La regla en cuestión postula esencialmente lo mismo que vimos en el apartado 5.1 cuando analizamos el nivel de precaución eficiente del autor de un accidente: la culpa se identifica con una situación en la cual el beneficio social de incrementar la precaución (que depende de la probabilidad de causar un daño y del monto de dicho daño) es mayor que el costo social que dicho incremento acarrea.

## **5.6. Riesgos del trabajo**

En el sistema legal argentino, los riesgos originados en accidentes y enfermedades sufridos por un trabajador como consecuencia o en ocasión de su trabajo son objeto de un régimen de responsabilidad diferente del legislado por el Código Civil. Este régimen particular fue establecido originalmente por la ley 9688 en el año 1915, y

reformado varias veces. La norma actual es la ley 24.557, del año 1995, que introdujo una serie de modificaciones respecto de la legislación anterior y distanció más aún el esquema aplicable de los criterios generales que rigen para la atribución de responsabilidad civil y para el resarcimiento de daños.

El régimen vigente de responsabilidad por riesgos del trabajo tiene tres elementos particulares que lo caracterizan: un criterio de responsabilidad objetiva sin eximición por culpa ajena, un sistema de topes indemnizatorios que limitan dicha responsabilidad en términos monetarios, y un seguro obligatorio a cargo de entidades especializadas. El criterio de responsabilidad adoptado está establecido por el artículo 6° de la ley 24.557, el cual sólo exime de responsabilidad al empleador si el accidente o enfermedad bajo análisis se produjo por dolo del trabajador, por fuerza mayor extraña al trabajo o por un hecho preexistente a la relación laboral y debidamente acreditado al inicio de ésta. Las indemnizaciones, por su parte, están fijadas para distintas hipótesis de incapacidad del trabajador (incapacidad laboral temporaria, incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total, muerte) y se basan en cálculos que tienen en cuenta el ingreso mensual del trabajador accidentado o enfermo, el porcentaje de incapacidad y la duración de la misma. Existen asimismo topes para cada una de dichas hipótesis, que alcanzan su valor máximo en los casos de incapacidad permanente total y de muerte del trabajador.

En lo que se refiere al seguro obligatorio, el sistema general adoptado por la ley implica la creación de entidades especializadas denominadas “aseguradoras de riesgos del trabajo” (ART). Estas entidades son objeto de una regulación específica por parte del estado, y su objetivo es verificar la ocurrencia de los accidentes y enfermedades en cuestión, realizar una serie de acciones preventivas y de tratamiento de los mismos, y abonar las indemnizaciones correspondientes. Para eso cobran cuotas mensuales a los empleadores, que tienen la facultad de elegir las alternativas disponibles. Ciertos empleadores explícitamente autorizados por la autoridad de control pueden optar también por un sistema de autoseguro, por el cual prescinden de los servicios de las ART y se hacen cargo directamente de las obligaciones emergentes de los riesgos del trabajo.

Las dos modificaciones más importantes que introdujo la ley 24.557 respecto del régimen anterior fueron la creación de las ART y de la correspondiente autoridad de control de las mismas (denominada “Superintendencia de Riesgos del Trabajo”), y la eliminación de la opción por el régimen general de responsabilidad del Código Civil, que era anteriormente un derecho del trabajador damnificado por un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Esta opción implicaba que el trabajador podía renunciar a la indemnización tarifada por la ley de accidentes de trabajo y demandar al empleador una reparación en los términos del Código Civil. Esta última alcanzaba en general montos mayores a los previstos en la ley laboral, pero estaba sujeta a criterios más estrictos de responsabilidad (ya que permitía eximiciones por caso fortuito y culpa del damnificado, ausentes en el régimen de riesgos del trabajo).

La interpretación económica del régimen vigente para los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales exige tener en cuenta una serie de factores a los que de un modo u otro nos hemos referido en apartados anteriores. Por un lado, el sistema implica la instauración de un seguro con cobertura parcial de los riesgos a los que se ven expuestos los trabajadores durante su trabajo o en relación con él (ya que, por ejemplo, los accidentes en el trayecto hacia el trabajo también están cubiertos). Este seguro tiene una cobertura relativamente mayor para los trabajadores de menor salario, ya que la valuación monetaria del daño que pueden sufrir es relativamente más cercana al tope

indemnizatorio establecido por la ley (y puede, inclusive, ser menor que éste). La lógica implícita detrás de esto parece ser esencialmente una idea de aversión al riesgo, que se supone que es mayor para los trabajadores que para los empleadores, y mayor cuanto menor es el ingreso mensual del trabajador.

Los accidentes y enfermedades laborales pueden presentar también un elemento importante de riesgo moral, tanto por parte del trabajador como del empleador. En ese sentido, el régimen vigente da incentivos un tanto contrapuestos para que las partes tomen niveles de precaución eficientes. Desde el punto de vista del trabajador, el incentivo principal que el mismo tiene para tomar un nivel de precaución adecuado es precisamente el hecho de que su indemnización se encuentra tarifada y que, una vez superado cierto tope, todo el daño adicional pasa a ser soportado por el propio trabajador. Desde el punto de vista del empleador, en cambio, los incentivos deberían venir de la actividad de las ART, que en los contratos de seguros que les ofrecen pueden incluir cláusulas que premien la adopción de medidas de seguridad y la reducción de los índices de siniestralidad. El efecto del sistema sobre los incentivos de los trabajadores a adoptar precauciones, sin embargo, es directamente proporcional a su nivel de remuneración, ya que es prácticamente nulo para trabajadores cuya expectativa de ingreso futuro es baja (que son muchas veces los más expuestos a riesgos de accidentes de trabajo) y extremadamente grande para los trabajadores de altos ingresos (cuya exposición a accidentes de trabajo suele ser menor).

Otro elemento característico de la responsabilidad por riesgos del trabajo es que la misma aparece en un contexto en el que el responsable y el damnificado están ligados por una relación contractual. Este hecho atenúa considerablemente el papel que el régimen de responsabilidad puede tener como mecanismo de distribución del ingreso. En efecto, hemos visto que en una situación en la cual la relación entre actor y damnificado tiene un carácter estrictamente extracontractual (por ejemplo, un accidente de tránsito) los regímenes basados en el criterio de la responsabilidad subjetiva tienden a transferir los costos al damnificado y los regímenes basados en el criterio de responsabilidad objetiva tienden a transferírseles al actor. Esto es así porque lo que el derecho hace en esas circunstancias se asemeja a una delimitación de los derechos de propiedad de las partes sobre los activos que generan los accidentes, y tiene por lo tanto efectos sobre el valor de dichos activos. Cuando las reglas de responsabilidad aparecen mezcladas con una relación contractual (como es el caso de los riesgos del trabajo), esta relación modifica la distribución del ingreso implícita en las reglas de responsabilidad, ya que en los términos convenidos de un modo u otro en el contrato de trabajo dichas reglas son tenidas en cuenta. Es por lo tanto esperable que bajo un régimen en el cual las obligaciones de reparar los daños generados por los riesgos del trabajo estén básicamente a cargo del empleador los salarios sean más bajos (ya que al mismo tiempo se le está asegurando al trabajador un ingreso eventual en caso de accidente o enfermedad) y que bajo un régimen en el cual las obligaciones de reparar dichos daños estén básicamente a cargo del trabajador los salarios sean más altos (ya que es el propio trabajador quien debe hacerse cargo del costo eventual de los accidentes y las enfermedades laborales).

En el régimen de riesgos del trabajo que regía en la Argentina con anterioridad a la sanción de la ley 24.557 (es decir, el de la ley 24.028 y, antes de ella, el de la ley 9688 y sus modificatorias), el trabajador tenía la opción de renunciar a la indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional y demandar en cambio una indemnización de acuerdo con las pautas generales del Código Civil. Esta opción podía interpretarse desde el punto de vista económico como un procedimiento de

escudriñamiento semejante al visto en el apartado 4.3 para los contratos de seguro. Como el régimen de la ley de accidentes de trabajo implicaba indemnizaciones menores pero no requería ausencia de culpa del damnificado y el régimen del Código Civil para daños “por las cosas” (que es el que resultaba en general aplicable a los accidentes de trabajo) implica indemnizaciones mayores pero exige que el accidente no sea culpa del damnificado, la opción por uno u otro régimen revelaba en cierto modo las características del trabajador en lo referido a su preferencia por la precaución. Un trabajador menos precavido debía por lo tanto elegir el régimen de la ley de accidentes de trabajo y un trabajador más precavido debía en cambio elegir el régimen del Código Civil. La opción implicaba también (al menos en teoría) un incentivo para que los trabajadores de cualquier característica adoptaran niveles de precaución mayores. Con dichos niveles no sólo podían reducir la probabilidad de ocurrencia de los accidentes de trabajo sino también asegurarse que, de ocurrir un accidente, el mismo no sería considerado culpa del trabajador y le liberaría la vía para demandar civilmente y hacerse acreedor a una indemnización mayor.

Con el cambio de sistema, este mecanismo de escudriñamiento desapareció y fue reemplazado por un esquema en el cual el trabajador sólo puede obtener una indemnización mayor si se asegura por su cuenta contra los riesgos laborales que corre. Esto puede llegar a ser más eficiente que el esquema anterior si suponemos que los aseguradores tienen mayor capacidad que los jueces civiles para comprobar las precauciones efectivamente tomadas por los trabajadores, y pueden incentivar de ese modo a éstos para que adopten un nivel de precaución adecuado. La dificultad para evaluar judicialmente dichas precauciones en contextos en los cuales los accidentes y las enfermedades suelen tener múltiples causas (como parece ser el que se da en muchos accidentes y enfermedades laborales) puede haber sido por lo tanto una de las causas por las cuales fue reemplazado el sistema de opción anteriormente vigente, en el entendimiento de que no servía para distinguir adecuadamente entre situaciones con y sin culpa del trabajador. Otro motivo esgrimido fue la necesidad de que el sistema de seguros contra riesgos del trabajo funcionara efectivamente, cosa que aparentemente no sucedía en un contexto en el cual cada vez más casos optaban por la vía civil (y, por lo tanto, los seguros contra riesgos del trabajo se volvían cada vez más innecesarios pero los riesgos del trabajo se volvían cada vez más impredecibles). La salida fue entonces sustituir el régimen vigente por otro en el cual los incentivos que el sistema de reparación de daños da para adoptar precauciones son más difusos, pero que parece tener menores costos de administración y que intenta poner en cabeza de las ART algunos incentivos y responsabilidades para que ellas realicen ciertas tareas y les exijan a los empleadores algún nivel mayor de prevención.

## **5.7. Productos elaborados y defensa del consumidor**

Un caso particular de responsabilidad civil es el que se plantea en situaciones de accidentes en las cuales el actor es el fabricante de un producto elaborado y el damnificado es el consumidor de dicho producto. Hasta el año 1994, los criterios aplicables en la Argentina para este tipo de accidentes se regían por las pautas generales del Código Civil, y en su interpretación solían colisionar dos visiones diferentes. Algunos autores consideraban aplicables las reglas de responsabilidad contractual basadas en el concepto de vicio redhibitorio, en tanto que otros enmarcaban el caso como una situación extracontractual de daño causado “por las cosas” (véase, por ejemplo, Alterini, 1991). En 1994 la responsabilidad por accidentes causados por

productos elaborados pasó a estar regida fundamentalmente por la ley 24.240 de defensa del consumidor, que introduce ciertos criterios propios sobre el tema.

De acuerdo a su redacción después de la reforma que la ley 24.240 sufrió en 1998, el criterio básico de responsabilidad que se emplea es el de la responsabilidad objetiva y solidaria por parte del "... productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio", disponiéndose que sólo se eximirá de ella "... quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena" (artículo 40). Básicamente, las obligaciones que la ley pone en la cadena de producción y comercialización de los bienes se refieren a la información al consumidor (artículos 4-6) y a los defectos de diseño y fabricación (artículo 18), incluyéndose además una garantía legal obligatoria por tres meses para cosas muebles no consumibles (artículo 11). El modo principal de reparación del daño es en general el reemplazo o arreglo de la cosa defectuosa, pero la propia idea de responsabilidad contenida en la ley se extiende también al daño emergente y al lucro cesante provocado por los accidentes en los que intervienen productos elaborados. Adicionalmente, la ley de defensa del consumidor establece sanciones administrativas consistentes en multas, decomisos de mercaderías, y clausuras y suspensiones de establecimientos.

Debido a su situación intermedia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, las reglas aplicables a casos de accidentes ocasionados por productos elaborados pueden interpretarse desde el punto de vista económico como normas destinadas a resolver simultáneamente tres problemas: el del oportunismo contractual de las empresas productoras y comercializadoras de bienes, el de la asimetría informativa entre proveedor y consumidor, y el de las externalidades generadas por la producción y venta de productos riesgosos. En general, estos tres problemas pueden resolverse de manera adecuada imponiendo reglas de responsabilidad objetiva a las empresas incluidas en la cadena de producción y distribución de los productos, debido a que dichas reglas cumplen el triple objetivo de desalentar los comportamientos oportunistas, incentivar la revelación de las características y riesgos de los productos, e inducir a los productores y distribuidores a elegir los niveles de precaución y de actividad adecuados. La preferencia por reglas de responsabilidad objetiva se refuerza si suponemos que los consumidores son en general agentes económicos más aversos al riesgo que las empresas proveedoras de los productos, ya que dicho criterio de atribución de la responsabilidad tiende en equilibrio a asignar el riesgo a tales proveedores.

El principal problema que el criterio de responsabilidad objetiva puede generar en casos de productos elaborados es el del riesgo moral por parte del consumidor, que puede verse inducido a adoptar niveles de precaución menores que los eficientes. Esto puede ser especialmente importante en casos en los cuales se producen daños a terceros distintos de los consumidores de los productos, por lo cual resulta esencial que dentro del criterio de eximición por causa ajena se tenga explícitamente en cuenta la negligencia del consumidor. Algunos trabajos (ver, por ejemplo, FIEL, 1996) señalan también que el carácter de seguro generalizado que tiene el sistema de responsabilidad objetiva implica en ciertos casos una duplicación de cobertura que puede resultar innecesariamente costosa (por ejemplo, cuando ya existen seguros contra determinadas contingencias o mecanismos mediante los cuales el mercado por sí solo penaliza a las firmas que proveen bienes de menor calidad) y que podría obtenerse de manera más eficiente a través de medidas de prevención y de seguros tomados por el propio consumidor.

Otro punto que ha generado controversias respecto de su conveniencia es la inclusión del requisito de garantía obligatoria para los productos elaborados. Siguiendo

a Acciarri, Barbero y Castellano (1998), diremos que el papel económico de dicha garantía parece ser el de solucionar el problema de selección adversa que se genera cuando existen bienes de diferente calidad, dichas diferencias son conocidas por el fabricante pero no por el consumidor, y no surgen espontáneamente mecanismos contractuales que incentiven a los productores a emitir señales sobre la calidad de sus productos. En ese sentido, una garantía obligatoria sirve para establecer un nivel mínimo de calidad (ya que a los productores deja de convenirles producir bienes cuya probabilidad de tener defectos es muy alta), pero implica también que desaparecerán del mercado una serie de bienes de menor calidad y menor costo. En una situación en la cual el problema de información asimétrica es poco importante, por lo tanto, dicha desaparición puede resultar ineficiente, ya que les quita a los consumidores la posibilidad de optar entre bienes de mayor calidad y mayor precio y bienes de menor calidad y menor precio.

Un último elemento a señalar en el análisis de la responsabilidad civil por defectos de fabricación y accidentes ocasionados con productos elaborados es que, al igual que lo sucede con los riesgos del trabajo, la relación entre actor y damnificado se superpone con una relación contractual (directa o indirecta) en la cual las partes son respectivamente vendedor y comprador. Esto hace que los efectos distributivos que las reglas de responsabilidad civil tienen en los casos puramente extracontractuales se atenúen a través de efectos en los precios de venta de los productos elaborados. Así, por ejemplo, un régimen legal en el cual los fabricantes no tienen ningún tipo de responsabilidad civil por los accidentes generados por sus productos permite que los precios de los bienes sean menores, en tanto que dichos precios se elevan si el criterio de atribución es el de la responsabilidad subjetiva (en virtud de los costos por las mayores precauciones que el régimen legal le induce a tomar a los fabricantes) y son aún mayores en un sistema basado en la responsabilidad objetiva (que incorpora también como costo de producción el valor esperado de las indemnizaciones no culposas). Con un ejemplo hipotético de un fabricante de bebidas gaseosas, Mitchell Polinsky (1989) muestra cómo, en una situación competitiva y sin información asimétrica, las tres reglas llevan a un comportamiento y a una distribución del ingreso equivalentes tanto por parte del productor como del consumidor, ya que en unos casos el consumidor paga menos pero se hace cargo del costo esperado de los daños que puede ocasionar el producto y en otros el consumidor paga más y el que se hace cargo de reparar los daños es el productor. Cuando el productor tiene mejor información que el consumidor, la equivalencia distributiva de las tres reglas no se altera pero cambia la eficiencia relativa de las mismas, apareciendo el resultado ya mencionado de que (en tanto no haya problemas de riesgo moral por parte del consumidor) la responsabilidad objetiva induce al productor a adoptar un nivel de precaución y un nivel de actividad más eficientes.

## 6. Regulación económica

Entendida en un sentido amplio, la regulación económica es la actividad por la cual el estado interviene en los mercados y altera de ese modo el funcionamiento que los mismos espontáneamente tendrían. Entendida en un sentido restringido, sólo comprende actividades de carácter permanente que implican la toma de decisiones que en otros casos serían adoptadas directamente por los agentes económicos privados. De este modo podrían encasillarse dentro del concepto de “regulación directa” (es decir, regulación en el sentido restringido) a actividades tales como la fijación y control de precios y condiciones de provisión de los servicios públicos, estándares de emisión de sustancias contaminantes, y requerimientos de liquidez y solvencia de las entidades financieras. Serían en cambio ejemplos de “regulación indirecta” (es decir, regulación en sentido amplio pero no en sentido restringido) las normas que prohíben prácticas anticompetitivas, las que establecen mecanismos de convención colectiva para temas laborales, y las que reglamentan los procedimientos en casos de quiebras.

Algunos autores estadounidenses (véase, por ejemplo, Viscusi, Vernon y Harrington, 1995) suelen distinguir una regulación económica propiamente dicha de una “regulación social”. La primera comprende medidas tendientes a resolver problemas originados en el ejercicio del poder de mercado, y dentro de ella se incluye a la regulación de los monopolios naturales (fundamentalmente servicios públicos) y a las normas de defensa de la competencia (incluyendo el control de fusiones y adquisiciones). La regulación social estaría en cambio destinada a resolver otros tipos de fracaso del mercado (externalidades reales, información asimétrica) y comprende temas tales como el control de las emisiones contaminantes, la seguridad de los bienes y servicios vendidos, las condiciones de salubridad de establecimientos comerciales e industriales, etc.

Como ya hemos mencionado en el capítulo 1, el concepto económico de regulación se encuentra íntimamente ligado con la noción de derecho económico propuesta por Olivera (1980). Según dicho autor, toda norma de derecho económico implica una regla de asignación por parte del estado que tiene lugar en una situación de concurso (es decir, en una situación en la cual existe una pluralidad de pretensiones sobre un bien y una insuficiencia de dicho bien para satisfacer todas esas pretensiones). En numerosos casos dicho concurso se resuelve en una instancia administrativa en la cual se otorgan “permisos de asignación” a los agentes económicos privados (por ejemplo, autorizaciones para operar, controles de precios o de características de los productos); en otras, se instrumenta a través de mecanismos de prevención y represión de las transgresiones a las normas (multas por incumplimiento de cierta regulación, sanciones consistentes en el cese de una determinada práctica, etc).

Otro concepto jurídico ligado con la noción económica de regulación es el de “poder de policía”. Si bien algunos autores lo consideran innecesario como categoría del derecho separada del resto de las facultades del estado (véase, por ejemplo, Gordillo, 1991), la noción habitual de poder de policía lo identifica como el conjunto de limitaciones de las actividades privadas, por parte de una autoridad pública y en el interés público. De este modo, el poder de policía incluye toda la actividad del estado relacionada con la reglamentación y control de las acciones de los agentes privados, en contraposición a las actividades en las cuales el estado actúa directamente proveyendo bienes y servicios. Así entendido el poder de policía, la regulación económica representaría una parte integrante de él, que sería la referida a las acciones relacionadas con las limitaciones al funcionamiento de los mercados. El interés público implicado

sería a su vez el interés de la sociedad por resolver problemas originados en la existencia de poder de mercado, externalidades reales e información asimétrica.

### **6.1. Monopolios naturales**

El monopolio natural es una situación en la cual la solución más eficiente para la provisión de un determinado bien o servicio es que sólo exista un oferente. Esto se debe a la existencia de costos totales de provisión más bajos cuando sólo hay una empresa respecto de una situación en la cual operan varias empresas, situación ésta que se explica por la presencia de economías de escala y economías de alcance. Se llaman economías de escala a las ventajas de costos que tienen que ver con una mayor cantidad producida; estas economías implican que el costo medio de provisión del bien o servicio implicado se reduce cuando la cantidad aumenta. Se llaman economías de alcance, en cambio, a las ventajas de costos que tienen que ver con la provisión conjunta de varios bienes distintos, y que hacen que sea relativamente menos costoso proveerlos a todos que especializarse solamente en uno de ellos.

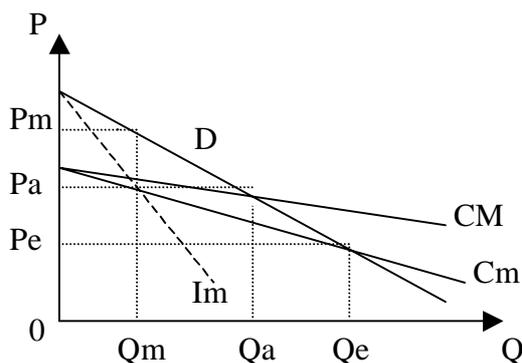
La existencia de monopolios naturales plantea un dilema de política económica relacionado con la deseabilidad contrapuesta de las distintas estructuras de mercado. Por un lado, resulta más eficiente desde el punto de vista de los costos que sólo opere una empresa; por otro, dicha situación puede resultar más ineficiente desde el punto de vista del intercambio, ya que el ejercicio del poder de mercado por parte de una única entidad puede acarrear una pérdida de bienestar para los consumidores. La solución a este dilema parece surgir del establecimiento de monopolios regulados, por el cual el estado le garantiza a una empresa que será la única proveedora en un determinado mercado pero le regula el precio (y, a veces, algunas otras variables tales como la calidad, la obligación de prestar un servicio, la posibilidad de diferenciar entre clientes, etc) para impedir un ejercicio abusivo de su poder de mercado.

Desde un punto de vista de eficiencia pura, la regulación del monopolio natural debería regirse por la regla de fijación de precios al costo marginal. Según esta regla, el monopolista debe cobrar un precio y producir una cantidad para los cuales el valor marginal que le asignan los consumidores a su producto se iguala con el costo marginal de dicho producto. Esto implica imitar artificialmente el comportamiento que sería natural en un mercado perfectamente competitivo, a fin de procurar que el beneficio social generado se haga máximo. En una situación de monopolio natural, sin embargo, una regla de fijación de precios al costo marginal resulta muchas veces de imposible aplicación, puesto que puede traer aparejado un beneficio negativo para el monopolista. Esto es así porque, si el costo unitario decrece con el número de unidades producidas, entonces cobrar un precio igual al costo marginal implica necesariamente que dicho precio será inferior al costo medio de provisión del bien. Si un regulador pretende en dichas circunstancias fijar precios de acuerdo con esta regla, debe instrumentar al mismo tiempo un sistema de subsidios para la empresa regulada, que le permitan hacer frente a sus erogaciones totales (y, eventualmente, obtener alguna tasa de beneficio acorde con el riesgo empresario que enfrenta).

La dificultad de otorgar subsidios explícitos ha hecho que la literatura económica haya propuesto una serie de reglas alternativas a la de fijación de precios al costo marginal en situaciones de monopolios naturales regulados. La más simple es la de la fijación de precios al costo medio, que asegura que la empresa provea su producto al menor precio posible compatible con un nivel de beneficios no negativo. En el caso de empresas que proveen varios bienes, esta regla admite una transformación, según la

cual resulta más conveniente vender algunos productos (y a algunos clientes) a precios superiores al costo medio, y otros productos (y a otros clientes) a precios inferiores. Esto se conoce como “regla de Ramsey”, y se basa en la idea de que en ciertos casos la discriminación de precios puede resultar eficiente como un modo de asegurar una mayor venta de los bienes con demanda más elástica que se compensa con una reducción relativamente leve de las ventas en segmentos de demanda más inelástica.

**Gráfico 6.1**



Lo expuesto puede verse en el gráfico 6.1, en el cual hemos representado una situación de monopolio natural originada en economías de escala. Como se aprecia en él, el costo medio (CM) de provisión del bien “Q” es una función que siempre disminuye con la cantidad, y por lo tanto el costo marginal (Cm) también es decreciente y se encuentra por debajo de “CM”. En una situación así, un monopolista desregulado maximizador de beneficios elegiría producir “Qm” y cobrar un precio “Pm” (que son los valores para los cuales “Cm” se iguala con el ingreso marginal “Im”), en tanto que lo eficiente sería que la cantidad provista fuera “Qe” y que el precio fuera “Pe” (y que por lo tanto se igualara con “Cm”). Pero como cobrar “Pe” implica vender a un precio menor que el costo medio, esto hace que la empresa sufra pérdidas que deben ser compensadas de alguna manera (por ejemplo, con un subsidio). La alternativa es fijar un precio “Pa” que se iguale con el costo medio y hacer que la empresa venda una cantidad menor que la eficiente ( $Q_a < Q_e$ ), pero que resulta ser la más conveniente dentro de las que implican un nivel de beneficios no negativo para la empresa.

Otra forma de fijar precios regulados usual en la práctica es utilizar las denominadas “tarifas en dos partes”, que implican cobrar un cargo fijo o de conexión a cada cliente y un cargo variable por unidad consumida. Si el regulador fija el cargo variable igual al costo marginal de provisión del bien vendido, el cargo fijo puede utilizarse para hacer frente a la diferencia existente entre lo recaudado por cargos variables y los costos totales del monopolista, lográndose de este modo mantener las ventajas de la fijación de precios al costo marginal y evitar la necesidad de otorgar un subsidio a la empresa proveedora del bien o servicio. Este sistema, sin embargo, exige que la naturaleza del bien o servicio provisto permita impedir el arbitraje entre los consumidores (es decir, que sólo uno pague el cargo fijo y luego revenda las unidades que compra), por lo cual su uso está limitado básicamente a los servicios públicos que se proveen a través de redes (electricidad, telefonía, gas natural, agua potable).

La aplicación de las reglas de fijación de precios mencionadas en los párrafos anteriores suele tropezar con una serie de inconvenientes prácticos ligados con el hecho de que, para poder llevarla a cabo, resulta necesario conocer las funciones de costos (y,

a veces, las funciones de demanda) de las empresas reguladas. Este conocimiento es muchas veces imposible o muy costoso para el organismo estatal encargado de regular a un monopolio natural, y tiene también dos efectos perversos ligados con la estrategia empresaria: por un lado, no crea incentivos para que la empresa regulada reduzca sus costos (ya que cualquier mejora de eficiencia repercute en una reducción de sus precios de venta); por otro, estimula a que la empresa regulada trate de ocultar sus verdaderos costos con el objetivo de conseguir mayores precios y mayores beneficios.

Con el objetivo de resolver estos dos problemas de incentivos ligados con la regulación por costos, la literatura económica ha ido proponiendo una serie de esquemas que se apartan progresivamente de las reglas clásicas de regulación del monopolio natural. Uno de ellos es la regulación por techos de precios (*price-cap regulation*), que consiste en fijar un precio más o menos ligado con un concepto de costo y establecer luego una fórmula de ajuste del mismo que sea independiente de los aumentos o reducciones reales de eficiencia productiva. Esto hace que todas las reducciones de costos independientes de la fórmula de ajuste impliquen beneficios directos para la empresa regulada, y que todos sus aumentos de costos signifiquen pérdidas de oportunidad. El principal inconveniente de estos esquemas es que incrementan significativamente el riesgo empresarial asociado con la regulación y crean incentivos para que las empresas reguladas intenten renegociar sus condiciones contractuales con el estado. Para evitar esto, en la práctica suelen adoptarse mecanismos híbridos que implican el empleo de techos de precios junto con la posibilidad de trasladar ciertos aumentos en el costo de algunos insumos (*pass-through*) y con la existencia de revisiones tarifarias que vuelven a acercar periódicamente los precios a algún concepto de costo real. Éste es, por ejemplo, el esquema que se utiliza en la Argentina para regular el servicio telefónico (decreto 62/90) y la distribución de electricidad y de gas natural (leyes 24.065 y 24.076, respectivamente).

Otro mecanismo que busca resolver los problemas de implementación de la regulación por costos es la llamada “regulación conjunta” (*yardstick regulation*), que implica someter a varias empresas al mismo cuadro tarifario y utilizar para su cálculo conceptos de costo promedio de toda la industria. El uso de esta alternativa requiere que se dé una doble condición que no siempre es posible: que cada empresa tenga el monopolio natural de un determinado segmento del mercado y que sus costos sean más o menos homogéneos de antemano. Un ejemplo argentino de regulación que sigue esta idea desde hace tiempo es el del transporte colectivo de pasajeros, en el cual cada empresa tiene la concesión exclusiva de un determinado recorrido pero los precios que se cobran son en general uniformes dentro de la misma área urbana. También puede relacionarse con la idea de una regulación conjunta el hecho de que al privatizarse las empresas nacionales de telecomunicaciones, electricidad y gas natural se las haya dividido en zonas, y se hayan entregado dichas zonas a diferentes compañías. En varios de dichos casos se observan además grupos de compañías sujetas a las mismas tarifas reguladas (por ejemplo, Telefónica y Telecom, en telecomunicaciones, y Edenor y Edesur, en distribución eléctrica).

La dificultad de establecer tarifas basadas en conceptos de costos ha llevado a parte de la literatura económica a proponer que los reguladores conviertan al nivel de precios en una variable que se determine competitivamente en el momento en el cual se licita la concesión del servicio regulado. Este sistema, conocido como “competencia por el monopolio” (*franchise bidding*), presupone que las distintas empresas interesadas en obtener el derecho a abastecer un monopolio natural competirán entre sí cotizando el nivel de precios más bajo compatible con un beneficio no negativo, y que esto generará

asimismo un comportamiento proclive a la minimización de costos. El problema con estos sistemas es que su implementación exige una precisión muy grande del resto de las condiciones de la licitación (calidad del servicio, cobertura, inversiones, etc) y crea asimismo presiones para que la empresa que ha ganado la concesión intente renegociar luego dichas condiciones. En la Argentina, este sistema se ha empleado para la concesión del servicio de obras sanitarias en el área de Capital Federal y Gran Buenos Aires a la empresa Aguas Argentinas SA, instrumentado a través de los decretos 1443/91 y 2408/91.

La introducción de competencia como un modo de resolver ciertos problemas relacionados con la regulación se ha extendido recientemente a sectores que tradicionalmente funcionaban como monopolios naturales integrados. En algunos de dichos sectores, se ha admitido la coexistencia de varias empresas en segmentos en los cuales la competencia es posible, manteniéndose regulado solamente aquellos segmentos en los cuales las ventajas del monopolio son más evidentes. Esto tiene la ventaja de facilitar la determinación de los costos y de los precios regulados para tales sectores, ya que permite que buena parte de dichos costos queden directamente expresados como precios de mercado surgidos de un proceso competitivo. Sin embargo, la mezcla de regulación y competencia puede ocasionar al menos dos problemas que se dan cuando coexisten empresas que compiten en un segmento pero no en otro. Uno de dichos problemas es que el monopolista de un segmento regulado puede tener incentivos para tratar de eliminar a las otras empresas que actúan junto a él en los segmentos competitivos, empleando su posición monopólica para obstaculizar o encarecer el acceso de sus competidores. El otro problema, inverso al anterior, es el que se genera si los competidores no regulados tienen la posibilidad de “descremar” el mercado del monopolista (*cream-skimming*), abasteciendo solamente los segmentos más rentables y dejándole a la empresa regulada la obligación de abastecer los segmentos menos rentables.

A los efectos de reducir la probabilidad de que se produzcan los comportamientos estratégicos referidos en el párrafo anterior, las mezclas entre competencia y regulación suelen tener lugar en un contexto de desintegración vertical total, en el cual se establece que la empresa que tiene el monopolio natural de un determinado segmento no puede actuar en los segmentos competitivos del mercado y viceversa. En la Argentina esto ocurre, por ejemplo, en los sectores eléctrico y gasífero, en los cuales la producción es competitiva, y en cambio el transporte y la distribución están regulados bajo un régimen de monopolio natural (leyes 24.065 y 24.076). El inconveniente que sistemas como éstos pueden tener, sin embargo, es que en ciertas circunstancias pueden desaprovechar economías de integración vertical, elevando los costos de transacción entre las empresas ubicadas en distintas etapas de la cadena de producción y distribución. El sistema previsto para introducir competencia en el mercado argentino de las telecomunicaciones, por ejemplo, no ha obligado a que las empresas prestatarias del servicio de telefonía básica local (monopolio regulado) dejen de operar el servicio de telefonía de larga distancia (más competitivo y en vías de desregulación). En estos mercados, por lo tanto, los problemas de obstaculización del acceso a competidores, descremación y otros similares deben ser resueltos en el momento en el que eventualmente se presenten, aplicando reglas generales de defensa de la competencia (Para una explicación más exhaustiva de los distintos criterios de regulación del monopolio natural y su aplicación en la Argentina, puede consultarse a FIEL, 1999).

## 6.2. Externalidades ambientales

Las externalidades ambientales son fracasos de los mercados que tienen lugar en situaciones en las cuales existe un gran número de agentes económicos perjudicados por el fenómeno en cuestión, y en las que usualmente también resulta elevado el número de agentes económicos generadores del fenómeno en cuestión. En todos los casos, se trata de externalidades negativas que pueden originarse como consecuencia de la producción o del consumo de algún bien o servicio que implica al mismo tiempo el deterioro de un recurso natural utilizado conjuntamente por la sociedad (típicamente el agua o el aire).

Por la particular situación en la cual estas externalidades se producen, resulta en general imposible que las mismas puedan resolverse adecuadamente a través de la asignación de derechos de propiedad o de reglas de responsabilidad civil. Esto es así porque cada generador de una externalidad ambiental (por ejemplo, cada fábrica o cada automóvil que contamina el aire) impone un costo que afecta a un número grande de personas (por ejemplo, todas las que viven en una determinada área urbana), y cada una de dichas personas se ve a su vez afectada por las emisiones que realiza un número muy elevado de contaminadores. Esta existencia de efectos cruzados entre muchos agentes económicos vuelve virtualmente imposible (e ineficaz) utilizar al derecho privado como un instrumento para lograr que los generadores y los afectados por las externalidades ambientales resuelvan sus problemas sin apelar a la intervención de la autoridad pública. En efecto, establecer derechos a contaminar (o, alternativamente, a no ser contaminado) y permitir que dichos derechos se transfieran entre contaminadores y contaminados implicaría la necesidad de que quien quisiera efectuar algún tipo de emisión contaminante tuviera que negociar con una multitud de posibles damnificados, y de que a su vez dichos damnificados tuvieran que negociar con un sinnúmero de interesados en contaminar. Del mismo modo, determinar en qué medida cada contaminador tuvo participación en el daño sufrido por cada contaminado (por ejemplo, en el deterioro de la salud sufrida por cada uno de los habitantes de una ciudad) resulta también una tarea virtualmente imposible, cuyos costos son tan elevados que vuelven prácticamente inaplicable cualquier idea de resolver el problema de las externalidades ambientales apelando a esquemas de responsabilidad civil.

En virtud de lo expuesto, las externalidades ambientales son un problema cuya solución jurídica más natural resulta la aplicación de una regulación por parte del estado. Dicha regulación tiene como objetivo lograr que ciertas actividades contaminantes se efectúen en cantidades menores que las que espontáneamente tienen lugar en el mercado, a los efectos de lograr que el valor marginal social de las mismas se acerque a su costo marginal social (es decir, a la suma del costo marginal privado que dichas actividades tienen para quienes las llevan a cabo y del costo adicional que las mismas le imponen a los agentes económicos que sufren la contaminación generada). Complementariamente, la regulación ambiental puede tener como objetivo inducir a los contaminadores a adoptar tecnologías menos contaminantes (es decir, a utilizar procedimientos que pueden ser privadamente más costosos pero que generen un menor perjuicio a los contaminados), a los efectos de lograr una reducción del costo social total de la actividad involucrada.

En su trabajo sobre política ambiental en la Argentina, Conte Grand (1998) señala dos categorías de instrumentos de regulación ambiental, que son los instrumentos de “orden y control” y los instrumentos “basados en el mercado”. Dentro del primero de tales grupos se encuentran los estándares de calidad ambiental, los estándares de emisiones o efluentes, los estándares de procesos, los estándares de productos y los

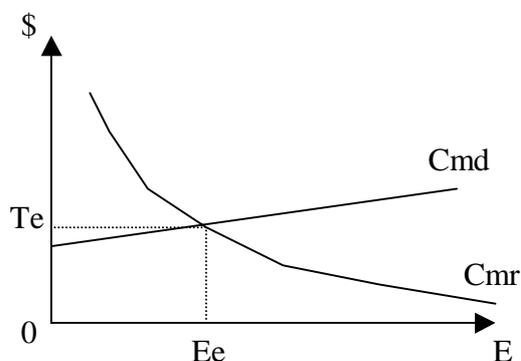
estándares de insumos. Todos ellos tienen como objetivo fijar tope máximos sobre cantidades físicas, que pueden estar medidas en términos de la propia contaminación o en términos del nivel de producción o de consumo de algún bien o servicio que genera dicha contaminación. Los instrumentos regulatorios de orden y control tienen la ventaja de que están definidos de manera directa respecto de los factores que influyen sobre la contaminación, y por lo tanto garantizan en principio que el objetivo fijado en términos de la cantidad controlada se cumpla más fácilmente. En la práctica, sin embargo, el uso eficiente de este tipo de regulación se encuentra limitado por tres debilidades que la misma presenta: requiere que el regulador tenga un nivel de información muy alto, puede quitar incentivos a la innovación tecnológica, y puede generar situaciones de fuerte presión política. Esto se origina en que, para decidir estándares óptimos, el regulador ambiental debe conocer los costos de las alternativas tecnológicas disponibles y de los daños generados por sus niveles de contaminación, y debe ser capaz al mismo tiempo de controlar los estándares que requiere (con el consiguiente costo que dicha actividad conlleva). El hecho de que los estándares se fijen como tope máximos puede además desincentivar a los contaminadores a innovar en busca de niveles de contaminación aún más bajos, y generar costosas instancias de negociación entre los sectores público y privado cada vez que dichos tope deben ser modificados.

Las alternativas a los instrumentos de orden y control de las externalidades ambientales son los instrumentos basados en el mercado, que buscan aprovechar en mayor medida el funcionamiento del mecanismo de precios. Entre ellos se encuentran los impuestos, los subsidios, los reembolsos y los permisos comercializables. Los impuestos destinados a resolver externalidades ambientales, también llamados “impuestos pigovianos” (nombre adoptado en referencia a la obra del economista inglés A. C. Pigou, 1920), tienen por objetivo imponer sobre los contaminadores una carga equivalente al valor del daño ambiental que causan al resto de la sociedad. De este modo, dicho daño es tenido en cuenta por el contaminador al momento de tomar su decisión de efectuar una determinada actividad contaminante, y sus costos privados pasan a incluir como un componente más al perjuicio generado sobre el medio ambiente. Al igual que los estándares, los impuestos pueden estar fijados de manera directa sobre las emisiones contaminantes o bien pueden estarlo sobre un bien o insumo cuyo uso genera contaminación. Su ventaja respecto de los instrumentos de orden y control es que requieren menos información sobre los contaminadores en particular, y que pueden servir adicionalmente como mecanismos de recaudación de fondos destinados a otras actividades (por ejemplo, a compensar a los damnificados por la contaminación). Sus desventajas son que también exigen un conocimiento importante sobre el comportamiento esperado de las cantidades ante cambios en los costos, y que pueden requerir un monitoreo que también resulta costoso (en especial si están fijados directamente sobre las emisiones contaminantes).

Desde un punto de vista teórico, los estándares y los impuestos son susceptibles de lograr el mismo objetivo de reducir la contaminación a un nivel eficiente si los mismos han sido fijados adecuadamente. Dicha equivalencia puede apreciarse en el gráfico 6.2, en el cual hemos representado el costo marginal de reducir ciertas emisiones para el conjunto de contaminadores ( $C_{mr}$ ) y el costo marginal del daño que dichas emisiones le generan al conjunto de contaminados ( $C_{md}$ ). Tales costos varían según el nivel total de emisiones ( $E$ ), y generan un nivel eficiente de dichas emisiones en aquel punto para el cual ambos se igualan ( $E_e$ ). Un estándar de emisiones establecido en dicho nivel resulta por lo tanto adecuado para resolver el problema de eficiencia generado por la externalidad ambiental bajo análisis. Del mismo modo, un impuesto sobre las

emisiones igual al valor que toma el costo marginal de reducir las mismas cuando éstas adoptan un nivel eficiente ( $T_e$ ) lleva a los contaminadores a elegir “ $E_e$ ” como su nivel adecuado de contaminación.

**Gráfico 6.2**



Otros instrumentos de regulación ambiental basados en el mercado, cuya naturaleza es similar a la de los impuestos, son los subsidios. Los mismos pueden aparecer a través de préstamos destinados a inversiones tendientes a mejorar el medio ambiente, a través de exenciones impositivas para incentivar la adquisición de tecnologías menos contaminantes, etc. También resultan similares los esquemas que utilizan reembolsos de impuestos sobre ciertos productos, los cuales se cobran en el momento en el cual el producto en cuestión es reciclado o retirado del mercado.

Los sistemas de permisos comercializables, en cambio, tienen una naturaleza bastante diferente a la de los impuestos. Los mismos se basan en el establecimiento de estándares que le otorgan a los contaminadores ciertos derechos a contaminar (o ciertas obligaciones de reducir la contaminación). Si el contaminador consigue contaminar menos que su estándar, el sistema de permisos le permite vender su derecho excedente, el cual puede ser adquirido por otro contaminador que desee contaminar más de lo que le permite su estándar. De este modo lo que se logra es que los derechos a contaminar tengan un “precio de mercado”, que surge de lo que los contaminadores están dispuestos a pagar por el derecho a contaminar. Este sistema tiene la ventaja de que puede ser implementado sin necesidad de determinar exactamente un estándar específico para cada empresa y sin necesidad de determinar de antemano un valor impositivo para las emisiones. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho tiene además el atractivo de basarse en los postulados del teorema de Coase, si bien exige que el estado fije de antemano el volumen total de permisos a comerciar y el reparto inicial de los mismos. Esto último puede hacerse a través de una licitación en la que participen las empresas interesadas o a través de un otorgamiento gratuito basado en el nivel histórico de emisiones de cada uno de los contaminadores. En el primero de tales casos, el propio estado es quien se considera propietario inicial de los derechos a contaminar; en el segundo, lo que se hace es reconocer derechos adquiridos a los distintos contaminadores existentes.

En la Argentina, las normas regulatorias que tienen que ver con las externalidades ambientales se refieren principalmente a la contaminación del agua y del aire (incluyendo la “contaminación sonora”) y al tema de los residuos peligrosos. En general, en estos temas la regulación está en principio a cargo de autoridades provinciales, pero son varias las normas de carácter nacional que establecen estándares

y procedimientos generales. En lo que se refiere a la contaminación del agua, por ejemplo, la ley 20.324 le otorgó en 1973 poderes de fiscalización a la empresa Obras Sanitarias de la Nación, los cuales, en virtud de sucesivos cambios institucionales, pasaron a la actual concesionaria del servicio de agua en la ciudad de Buenos Aires (Aguas Argentinas SA) y a la Secretaría de Recursos Naturales y Desarrollo Sustentable. Al respecto cabe mencionar los decretos 674/89 y 776/92, que establecen estándares de calidad de los líquidos vertidos al Río de la Plata y sus afluentes, y un antecedente de ellos (el decreto 2125/78) que establecía un impuesto sobre las descargas de contaminantes denominado “cuota de resarcimiento”.

En lo que se refiere a la contaminación del aire, la norma nacional básica es la ley 20.284 (también de 1973), que fija límites máximos para los contaminantes de aire en zonas urbanas y un sistema de multas, clausuras de establecimientos e inhabilitación de vehículos para casos de incumplimiento. En este punto cumple también un papel significativo el sistema de impuestos a la transferencia de combustibles líquidos (ley 23.988 y otras), si bien el objetivo principal del mismo es de carácter recaudatorio y no ambiental. No obstante ello, el sistema sirve para incentivar el uso del combustible menos contaminante (gas natural comprimido, que no está gravado) y durante cierto tiempo estimuló además el reemplazo de las naftas con plomo por naftas sin plomo (las cuales, mientras tuvo vigencia la ley 23.966, tenían una tasa impositiva más baja). El hecho de que la estructura de los impuestos sobre los combustibles también favorezca el uso del gasoil, sin embargo, parece tener un efecto ambiental contraproducente, en especial en lo que se refiere a las emisiones de partículas contaminantes.

En lo que atañe a la contaminación sonora, por su parte, la regulación ambiental nacional pasa por las disposiciones de la ley de tránsito (ley 24.449), que establece una serie de requisitos para los distintos tipos de vehículos que incluyen límites al ruido que pueden hacer las bocinas. El decreto reglamentario de dicha ley (decreto 646/95) prevé además la realización de revisiones técnicas vehiculares, en las cuales se incluye una verificación de los niveles de ruido de los motores.

Una última externalidad ambiental respecto de la cual ha aparecido una regulación nacional en la Argentina es la generada por los residuos peligrosos (ley 24.051, de 1991). Esta regulación establece prohibiciones de arrojar tales residuos a las cloacas y rellenos sanitarios, así como también fija “niveles guía de calidad ambiental” con valores numéricos para ciertos contaminantes. Dentro de los instrumentos previstos aparece también un impuesto denominado “tasa de evaluación y fiscalización”, que depende negativamente del monto de residuos generado por cada contribuyente respecto del año anterior. Tal como mencionamos en el apartado 5.5, la ley 24.051 establece además un criterio especial de responsabilidad civil para casos de daños provocados por residuos peligrosos, basado en la responsabilidad objetiva con eximición por culpa ajena pero con el requisito adicional de ausencia de culpa propia. Todas estas disposiciones rigen principalmente en territorios de jurisdicción nacional y para casos que involucran a varias jurisdicciones, si bien numerosas provincias establecieron sus propias normas al respecto adhiriendo al sistema de la ley nacional.

### **6.3. Requerimientos de información**

Así como la regulación de los monopolios naturales tiene por objetivo básico la resolución de problemas relativos al ejercicio del poder de mercado y la regulación ambiental está enfocada a resolver fracasos del mercado originados en la existencia de externalidades reales, existe otro tipo de regulación cuyo propósito es solucionar ciertos

problemas de información asimétrica. Tal como hemos visto en el capítulo 4, la economía ha identificado una serie de mecanismos espontáneos que resuelven problemas de información asimétrica a través de cláusulas contractuales pactadas libremente por las partes. Estos mecanismos son esencialmente los de escudriñamiento y señalización, por los cuales ciertos agentes económicos que poseen cierta información que no está al alcance de su co-contratante terminan revelando dicha información antes de celebrar el contrato en cuestión.

La existencia de mecanismos espontáneos por los cuales los mercados solucionan algunos problemas de información (ayudados muchas veces por normas jurídicas que establecen determinadas responsabilidades, tales como las que surgen en los casos de lesión, evicción y vicios redhibitorios) no implica sin embargo que todas las ineficiencias originadas en la existencia de asimetrías informativas puedan resolverse sin intervenciones regulatorias. En ciertos casos puede darse que la solución de equilibrio del mercado sea que la asimetría informativa en cuestión no se resuelva, y que por lo tanto se efectúen transacciones en contextos en los cuales alguna de las partes (los demandantes o los oferentes) quede en una situación de mayor incertidumbre que la otra respecto de lo que está comerciando. Tal como vimos en el apartado 2.7, esto puede traer aparejado una pérdida de eficiencia, que puede resolverse a través de la intervención de una autoridad regulatoria que exija una adecuada revelación de la información asimétrica implicada y controle su veracidad. Por supuesto, la conveniencia de establecer un mecanismo regulatorio como éste depende del tamaño relativo de la pérdida de eficiencia y del costo que tenga el mecanismo en cuestión.

Las regulaciones consistentes en obligaciones de satisfacer determinados requerimientos de información pueden tener ciertas ventajas respecto de regulaciones que imponen directamente que los bienes y servicios tengan ciertas características. Viscusi, Vernon y Harrington (1995) señalan que en ciertos casos la autoridad regulatoria puede tener dudas respecto de la conveniencia de imponer o no una determinada cualidad en un producto (por ejemplo, un cierto nivel de calidad mínima) y preferir que sean los propios consumidores los que decidan entre opciones con distintas cualidades. Esto se aplica inclusive a casos en los cuales las características de los productos tienen que ver con el nivel de riesgo que los mismos presentan, que a veces puede ser controlado más eficazmente por los consumidores (una vez que han sido informados acerca de la existencia del riesgo en cuestión) que por una autoridad regulatoria que exija medidas específicas para reducir o evitar dicho riesgo.

Una norma argentina que regula de manera general una serie de requerimientos de información que las empresas deben presentar es la ley 22.802 de lealtad comercial. La misma establece que todos los productos que se comercialicen en el país envasados deben indicar su denominación, país de origen, calidad y medidas netas de su contenido (artículo 1°), y que está prohibido que dichas inscripciones incluyan expresiones o signos que puedan inducir a error, engaño o confusión (artículo 5°). La ley de lealtad comercial prohíbe también la realización de cualquier tipo de publicidad engañosa (artículo 9°), y su reglamentación administrativa contiene una serie de precisiones respecto de las rotulaciones admisibles para distintos productos, de las diferencias tolerables entre el contenido neto declarado y el real, etc. Los instrumentos regulatorios de los que dispone la autoridad de aplicación de la ley 22.802 (que es la Secretaría de Comercio) son básicamente la realización de inspecciones y verificaciones, y las contravenciones a lo estipulado por la ley se sancionan a través de multas y decomisos de mercaderías.

Otro ejemplo de regulación relacionada con requerimientos de información es la relativa a la obligación de las sociedades comerciales de presentar y dar a publicidad sus estados contables, contenida en los artículos 61 a 73 de la ley 19.550. La autoridad de aplicación de esta regulación cambia con el tipo de sociedad y la actividad de la misma, quedando según los casos a cargo de la Inspección General de Justicia de la Nación, de organismos provinciales equivalentes, o de entidades tales como la Comisión Nacional de Valores (para sociedades cuyas acciones cotizan en bolsa), la Superintendencia de Seguros de la Nación (para empresas de seguros), el Banco Central de la República Argentina (para entidades financieras), etc.

La ley 21.526 de entidades financieras es otro ejemplo de norma que establece numerosas regulaciones relativas a requerimientos de información. Las mismas se refieren a la denominación de dichas entidades (artículo 19), a su contabilidad (artículo 36) y al acceso a su documentación (artículo 37). El Banco Central, que es el ente regulador de estas entidades, está además facultado para controlar una serie de aspectos que hacen al funcionamiento de las mismas, que tienen que ver con los límites de crédito, las garantías otorgadas, los plazos, tasas de interés y comisiones, la inmovilización de activos y las relaciones técnicas de solvencia y liquidez (artículo 30). Este tipo de regulación va más allá de una simple obligación de revelar información y tiene que ver con un objetivo más global de control de calidad por parte de un organismo especializado, así como con la idea de que los problemas de solvencia y liquidez de cada entidad en particular pueden generar externalidades negativas a todo el sistema financiero, a través de fenómenos tales como las corridas bancarias. Por ese motivo es que este tipo de intervención del estado en las entidades financieras se conoce comúnmente bajo el nombre de “regulación prudencial”.

#### **6.4. Relaciones laborales**

Desde el punto de vista de la organización del sistema jurídico argentino (y del de muchos otros países), el derecho laboral es un área separada de las ramas civil y comercial que tiene sus propias normas, tribunales y procedimientos. Desde un punto de vista conceptual, sin embargo, el derecho laboral es básicamente una parte del derecho privado, en el sentido de que establece reglas generales dentro de las cuales deben desenvolverse las relaciones entre agentes económicos privados (especialmente entre trabajadores y empleadores). Estas reglas se refieren a aspectos relacionados con los contratos de trabajo y a ciertas normas que hacen a la responsabilidad de empleadores y trabajadores, y por ese hecho es que tanto en el capítulo 4 de estos apuntes (en el que se trató el tema de los contratos) como en el capítulo 5 (sobre responsabilidad civil) incluimos algunos comentarios sobre la interpretación económica de cuestiones de derecho laboral junto con otros sobre cuestiones parecidas que se originan en el derecho civil y comercial (es decir, en el derecho privado propiamente dicho).

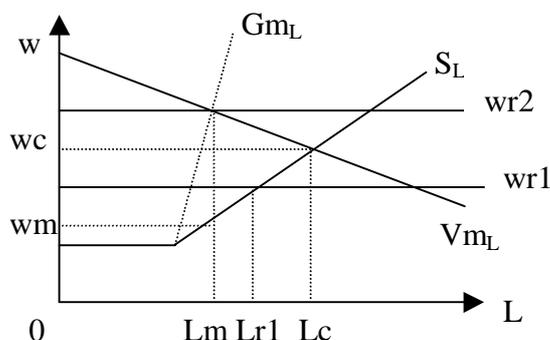
Algunas normas de derecho laboral, sin embargo, representan ejemplos de regulación económica, en el sentido de que implican una intervención estatal en los mercados de trabajo cuyo objetivo no es proveer un marco jurídico para organizar las transacciones sino alterar el funcionamiento que dichos mercados tendrían espontáneamente. Dos ejemplos de este tipo de normas son las que se refieren a la fijación de salarios mínimos y las que instituyen procedimientos de negociación colectiva. El primero de dichos casos representa un ejemplo de regulación directa por la cual el estado reemplaza al mercado fijando un determinado precio; el segundo es un ejemplo de regulación indirecta por la cual la intervención estatal altera el equilibrio de

mercado pero son los propios agentes económicos los que llegan a un resultado diferente del que se obtendría en ausencia de regulación.

La lógica económica que se encuentra detrás de las dos regulaciones de las relaciones laborales mencionadas parece basarse en la idea de que los mercados de trabajo presentan imperfecciones ligadas con el ejercicio del poder de mercado por parte de los empleadores (es decir, que los demandantes de trabajo suelen tener algún grado de poder monopsonico). Esto puede hacer que, en un equilibrio desregulado, tanto el nivel de salarios como el nivel de empleo sea menor al que regiría en un equilibrio competitivo, y que por lo tanto se produzca una pérdida de eficiencia originada en dicha reducción de la cantidad de trabajo comerciada. En una situación como ésta, por lo tanto, establecer un salario mínimo superior al del equilibrio monopsonico descrito (pero no superior al del equilibrio competitivo teórico) puede servir para incrementar el nivel de empleo, obligando a los empleadores a comportarse como tomadores de precios.

En el gráfico 6.3 aparece representada una situación de equilibrio monopsonico de un mercado de trabajo ( $L_m, w_m$ ) y la influencia que sobre él puede tener la imposición de un salario mínimo. Si este salario regulado se encuentra por encima del de monopsonio pero por debajo del de equilibrio competitivo ( $w_m < w_{r1} < w_c$ ), el resultado de la regulación es que el nivel de empleo aumenta ( $L_{r1} > L_m$ ) y se acerca más al que regiría en una situación de equilibrio competitivo eficiente ( $L_c$ ). Nótese cómo dicho efecto se contrapone al que tendría establecer un salario mínimo mayor que el competitivo ( $w_{r2} > w_c$ ) en una situación en la cual el mercado ya estuviera en un equilibrio eficiente. En tal caso, la regulación tendría por efecto reducir el nivel de empleo a una cantidad menor que la que espontáneamente tendría lugar en un mercado desregulado ( $L_{r2} = L_m < L_c$ ).

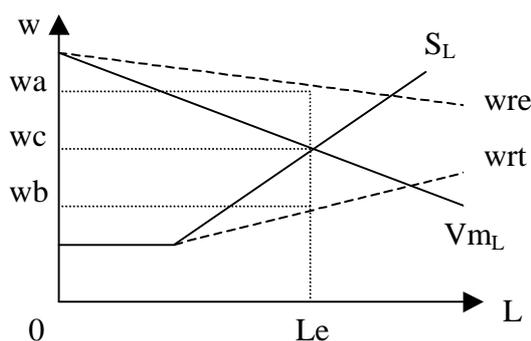
**Gráfico 6.3**



Otra manera de influir sobre el equilibrio de los mercados de trabajo consiste en contrarrestar el poder de mercado de los demandantes a través de normas que auspicien la creación de un poder de mercado equivalente por parte de los oferentes. Dichas normas son básicamente las que favorecen la creación de sindicatos e instituyen procedimientos de convención colectiva para la determinación de los salarios y de otras condiciones de trabajo (que indirectamente condicionan también el nivel de empleo). Dichas normas reemplazan así ciertos aspectos del mecanismo descentralizado de contratación (en el cual cada relación laboral se pacta individualmente entre un empleador y un trabajador) por un esquema en el cual quienes negocian son un conjunto de empleadores (nucleados en una cámara o asociación empresaria) y una entidad que representa al conjunto de trabajadores de una cierta rama de actividad. Bajo ciertas

condiciones, relacionadas básicamente con bajos costos de transacción, el resultado de esa negociación puede llegar a ser eficiente (en el sentido de que lleve a un nivel de empleo semejante al que se obtendría en un mercado competitivo). El nivel de salarios pactado, sin embargo, no está estrictamente determinado por las mismas fuerzas que operan en un contexto competitivo (en el cual ni oferentes ni demandantes tienen poder de mercado), sino que depende básicamente de las alternativas externas que tengan quienes negocian, del procedimiento establecido para la negociación y del costo relativo que tenga para cada grupo que la negociación se prolongue en el tiempo.

**Gráfico 6.4**



El gráfico 6.4 representa una situación de negociación colectiva entre empleadores y trabajadores en la cual se llega a un nivel de empleo eficiente ( $L_e$ ). Dicho nivel está determinado por la igualdad del precio teórico de oferta de trabajo ( $S_L$ ) y del valor marginal de la productividad del mismo ( $V_{mL}$ ). El nivel de salario convenido, sin embargo, no tiene por qué coincidir con el de equilibrio competitivo ( $w_c$ ), ya que surge de una situación en la cual ambas partes tienen poder de mercado y no son tomadoras de precios. De hecho, el salario que se obtiene de esta negociación puede en principio hallarse en cualquier valor que oscile entre “ $w_a$ ” y “ $w_b$ ”, que son los límites superior e inferior a los cuales los empleadores dejan de estar dispuestos a contratar y los trabajadores dejan de estar dispuestos a trabajar (es decir, son los salarios de reserva “ $w_{re}$ ” y “ $w_{rt}$ ” que corresponden a un nivel de empleo igual a “ $L_e$ ”).

En la Argentina, el salario mínimo aparece establecido en los artículos 116 a 120 de la ley 20.744 de contrato de trabajo. Su objetivo declarado es que el mismo sirva para que todo trabajador perciba una remuneración que le asegure “alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión”. En ese sentido puede suponerse que, en general, este salario mínimo debería de estar por debajo del de equilibrio competitivo en la mayoría de los mercados de trabajo, pero los conceptos utilizados para definirlo no garantizan dicha situación, ya que no contemplan en modo alguno el valor de la productividad del trabajo ofrecido a cambio de dicho salario. Es probablemente por eso que la ley 24.013 (denominada “ley de empleo”) estableció normas complementarias por las cuales dicho salario mínimo debe determinarse teniendo también en cuenta “los datos de la situación socioeconómica” (artículo 139), expresión que de algún modo es susceptible de contemplar consideraciones generales de productividad. En la práctica, estas disposiciones de la ley de empleo parecen haber servido también para disminuir considerablemente todos los efectos (positivos y negativos) de la regulación laboral a

través de salarios mínimos, coincidiendo con una etapa de desregulación general de la mayoría de los mercados en la economía argentina.

En lo que se refiere a la legislación sobre convenciones colectivas de trabajo, la ley vigente es la 14.250, modificada en 1988 por la ley 23.545. El espíritu de la misma es que estas convenciones sirvan para acordar condiciones de empleo y niveles de salarios obligatorios para todo un sector de actividad, y que los mismos surjan de una negociación entre una asociación de empleadores y una asociación de trabajadores con personería gremial. El convenio celebrado debe ser homologado por la autoridad laboral (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) y puede ser interpretado, en caso de controversias, por una comisión paritaria integrada por representantes de empleadores y trabajadores y presidida por un funcionario de dicha autoridad laboral. Estas reglas parecen tener por objeto facilitar la negociación entre las partes, intentando otorgar mayor seguridad respecto de que lo acordado tendrá vigencia en la práctica y será menos probable la aparición *ex-post* de comportamientos oportunistas.

Al igual que en el caso de las disposiciones referidas al salario mínimo, las normas que rigen las convenciones colectivas de trabajo parecen haber perdido importancia en las últimas décadas, como producto de una tendencia creciente de desregulación laboral. En la Argentina, dicha tendencia ha sido recogida parcialmente por las leyes 24.467 (de flexibilización laboral para pequeñas y medianas empresas) y 25.013 (de reforma laboral). La lógica económica de toda esta desregulación tiene que ver con la idea de que, en un contexto en el cual existe una mayor competencia entre las empresas, ciertas regulaciones tienen un costo social mayor que la operatoria espontánea del mercado desregulado, y que la mejor manera de reducir los costos de transacción presentes en los mercados de trabajo parece ser fomentar esquemas de contratación competitiva en vez de establecer sistemas de negociación colectiva a nivel sectorial.

## **6.5. Defensa de la competencia**

La defensa de la competencia es una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las cuales se estima que lo más eficiente desde el punto de vista social es que existan varias empresas que compitan entre sí. Para ello, lo que se hace es establecer que los mercados que no estén específicamente regulados deben funcionar rigiéndose por las normas generales del derecho privado, y que por lo tanto existe libertad para entrar y salir de ellos a cualquiera que quiera operar como oferente o demandante. Sin embargo, si en el ejercicio de esta libertad se detecta que algún agente económico está efectuando un comportamiento que implica una restricción a la competencia o un ejercicio abusivo de su poder de mercado, existe la posibilidad de aplicar una sanción que penalice dicho comportamiento.

La política de defensa de la competencia se implementa en general a través de procedimientos de índole jurisdiccional, en los cuales lo que se busca es probar la ocurrencia de una determinada conducta anticompetitiva y su impacto negativo sobre la sociedad. Básicamente, las conductas que se consideran contrarias a la competencia son de tres tipos: conductas concertadas entre competidores para no competir (colusión), conductas que intentan excluir competidores reales o potenciales, y conductas abusivas que implican el ejercicio directo del poder de mercado en perjuicio de los consumidores. De todas ellas, la colusión es considerada en general como la violación más grave. La colusión puede definirse como una situación en la cual una serie de empresas acuerdan

no competir, con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo. Dicho incremento puede lograrse a través de diferentes instrumentos (acuerdos de precios, repartos de mercados, etc), pero tiene la característica común de que trae aparejado un aumento en los precios y una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que regirían en una situación en la cual las empresas compitieran entre sí. El resultado económico de la colusión, por ende, se identifica con una situación en la cual los oferentes de un mercado logran incrementar sus beneficios a costa de una pérdida en los beneficios o en el excedente de los compradores. Debido a la naturaleza de las normas de defensa de la competencia, la colusión sólo se sanciona como anticompetitiva cuando surge de un acuerdo explícito entre competidores y no cuando aparece como un fenómeno tácito. No obstante, esto no implica que no se sancionen colusiones explícitas cuya prueba formal resulta incompleta (colusiones encubiertas), y que para hacerlo se incorporen evidencias indirectas basadas en el comportamiento paralelo entre las empresas de un mercado.

En cuanto a las conductas de exclusión de competidores, las mismas son básicamente de dos clases: prácticas de obstaculización de la entrada de nuevas empresas al mercado y prácticas depredatorias. La obstaculización de la entrada consiste en la realización, por parte de una empresa ya establecida en el mercado, de un gasto destinado a crear una barrera al ingreso de un competidor. Estos gastos se identifican con ciertas erogaciones que no se justificarían si la empresa establecida no enfrentara competencia potencial, pero que tienen como efecto elevar los costos de entrada de los posibles ingresantes. Los tres ejemplos más analizados en la literatura económica son la inversión en capacidad instalada de producción o distribución, el gasto en publicidad, y el gasto en investigación y desarrollo. Estas actividades son normales dentro de la operatoria de una empresa, pero tienen la particularidad de que (efectuadas en niveles más intensos que los habituales) sirven para incrementar los costos de acceso al mercado de un competidor potencial.

Las prácticas depredatorias, por su parte, son conductas llevadas a cabo por empresas establecidas en el mercado que buscan expulsar del mismo a competidores ya existentes. La más estudiada es la venta por debajo del costo a través de los denominados “precios predatorios”, que son aquellos precios que una empresa (depredador) fija con el objetivo de lograr que sus competidores (presas) abandonen el mercado. Para que una determinada política de precios pueda considerarse predatoria, por lo tanto, los precios observados no deben originarse en ventajas de costos asociadas con mayor eficiencia, y debe darse que, a consecuencia de ellos, el depredador pueda obtener un mayor poder de mercado que le permita luego incrementar sus beneficios e impedir la entrada de otros competidores futuros.

Para que las conductas de exclusión de competidores resulten sancionables como infracciones a las normas de defensa de la competencia es necesario que se las pueda identificar bien, que no queden dudas razonables respecto de la intención exclusoria de quien las practica, y que exista una probabilidad importante de que la exclusión intentada tenga éxito. Esto hace, por ejemplo, que sean muy raras las sanciones por precios predatorios, y que las sanciones por obstaculización de la entrada tengan lugar solamente cuando el denunciado es un monopolista o un líder de precios que, enfrentando una amenaza cierta de ingreso al mercado, efectúa una conducta notoriamente inusual en perjuicio del potencial ingresante. Otro tipo de prácticas que pueden en algunos casos resultar exclusorias son ciertos contratos verticales entre empresas ubicadas en distintos niveles de la cadena de distribución. Esto acontece, por ejemplo, si un productor cuasi-monopólico le impone exclusividad a sus distribuidores

con el objeto de impedir el ingreso o el crecimiento de un competidor, o si se integra verticalmente con un cliente con el objetivo de monopolizar el mercado de otro producto que utiliza el insumo que él produce.

Las conductas propiamente abusivas, por último, son rara vez sancionadas si se estima que tienen lugar en mercados en los cuales no existe colusión y el ingreso de competidores es relativamente fácil. Esto es así porque resultan sumamente difíciles de probar y porque se estima que en condiciones como éstas su duración esperada es muy breve. En casos de mercados con altas barreras a la entrada y en los que hay una empresa que actúa como monopolista o como líder de precios, a veces se sancionan prácticas que operan como una señal del ejercicio abusivo del poder de mercado. Ejemplos de esto son ciertas discriminaciones de precios y ciertas negativas a satisfacer pedidos, que se estiman como resultados inequívocos de una situación monopólica o cuasi-monopólica y que serían imposibles en mercados más competitivos.

En la Argentina, la ley 25.156 de defensa de la competencia establece como regla general una prohibición de todos “... los actos y conductas ... que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general” (artículo 1°). Este artículo, virtualmente idéntico al que aparecía en su antecesora (la ley 22.262), ha sido interpretado aplicando conceptos económicos, que relacionan la idea de “abuso de posición dominante” con el ejercicio del poder de mercado por parte de un monopolista, monopsonista o líder de precios, y la idea de “interés económico general” con el excedente total de los agentes económicos generado en un mercado (véase Coloma, 1997).

El modo en el cual se aplica la ley de defensa de la competencia en la Argentina es a través de una autoridad administrativa nacional (Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, sucesor de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia establecida en la ley 22.262) que actúa como primera instancia en casos de denuncia y puede también iniciar procedimientos de oficio. Dicho órgano tiene facultades para ordenar el cese de las conductas anticompetitivas que detecta y para imponer multas a las empresas infractoras. Tales sanciones son recurribles ante los tribunales federales de apelación, que actúan de ese modo como segunda instancia. Como puede observarse, por lo tanto, todo ese proceso implica un mecanismo de regulación indirecta del ejercicio del poder de mercado por parte de las empresas, que sólo se pone en marcha cuando surgen sospechas de que se ha producido una infracción al ordenamiento vigente.

## **6.6. Fusiones y adquisiciones**

Las fusiones son operaciones por las cuales dos o más sociedades comerciales se combinan para formar una nueva entidad, u operaciones que implican la absorción de una o más sociedades comerciales por parte de otra sociedad preexistente. Desde el punto de vista económico, su efecto es muchas veces similar al de una adquisición, que es una operación que no implica la desaparición formal de ninguna sociedad pero sí la toma de control de una o más empresas por parte del grupo económico que ya controlaba alguna otra entidad. Esta semejanza ha hecho que las fusiones y adquisiciones sean en ciertos casos tratadas de manera conjunta bajo el nombre de “operaciones de concentración económica”.

Las fusiones y adquisiciones pueden clasificarse según los mercados en que

actúan las empresas implicadas antes de producirse la correspondiente operación. Se distinguen así concentraciones horizontales, verticales y no relacionadas. Las concentraciones horizontales son aquellas en las cuales las empresas que participan son competidoras en el mercado del mismo producto. Las concentraciones verticales, en cambio, implican fusiones o adquisiciones entre empresas cuya relación en el mercado es la de proveedor/cliente. Las concentraciones entre empresas no relacionadas, finalmente, involucran casos en los cuales las empresas venden productos que no compiten entre sí pero que usan canales de comercialización o procesos productivos similares, casos en los que se dedican a productos similares pero los venden en áreas geográficas diferentes y casos en los cuales la concentración se da entre empresas que no tienen ninguna relación entre sí.

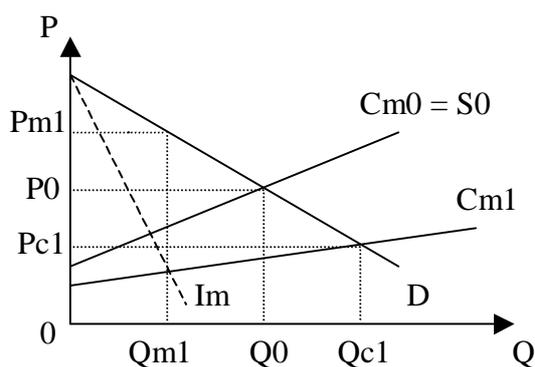
La clasificación mencionada tiene una relación directa con el posible impacto de las concentraciones sobre el funcionamiento de los mercados. Así, una fusión o adquisición horizontal implica una modificación inmediata de la estructura de la industria en la que se produce, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse como consecuencia de esta operación en una sola entidad con mayor participación relativa en un mercado cuya concentración económica aumenta. Esto puede hacer que el nuevo grupo económico pueda aprovechar ciertas economías de escala que le permitan reducir sus costos, pero también puede implicar que el poder de mercado de la nueva entidad sea mayor que el que tenían las empresas preexistentes. En el caso de una concentración vertical, el número de empresas que quedan en cada sector del mercado no cambia como consecuencia de la operación realizada, pero lo que se modifica es la relación económica entre los distintos actores del mercado. Así, una parte de las transacciones que antes se realizaban a través de contratos entre unidades económicas independientes pasan a convertirse en operaciones internas dentro de un mismo grupo económico, y esto puede tener incidencia sobre los costos de transacción entre proveedores y clientes o sobre el comportamiento de los agentes involucrados en el mercado en cuestión.

Más indirectos aún son los efectos de las concentraciones entre empresas que buscan extender sus líneas de productos o su área geográfica de influencia. Los cambios en la estructura de los mercados son aquí virtualmente nulos, ya que el número de proveedores y clientes de cada uno de los productos y zonas involucrados permanece por definición igual. Sin embargo, el comportamiento de la nueva unidad económica puede en ciertos casos resultar diferente del que mantenían sus fundadoras antes de formar una única entidad, en virtud del intercambio de información entre los componentes del nuevo ente, del empleo de políticas empresarias comunes, o del ejercicio de una mayor influencia en mercados relacionados (por ejemplo, de insumos comunes a todas las empresas).

En general, la teoría económica suele distinguir dos motivos principales que inducen a un grupo de empresas a encarar un proceso de concentración. Tales son la obtención de un mayor poder de mercado conjunto (posibilidad de aumentar precios) y el mejoramiento del nivel de eficiencia productiva del grupo (posibilidad de disminuir costos). Muchas veces, ambos efectos tienen lugar al mismo tiempo, y las operaciones de concentración generan simultáneamente incrementos en el excedente total de los agentes económicos originados en una mayor eficiencia productiva y reducciones en dicho excedente originados en la aparición de comportamientos menos competitivos. Dicha dicotomía aparece ilustrada en el gráfico 6.5, en el cual hemos representado un mercado en el cual el costo marginal de las empresas que actúan en él es más alto antes de una operación de fusión que después de ella ( $C_{m0} > C_{m1}$ ). Si, como consecuencia

de la fusión, el mercado sigue comportándose de manera igualmente competitiva que antes, entonces la operación de concentración sólo trae aparejada un incremento de eficiencia, que induce que se comercie una cantidad mayor ( $Q_{c1} > Q_0$ ) y que el precio sea menor ( $P_{c1} < P_0$ ). Si, en cambio, el mercado se vuelve más monopolístico que antes, el incremento en la eficiencia productiva puede verse compensado por un aumento en la ineficiencia asignativa, que haga que la cantidad comerciada caiga ( $Q_{m1} < Q_0$ ) y que el precio aumente ( $P_{m1} > P_0$ ).

**Gráfico 6.5**



En la legislación argentina, las fusiones y adquisiciones están reguladas de dos maneras completamente diferentes. Por un lado, la ley 19.550 de sociedades comerciales prevé una serie de requerimientos de información que las empresas están obligadas a presentar en casos de fusión y en casos en los cuales existan participaciones societarias que hagan que una empresa resulte controlada por otra o esté vinculada con ella. Por otro lado, la ley 25.156 ha establecido un procedimiento de control previo de las operaciones de concentración económica por parte del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. En lo que se refiere a los requisitos de información establecidos por la ley 19.550, los mismos prevén la inscripción de la fusión ante la correspondiente autoridad de aplicación (Inspección General de Justicia o similar), la publicación de la misma en un diario de circulación general, y la confección de estados contables especiales para las sociedades que se están fusionando y para la nueva entidad creada (artículo 83). Asimismo, en cualquier caso en el cual exista control de una sociedad por parte de otra, la ley de sociedades comerciales exige que esta última presente anualmente –junto con su información financiera convencional– estados contables consolidados de todo el grupo económico (artículo 62). Este requerimiento se extiende en forma parcial para los casos de sociedades vinculadas (es decir, cuando una de ellas posea más del 10% del capital de la otra), en los cuales es obligatorio que en los estados contables aparezca un detalle de las participaciones societarias involucradas.

En lo que se refiere al procedimiento de control previo de concentraciones económicas establecido por la ley 25.156, el mismo representa un mecanismo preventivo de instrumentación de la política de defensa de la competencia, cuyo objetivo es detectar situaciones anticompetitivas antes de que las mismas se produzcan efectivamente. La regla al respecto es que están prohibidas las concentraciones “... cuyo objeto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general” (artículo 7°), y que el modo de detectar este tipo de infracciones es a través de una verificación llevada a cabo antes

de que la operación en cuestión se realice. Para ello, se prevé que las concentraciones que involucren empresas cuyo volumen de ventas supere un cierto umbral deben ser notificadas a la autoridad de defensa de la competencia, la cual dispone de un plazo de 45 días para autorizarlas (explícita o tácitamente) o para objetarlas. La objeción puede consistir en una prohibición lisa y llana de la operación en cuestión o bien en una subordinación de la misma al cumplimiento de ciertas condiciones (por ejemplo, escisión parcial de alguna actividad, venta de alguna planta o de la licencia sobre alguna marca, etc). La idea implícita es que el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia debe evaluar en cada caso las ventajas y desventajas de eficiencia de las distintas operaciones, autorizando las que impliquen reducciones de costos y objetando las que presumiblemente traigan aparejados aumentos del poder de mercado que puedan tener repercusiones importantes sobre los precios.

### **6.7. Concursos y quiebras**

Un último ejemplo de regulación económica indirecta que analizaremos en este capítulo es la legislación sobre concursos y quiebras. En la Argentina, esta legislación está incluida dentro del derecho comercial y los casos que la involucran son en general resueltos mediante un procedimiento judicial en el cual participan jueces y tribunales del fuero comercial. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, sin embargo, las normas sobre concursos y quiebras no son reglas que sirvan para organizar o crear mercados sino que su función es instrumentar procedimientos mediante los cuales el estado interviene en el funcionamiento espontáneo de los mismos. Por esta causa hemos diferido su tratamiento hasta este último capítulo acerca de normas regulatorias, en vez de ubicarlo en alguno de los capítulos anteriores referidos al derecho privado propiamente dicho.

La legislación sobre concursos y quiebras se aplica en los casos de empresas que se encuentran en situación de cesación de pagos. Esto implica generalmente que la entidad en cuestión se halla imposibilitada de hacer frente a sus deudas con el valor de los activos que posee, y que por ende resulta necesario un acuerdo entre los propietarios de la empresa y los acreedores de la misma respecto de cómo va a resolverse el problema. La justificación económica de la intervención estatal en una situación como ésta se basa en la necesidad de resolver dos problemas básicos de eficiencia: el problema del oportunismo de los acreedores que intentan cobrar sus créditos con anticipación al resto (a fin de obtener un pago mayor) y el problema del riesgo moral del deudor que, sabiendo que el valor esperado de su empresa es probablemente negativo, pierde incentivos para administrarla eficientemente.

En el trabajo de FIEL (1996) sobre el poder judicial en la Argentina, se señala que el objetivo básico de la legislación sobre concursos y quiebras debe ser la resolución de los dos problemas mencionados en el párrafo anterior, para lo cual resulta importante que pueda distinguirse entre situaciones de cesación de pagos que implican que la empresa en cuestión es económicamente inviable y situaciones de cesación de pagos en las que la empresa sigue siendo económicamente viable. Esta diferencia entre insolvencia financiera y viabilidad económica surge de que la cesación de pagos no implica necesariamente que el valor de los activos de una empresa sea mayor si ésta se liquida que si continúa funcionando. Cuando se da que el valor de los activos es mayor si éstos se venden separadamente, lo que ocurre es que la empresa es económicamente inviable como tal; si, en cambio, el valor de los activos es mayor si los mismos continúan juntos dentro de una sola entidad, entonces la empresa en cuestión sigue

siendo económicamente viable (a pesar de que sea financieramente insolvente por la imposibilidad de hacer frente a la totalidad de su pasivo).

En la Argentina, los procedimientos de concursos y quiebras se rigen por la ley 24.522, sancionada en 1995. Esta ley prevé un procedimiento en dos fases, denominadas respectivamente “concurso preventivo” y “quiebra”. El concurso preventivo es una etapa en la cual el propio deudor se somete a intervención judicial con el propósito de reorganizar las operaciones de su empresa y elaborar un convenio con sus acreedores que le permita seguir operando sin tener que hacer frente al pago total de sus deudas. En esta etapa del proceso, la intervención judicial (que se efectúa a través de un funcionario designado *ad-hoc*, que recibe el nombre de “síndico”) consiste esencialmente en una tarea de verificación de los créditos existentes, y de opinión respecto de las causas del estado de insolvencia y de la viabilidad económica de la empresa en el futuro. La administración de la entidad, en cambio, sigue quedando en manos del deudor, quien es también el único habilitado para ofrecer la correspondiente propuesta de acuerdo con los acreedores. Dicho acuerdo debe ser homologado por el juez que tiene a su cargo el proceso, y pasa a tener efectos para todas las partes intervinientes.

A diferencia del concurso preventivo, la quiebra puede ser solicitada por el deudor o por cualquiera de los acreedores. También puede ser declarada por el juez en caso de que el concurso preventivo fracase. El efecto principal que tiene esta declaración es lo que se conoce como “desapoderamiento del deudor”, lo cual implica que el mismo es separado de la administración de la empresa. En este caso, por lo tanto, el síndico pasa a actuar no sólo como controlador del proceso sino también como administrador, pero su papel principal es el de llevar a cabo la enajenación de los bienes de la entidad. Esta debe realizarse “en la forma más conveniente al concurso, dispuesta por el juez según este orden preferente: a) enajenación de la empresa, como unidad; b) enajenación en conjunto de los bienes ... ; c) enajenación singular de todos o parte de los bienes” (artículo 204, ley 24.522).

Tal como puede observarse, el concurso preventivo está pensado para casos en los cuales la empresa es económicamente viable y lo más eficiente es que siga funcionando bajo la administración de sus actuales propietarios. La quiebra, en cambio, está pensada para casos en los cuales lo más eficiente es que la empresa se venda y, si resulta económicamente viable, pase a ser operada por alguien diferente de su actual propietario. En ambos casos, la intervención judicial busca garantizar que no existan comportamientos oportunistas por parte de los acreedores ni problemas de riesgo moral originados en el comportamiento del deudor. A los efectos de impedir los comportamientos oportunistas de los acreedores (en connivencia o no con el deudor), la ley 24.522 le impone al síndico la obligación de verificar la totalidad de los créditos existentes y de impedir la realización de actos que “importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior” (artículo 16). Los problemas de riesgo moral por la acción del deudor, por su parte, se tratan de manera distinta en caso de un concurso preventivo que en el de una quiebra. Para el caso de los concursos preventivos, estos problemas buscan controlarse a través de la acción de control del síndico y a través de la posibilidad de los distintos acreedores de oponerse a las propuestas del deudor y de impugnar los acuerdos a los que se lleguen. En el caso de las quiebras, en cambio, es el propio desapoderamiento el que soluciona el problema de raíz, ya que el deudor deja de tomar las decisiones de administración de su empresa y deja por lo tanto de tener capacidad de influir sobre el riesgo que la misma asume en sus diferentes actividades.

El sistema de la ley 24.522 prevé que el procedimiento de quiebra pueda tener lugar directamente sin necesidad de pasar primero por una fase de concurso preventivo,

pero le da prioridad al deudor para que solicite que una quiebra ya declarada (por ejemplo, una quiebra dictada a pedido de un acreedor) se convierta en un concurso preventivo (artículo 90). Esto implica implícitamente la existencia de una presunción respecto de que el deudor es la persona más capacitada para administrar su empresa, la cual obviamente admite prueba en contrario si después se comprueba la imposibilidad de llegar a un acuerdo con los deudores. Una alternativa a esto sería un procedimiento de concurso en una sola fase, en el cual se declarara directamente la quiebra pero se le permitiera al deudor cotizar por su propia empresa. En una situación como ésta el procedimiento implicaría someter a la empresa a un mecanismo inmediato de valuación (que revelaría si la misma es o no económicamente viable, según sus activos se vendieran en conjunto o en partes), y el reparto de lo obtenido entre los acreedores sería objeto de un procedimiento posterior en el cual la empresa como unidad económica no jugaría ya ningún papel. Esta idea de concurso en una sola fase tiene escasos antecedentes en la legislación comparada, pero ha recibido el apoyo de una corriente importante de pensamiento ligada con el análisis económico del derecho (véase, por ejemplo, Baird, Gertner y Picker, 1994).

## **7. Conclusiones**

A los efectos de concluir estos apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino, dedicaremos este último capítulo a efectuar algunas breves consideraciones respecto de las funciones económicas del derecho, de las formas que tiene el derecho para cumplir con dichas funciones y de cómo puede interpretarse en líneas generales el sistema jurídico vigente en la Argentina a la luz de tales funciones y formas.

### **7.1. Eficiencia y distribución del ingreso**

Tal como hemos visto de manera recurrente en estos apuntes, las principales funciones económicas que cumple el derecho dentro de una sociedad tienen que ver con aspectos de eficiencia y con aspectos de distribución del ingreso. Los aspectos de eficiencia están relacionados básicamente con la solución de los problemas originados en el ejercicio del poder de mercado, en la existencia de externalidades reales y en la presencia de información asimétrica. También pueden incluirse dentro de este rubro a los problemas que tienen que ver con el reparto del riesgo entre los distintos agentes económicos. Los aspectos de distribución del ingreso, en cambio, tienen que ver directamente con el reparto de la riqueza que se genera en la sociedad.

En su introducción al análisis económico del derecho, Mitchell Polinsky (1989) dedica cierto espacio a discutir la capacidad del sistema de normas jurídicas como instrumento para influir sobre la distribución del ingreso y a la conveniencia de utilizarlo en ese papel. Su conclusión básica es que existen ciertas áreas del derecho que son susceptibles de influir en la distribución del ingreso y otras que son incapaces de hacerlo, y que dicha capacidad tiene que ver con la existencia de relaciones contractuales entre las partes entre las cuales se desea efectuar la distribución en cuestión. En efecto, si lo que hacen las normas es definir la asignación de ciertos derechos para que los mismos puedan luego ser oponibles ante terceros, tales normas afectan en principio la distribución del ingreso entre las partes eventualmente involucradas. Si, en cambio, lo que hacen es definir el modo en el cual los derechos pueden ser transferidos entre las partes, el impacto distributivo de las mismas es mucho menor (y se vuelve eventualmente nulo).

Son ejemplos de lo expresado en el párrafo anterior las normas que establecen derechos de propiedad y las que establecen obligaciones contractuales. El primero de tales tipos es susceptible de redistribuir ingresos entre agentes económicos porque por definición lo que hace es definir quién es el propietario de un determinado activo y qué derechos trae aparejado dicho estatus de propietario. El decidir, por ejemplo, que el ocupante de un determinado inmueble se transforma en propietario del mismo luego de un cierto tiempo redistribuye derechos a favor de dicho ocupante y en contra del eventual propietario ausentista anterior. Del mismo modo, establecer que un determinado inmueble sólo puede ser usado para vivienda y no para actividades industriales redistribuye en general derechos en contra del propietario y a favor de sus vecinos.

Por el contrario, establecer responsabilidades contractuales por vicios redhibitorios o prever indemnizaciones mayores en casos de incumplimiento contractual pueden ser modos de influir sobre la eficiencia de las transacciones, pero son en general inocuos como maneras de redistribuir ingresos entre partes de un contrato. Esto se debe a que el contrato en cuestión prevé también una contraprestación que está directamente relacionada con las características del bien o derecho comerciado, y que hace que una

situación en la cual se comercia un bien implícita o explícitamente garantizado contra vicios redhibitorios implique un precio mayor que una situación en la cual no existe dicha garantía, y que dicho precio sea también superior si el incumplimiento contractual genera el derecho a percibir una indemnización que compensa el daño emergente y el lucro cesante del comprador que en un caso en el cual la indemnización prevista es meramente restitutiva.

Esta diferencia entre el impacto distributivo de las normas que asignan derechos originarios y el de las que establecen obligaciones que surgen de transferir tales derechos ha sido ya mencionada en el capítulo 5 sobre responsabilidad civil. Allí se vio que las reglas objetivas y subjetivas de atribución de la responsabilidad sólo actuaban redistribuyendo ingresos entre actores y damnificados cuando los eventuales accidentes tenían lugar entre personas no ligadas por un contrato directo ni indirecto. En los casos en los que media un contrato (explícito o tácito, inmediato o mediato) el impacto redistributivo se diluye porque los precios pasan a cumplir una función de ajuste de las prestaciones. Por lo tanto, un aumento en las indemnizaciones patronales por riesgos del trabajo suele generar a mediano plazo una reducción en el salario y un aumento en las garantías de los productos elaborados tiende a implicar un incremento en el precio de dichos productos.

Desde esa perspectiva de análisis, la regulación económica es en principio un modo de asignar derechos originarios, y es por lo tanto susceptible de tener impactos distributivos. De ese modo, un precio regulado menor que el de monopolio sirve para redistribuir ingresos a favor de los consumidores del bien producido por un monopolio natural, y un estándar de contaminación menor que el que regiría en un mercado desregulado sirve para redistribuir ingresos a favor de los afectados por dicha contaminación. Estas propiedades redistributivas han hecho que la teoría económica haya elaborado algunas teorías –a las cuales no nos hemos referido al analizar el tema– que explican la regulación económica como el resultado de pujas entre sectores que procuran capturar una mayor porción de los excedentes generados en los mercados, y que intentan lograr dicha porción influyendo sobre el poder público para que éste los beneficie con un determinado precio mínimo o máximo, con cierta cuota o estándar, o con alguna limitación al ingreso de otros agentes al mercado. Si algunos aspectos de una relación económica se hallan regulados y otros no, sin embargo, el impacto distributivo puede sufrir alteraciones, originadas en ajustes en variables no reguladas (por ejemplo, la calidad, si sólo se regula el precio, o la cantidad de emisiones contaminantes, si sólo se regula su concentración).

En su análisis de las funciones económicas del derecho, Mitchell Polinsky llega además a la conclusión de que, aun en los casos en los que el derecho privado (y, por extensión, el derecho regulatorio) pueden influir sobre la distribución del ingreso, dicha influencia es menos efectiva que la que puede lograrse utilizando instrumentos específicamente distributivos como pueden ser los sistemas de impuestos y subsidios. Esto es así porque el impacto distributivo de una norma que asigna derechos sobre un determinado activo o que regula una determinada actividad sólo puede redistribuir ingresos entre las personas que deciden participar directamente de la actividad en cuestión, y no afecta a otras personas que están en situaciones equivalentes pero que tienen preferencias distintas o que tienen su riqueza distribuida de diferente manera. En ciertas circunstancias, además, el costo de redistribuir ingresos utilizando este tipo de normas es mayor que el que surge de utilizar medidas directamente redistributivas, si bien la literatura regulatoria a la que nos hemos referido en el párrafo anterior suele explicar (y criticar) el uso de estos instrumentos económicamente más costosos

sosteniendo que en ciertas circunstancias resultan “políticamente más fáciles” de implementar (sobre este tema, puede consultarse a Peltzman, 1976).

Si aceptamos la idea de que la función económica básica del derecho privado y de la regulación es la obtención de la eficiencia (como hemos hecho implícitamente en todos los capítulos anteriores), resulta posible encontrar dos grandes modos de lograr ese objetivo. Dichos modos se identifican con los teoremas normativos de Coase y de Hobbes a los que nos hemos referido en el capítulo 3. Tal como hemos visto, el teorema normativo de Coase en la versión que de él dan Cooter y Ulen (1997) sostiene que el derecho “debe estructurarse de modo de eliminar los impedimentos para los acuerdos privados”, en tanto que el teorema normativo de Hobbes expresa que el mismo “debe estructurarse de modo de minimizar el daño causado por las fallas de los acuerdos privados”. Estas dos visiones pueden relacionarse en principio con las normas de derecho privado (cuyo objetivo sería definir de la manera más completa posible los derechos de propiedad y minimizar los costos de transacción para que dichos derechos puedan ser comerciados del modo más eficiente) y con las normas de regulación económica (cuyo objetivo sería corregir el funcionamiento espontáneo del mercado cuando el mismo fracasa en obtener una asignación eficiente).

Pese a lo expuesto, ni el derecho privado sirve sólo para eliminar impedimentos para que los agentes económicos efectúen transacciones ni la regulación sirve sólo para evitar transacciones ineficientes. Tal como hemos visto en los capítulos anteriores, muchas normas de derecho privado siguen la lógica del teorema normativo de Hobbes, y buscan establecer reglas pensando en que las mismas van a generar asignaciones de derechos que no van a transferirse fácilmente entre unas personas y otras (por ejemplo, reglas relativas a inmisiones, reglas que asignan derechos al consorcio y a los consorcistas de una propiedad horizontal, reglas que reparten riesgos entre actores y damnificados, etc). Inversamente, la regulación económica tiene ejemplos orientados específicamente a reducir costos de transacción y a favorecer acuerdos entre distintos agentes, tales como las normas que crean mercados de permisos comercializables de contaminación, las que exigen requerimientos de información que apuntan a resolver problemas de selección adversa, y las que buscan solucionar casos de oportunismo contractual dentro de un proceso de quiebra.

## **7.2. Derecho privado y regulación económica**

En su análisis de la elección óptima entre derecho privado y regulación pública, Posner (1998) sostiene que en realidad ambos cuerpos normativos son dos modos alternativos (y, en ciertos casos, complementarios) de solucionar fracasos del mercado, y que muchas veces la propia identificación de un fenómeno como susceptible de requerir intervención regulatoria revela que no es tanto “el mercado” el que está fracasando sino que son las normas generales de derecho privado (es decir, las que reglamentan su organización) las que no están cumpliendo adecuadamente con su papel. En su distinción entre derecho privado y regulación, Posner destaca dos características del primero (mayor uso relativo de los recursos privados y solución de problemas a través de medidas que compensan a las víctimas de las infracciones) y otras dos características del segundo (mayor uso relativo de los recursos del estado y solución de problemas a través de la prevención de conductas infractivas y de la sanción directa de los infractores). Esto le permite elaborar una regla según la cual el derecho privado es mejor para resolver problemas que implican que en cada caso los costos son relativamente elevados para los agentes económicos intervinientes, pero el número de

agentes implicados es reducido. Por el contrario, la regulación es preferible si el número de implicados es grande y el costo por implicado es relativamente pequeño, ya que en general los afectados encontrarán antieconómico resolver su problema a través de un pleito judicial y el estado tiene ventajas de escala para hacerlo (tal sería, por ejemplo, el caso de las pérdidas de eficiencia que genera un monopolio que le vende su producto a numerosos consumidores, o el del perjuicio que sufren quienes se ven afectados por el nivel de la contaminación ambiental). Otro elemento que favorecería el uso de instrumentos regulatorios adicionales a las reglas generales del derecho privado es la existencia de beneficios muy importantes ligados con la prevención de fracasos del mercado. Si el costo de prevenir que tales fracasos ocurran es menor que el costo esperado de disuadir e indemnizar su ocurrencia, entonces existe una razón extra para preferir una solución regulatoria a una que sólo descansa en una asignación de derechos entre agentes privados (y esa podría ser, por ejemplo, una justificación para imponer regulaciones prudenciales a las entidades financieras y para establecer un procedimiento de quiebra con supervisión por parte de un síndico y de un juez).

Las consideraciones mencionadas nos permiten avanzar un poco más en lo referido a las ventajas y desventajas del derecho privado y de la regulación como formas de solucionar fracasos del mercado si analizamos separadamente las tres fuentes básicas de dichos fracasos. Dicho análisis nos lleva a las siguientes conclusiones:

a) Los problemas originados en el ejercicio del poder de mercado sólo pueden resolverse a través de la regulación, ya que por definición afectan siempre a un número grande de damnificados (los tomadores de precios que sufren dicho poder de mercado) y tienen lugar en situaciones específicas de un determinado mercado, antes que en situaciones sobre las cuales pueda legislarse de manera general. Según el problema provenga de la existencia de un monopolio natural o de una práctica anticompetitiva, el instrumento más adecuado será la regulación directa o la defensa de la competencia, y en ese último caso podrá optarse por una solución *ex-ante* (tal como el control previo de fusiones y adquisiciones) o por una solución *ex-post* (tal como la sanción de conductas colusivas o exclusorias).

b) Los problemas originados en externalidades pueden resolverse a través de normas de derecho privado si afectan en cada caso a pocos individuos. Lo esencial es aquí definir los derechos de cada una de las partes (por ejemplo, a efectuar o no ciertas inmisiones, a prohibir que otros se aprovechen de cierta marca, patente o derecho de autor, a recibir una indemnización en caso de accidente, etc) y establecer reglas que permitan la transferencia de tales derechos (teorema normativo de Coase) o que los asignen a la parte que probablemente los valora más (teorema normativo de Hobbes). Si, en cambio, las externalidades afectan a un gran número de individuos (externalidades ambientales), la única solución razonable es la regulación, y el derecho privado sólo puede en ciertos casos actuar como un complemento de la misma (por ejemplo, asignando responsabilidades a contaminadores y contaminados, creando mercados de permisos de emisiones contaminantes, etc).

c) Los problemas originados en información asimétrica, por último, son en principio territorio del derecho privado, ya que el principal modo de resolverlos es a través de mecanismos en los que el papel del derecho es promover la celebración de contratos eficientes, asegurar el cumplimiento óptimo de los mismos e interpretar eficientemente las lagunas contractuales. De esta manera la mayoría de los problemas de riesgo moral (relaciones de agencia, oportunismo contractual, etc) y de selección adversa (subprovisión de calidad, incremento del riesgo promedio, etc) encuentran solución a través de cláusulas incorporadas en los propios contratos, que implican mecanismos de

señalización y escudriñamiento, cláusulas penales y de rescisión anticipada, sistemas de remuneración basados en el desempeño, etc. En ciertos casos particulares, sin embargo, la regulación puede complementar al derecho privado a través de requerimientos puntuales de información y de ciertos controles previos, cuando éstos puedan realizarse de manera relativamente poco costosa y conduzcan a la obtención de beneficios importantes.

Un elemento adicional que resulta necesario mencionar para enmarcar el análisis precedente es que el mismo presupone que el grueso de las actividades económicas de las sociedad se encaran dentro de un régimen de propiedad privada de los medios de producción (es decir, de un sistema capitalista). En ese contexto, la opción entre derecho privado y regulación (o la opción entre menos regulación y más regulación) es una opción entre mezclas de criterios para asignar los recursos, y es por lo tanto equivalente a decidir entre esquemas que utilizan más intensamente mecanismos de mercado (y menos intensamente mecanismos de planificación) y esquemas que utilizan menos intensamente dichos mecanismos (y más intensamente los otros). Tal como vimos en el capítulo 1, esa decisión debe cruzarse con la que define al papel del estado como propietario de los medios de producción (es decir, con la que implica más o menos provisión directa de bienes y servicios por parte del estado), y que jurídicamente queda definida por las normas del derecho administrativo de los organismos públicos (incluidas empresas públicas, entes descentralizados y administración central). Esta última decisión implica una elección entre un sistema más capitalista y un sistema más socialista, y si bien no es totalmente independiente de la anterior tampoco es equivalente.

### **7.3. El sistema jurídico argentino**

Las consideraciones teóricas realizadas en los apartados anteriores nos permiten culminar con unos breves comentarios acerca del sistema jurídico argentino en lo que al derecho privado y a la regulación económica se refiere. La piedra fundamental de dicho sistema es evidentemente el Código Civil, y del análisis efectuado puede concluirse que desde el punto de vista económico la generalidad de las normas estudiadas pueden verse como complementarias del mismo o como excepciones parciales al mismo. Así, el Código de Comercio, la ley de sociedades comerciales, la ley de propiedad horizontal, las leyes de propiedad intelectual, las leyes de contrato de trabajo y de riesgos del trabajo, la ley de contrato de seguro y la ley de defensa del consumidor (entre otras) no son otra cosa que normas que efectúan precisiones sobre los temas generales de definición de derechos de propiedad, creación y transmisión de derechos contractuales y atribución de la responsabilidad extracontractual previstos en el Código Civil. Por su parte, los marcos regulatorios de los servicios públicos, las leyes ambientales, la ley de entidades financieras, la ley de lealtad comercial, la ley de convenciones colectivas de trabajo, la ley de defensa de la competencia y la ley de concursos (entre otras) son normas que limitan la aplicación del Código Civil en ciertas áreas específicas, y la suplen por criterios de asignación diferentes.

Esta estructura general del derecho argentino parece haber regido desde el momento mismo de la sanción del Código Civil, y las modificaciones que ha sufrido a lo largo del tiempo no parecen haber alterado en esencia el funcionamiento del sistema jurídico. Es así que durante el período anterior a la aparición de la mayoría de las normas complementarias y limitativas de nuestro cuerpo principal del derecho privado (digamos, antes de 1930) los códigos Civil y de Comercio fueron virtualmente las

únicas fuentes jurídicas en las cuales se basaron las relaciones que los agentes económicos establecían en los mercados. Desde esa fecha en adelante dichas relaciones pasaron a tener en cuenta también otras normas, pero utilizaron siempre los códigos de fondo como la base para interpretar el marco en el que debían desenvolverse las operaciones que no se hallaban específicamente precisadas o reglamentadas por otras normas. Esto no se modificó con el cambio jurídico que significó la creciente intervención directa del estado en la economía (en especial a través de empresas públicas), ya que la misma estuvo normalmente enmarcada por el empleo de mercados que en su organización general respetaban las reglas básicas del derecho privado. Sí fue en cambio importante como fuerza disgregadora del núcleo del derecho privado el empleo asiduo de regulaciones generales tales como controles de precios, asignaciones de permisos para efectuar distintas actividades y regulaciones laborales y financieras. Las mismas han tendido a desaparecer durante la década de 1990, en la cual –en coincidencia con el retiro del estado de numerosas actividades productivas– ha aparecido en cambio un cuerpo importante de regulaciones ligadas con el control del poder de mercado de los agentes privados. De ese modo, el sistema jurídico vigente parece haber retomado una mayor coherencia, que en parte se había perdido durante los años en los cuales coexistía un derecho privado pensado para un sistema económico capitalista puro (pero que también regía para porciones de la economía en las que imperaba un “socialismo de mercado”) con un derecho regulatorio que mezclaba elementos de socialismo puro y de capitalismo planificado.

En el análisis que intentamos efectuar en este trabajo nos concentramos en focalizar los problemas económicos que las distintas normas jurídicas ayudaban a resolver y realizamos una evaluación benévola de las mismas. La adopción de este enfoque tiene un doble motivo. Por un lado, al ser éste un estudio general de todo el derecho que afecta el funcionamiento de los mercados en la Argentina, nuestro énfasis estuvo puesto en describir la estructura de un rompecabezas global de normas y en ver cómo las distintas piezas encajaban dentro de dicho rompecabezas. Para ello hicimos un esfuerzo por buscar un orden dentro de algo aparentemente desordenado, siguiendo una lógica común que pudiera ser aplicable a los distintos casos. Por otro lado, nuestra benevolencia es fruto de una conjunción entre prudencia e ignorancia, que nos llevó a contentarnos con una interpretación de ciertas funciones económicas que percibíamos en las normas sin pretender entrar en una crítica de las mismas. Esto es consecuencia de la superficialidad obligada de nuestro trabajo (que en poco más de una centena de páginas pasa revista al grueso de la teoría relevante y a un número muy importante de leyes, decretos y artículos del Código Civil) y de la idea de que es preferible explicar lo poco que se conoce que denostar lo mucho que se ignora. Ése es también el criterio que sigue la mayor parte de la literatura internacional sobre análisis económico del derecho, y que a nuestro entender asegura un camino para ir avanzando luego en el estudio de las fortalezas y debilidades de cada norma en particular.

## Referencias bibliográficas

- Acciarri, Hugo; Barbero, Andrea y Castellano, Andrea (1998). “Garantías legales en la ley de defensa del consumidor”; *Anales de la XXXIII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*. Mendoza, AAEP.
- Akerlof, George (1970). “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”; *Quarterly Journal of Economics*, vol 84, pg 488.
- Alterini, Atilio (1991). *Curso de obligaciones*, tomo 2, 4ta edición. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Baird, Douglas; Gertner, Robert y Picker, Randal (1994). *Game Theory and the Law*. Cambridge, Harvard University Press.
- Brown, John (1973). “Toward an Economic Theory of Liability”; *Journal of Legal Studies*, vol 2, pg 323.
- Calabresi, Guido (1961). “Some Thoughts on Risk Determination and the Law of Torts”; *Yale Law Journal*, vol 70, pg 499.
- Coase, Ronald (1960). “The Problem of Social Cost”; *Journal of Law and Economics*, vol 3, pg 1.
- Coloma, Germán (1997). “La ley argentina de defensa de la competencia”; *Anales de la XXXII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*. Bahía Blanca, AAEP.
- Conte Grand, Mariana (1998). “Bases para una política ambiental en la Argentina”, documento Nro 6. Buenos Aires, FADE.
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas (1997). *Law and Economics*, 2da edición. Reading, Addison-Wesley (Hay versión en castellano: *Derecho y economía*; México, Fondo de Cultura Económica).
- Demsetz, Harold (1964). “The Exchange and Enforcement of Property Rights”; *Journal of Law and Economics*, vol 7.
- Demsetz, Harold (1967). “Toward a Theory of Property Rights”; *American Economic Review*, vol 57, pg 347.
- FIEL (1996). *La reforma del Poder Judicial en la Argentina*. Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas.
- FIEL (1999). *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*. Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas.
- Fischer, Stanley; Dornbusch, Rudiger y Schmalensee, Richard (1989). *Economía*, 2da edición. Madrid, McGraw-Hill.
- Gordillo, Agustín (1991). *Tratado de derecho administrativo*, parte general, tomo 2. Buenos Aires, Macchi.
- Hirsch, Werner (1999). *Law and Economics*, 3ra edición. San Diego, Academic Press.
- Klein, Benjamin (1996). “Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships”; *Economic Inquiry*, vol 34, pg 444.
- Klein, Benjamin y Leffler, Keith (1981). “The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance”; *Journal of Political Economy*, vol 89, pg 615.
- Landes, William y Posner, Richard (1989). “An Economic Analysis of Copyright Law”; *Journal of Legal Studies*, vol 18, pg 325.
- Milgrom, Paul y Roberts, John (1992). *Economics, Organization and Management*. Englewood Cliffs, Prentice Hall.
- Mitchell Polinsky, A. (1989). *An Introduction to Law and Economics*, 2da edición. Nueva York, Little Brown.

- Nash, John (1950). "Equilibrium Points in N-Person Games"; *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol 36, pg 48.
- Olivera, Julio (1980). *Derecho económico*, 2da edición. Buenos Aires, Macchi.
- Pareto, Vilfredo (1909). *Manuel d'économie politique*. París, Giard & Briere (Hay versión en castellano: *Manual de economía política*; Buenos Aires, Altaya).
- Peltzman, Sam (1976). "Toward a More General Theory of Regulation"; *Journal of Law and Economics*, vol 19, pg 211.
- Pigou, A. C. (1920). *The Economics of Welfare*. Londres, Macmillan.
- Posner, Richard (1998). *Economic Analysis of Law*, 5ta edición. Nueva York, Aspen.
- Salanié, Bernard (1997). *The Economics of Contracts*. Cambridge, MIT Press.
- Viscusi, W. K; Vernon, John y Harrington, Joseph (1995). *Economics of Regulation and Antitrust*, 2da edición. Cambridge, MIT Press.
- Yungano, Arturo (1998). *Curso de derecho civil y derecho económico*, 2da edición. Buenos Aires, Macchi.

## Índice

	<u>Página</u>
Prólogo	1
1. Introducción	2
1.1. Economía, derecho económico y análisis económico del derecho. 1.2. Sistemas económicos y normas jurídicas. 1.3. El mercado como institución jurídica.	
2. Conceptos económicos básicos	7
2.1. Mercados competitivos. 2.2. Competencia y eficiencia. 2.3. Poder de mercado. 2.4. Interacción estratégica. 2.5. Externalidades reales y bienes públicos. 2.6. Incertidumbre y riesgo. 2.7. Información asimétrica.	
3. Derechos de propiedad	25
3.1. Propiedad y apropiabilidad. 3.2. La tragedia de los comunes. 3.3. El teorema de Coase. 3.4. Modos de adquisición y límites del dominio. 3.5. Condominio, sociedad y propiedad pública. 3.6. Propiedad horizontal. 3.7. Derechos de propiedad intelectual.	
4. Contratos	48
4.1. Contratos y reparto de riesgos exógenos. 4.2. Riesgos endógenos y problemas de agencia. 4.3. Información asimétrica y contratos. 4.4. Oportunismo y derecho contractual. 4.5. Restitución, daño emergente y lucro cesante. 4.6. Objeto e interpretación de los contratos. 4.7. Incumplimientos justificados y teoría de la imprevisión.	
5. Responsabilidad civil	75
5.1. Responsabilidad y nivel de precaución. 5.2. Problemas bilaterales y eximición por culpa ajena. 5.3. Nivel de actividad y aversión al riesgo. 5.4. Seguros y responsabilidad civil. 5.5. Hechos propios y hechos de otro. 5.6. Riesgos del trabajo. 5.7. Productos elaborados y defensa del consumidor.	
6. Regulación económica	94
6.1. Monopolios naturales. 6.2. Externalidades ambientales. 6.3. Requerimientos de información. 6.4. Relaciones laborales. 6.5. Defensa de la competencia. 6.6. Fusiones y adquisiciones. 6.7. Concursos y quiebras.	
7. Conclusiones	115
7.1. Eficiencia y distribución del ingreso. 7.2. Derecho privado y regulación económica. 7.3. El sistema jurídico argentino.	
Referencias bibliográficas	121